

LA LEY



CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Profesor de Derecho Civil (Contratos) y Arbitraje Internacional
Secretario de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano
Miembro correspondiente Extranjero de la Academia de Ciencias
Políticas y Sociales de Venezuela
Académico Honorario de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia
Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR
RICARDO L. LORENZETTI



TOMO I

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR
RICARDO L. LORENZETTI



TOMO I

Coordinador

CARLOS A. SOTO COAGUILA

Co-Autores por orden alfabético

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS • JAIME A. ARRUBLA PAUCAR
EDUARDO BARBOZA BERAÚN • LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
MARIANA BERNAL FANDIÑO • MASSIMO BIANCA • ALEJANDRO BORDA
GERSON L. BRANCO • ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ • ARTURO CAUMONT
MARIO CORDERO MIRANDA • JORGE SÁNCHEZ CORDERO
HERNÁN CORRAL TALCIANI • MIGUEL F. DE LORENZO • NEWTON DE LUCCA
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA • FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
FREDDY ESCOBAR ROZAS • JUAN ESPINOZA ESPINOZA
MARÍA L. ESTIGARRIBIA BIEBER • CARLOS A. GABUARDI • RAMÓN A. GUZMÁN
CARLOS I. JARAMILLO JARAMILLO • ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ • CLAUDIA LIMA MARQUES
EUGENIO LLAMAS POMBO • RICARDO L. LORENZETTI
MARÍA MARCOS GONZÁLEZ • ANDRÉS MARIÑO LÓPEZ
GRACIELA MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ • BRUNO MIRAGEM
RAMIRO MORENO BALDIVIESO • JORGE MOSSET ITURRASPE
ENRIQUE C. MÜLLER • SERGIO MUÑOZ LAVERDE
GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA • FELIPE OSTERLING PARODI
FERNANDO PANTALEÓN • SEBASTIÁN PICASSO • MIGUEL PIEDECASAS
GIOVANNI F. PRIORI POSADA • BOANERGES RODRÍGUEZ FREIRE
HORACIO ROITMAN • EDGARDO I. SAUX • SANDRO SCHIPANI
ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ • CARLOS A. SOTO COAGUILA
JAVIER TAMAYO JARAMILLO • GUSTAVO TEPEDINO
ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ • CARLOS VATTIER FUENZALIDA
YURI VEGA MERE • FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

Soto Coaguila, Carlos A.
Teoría general de los contratos: homenaje al profesor doctor Ricardo Luis Lorenzetti / Carlos A. Soto Coaguila; coordinado por Carlos A. Soto Coaguila. - 1ª ed. - Buenos Aires: La Ley, 2012.
v. 1, 896 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2307-5

1. Derecho Civil. 2. Contratos. I. Soto Coaguila, Carlos A., coord. II. Título
CDD 346.02

© Carlos A. Soto Coaguila, 2012.

© Instituto de Derecho Privado Latinoamericano, 2012

© De esta edición, La Ley S.A.E. e I. 2012.

Tucumán 1471 (C1050AACC) Buenos Aires.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Impreso en la Argentina.

Todos los derechos reservados.

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida.

o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio.

electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación.

o cualquier otro sistema de archivo y recuperación.

de información, sin el previo permiso por escrito del editor y del autor.

Printed in Argentina.

All rights reserved.

No part. of this work may be reproduced.

or transmitted in any form or by any means,

electronic or mechanical, including photocopying and recording.

or by any information storage or retrieval system,

without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares.

I.S.B.N. 978-987-03-2307-5 (Tomo I)

I.S.B.N. 978-987-03-2306-8 (Obra completa)

SAP 41344265

SET 41344268

ARGENTINA

SUMARIO

- TOMO I -

CAPÍTULO I

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

EL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO Y BASES PARA UN CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS

Por *Ricardo L. Lorenzetti (Argentina)*

LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA

Por *Jorge Sánchez Cordero (México)*

UN CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES PARA AMÉRICA LATINA. RELEER LOS "DIGESTA" DE JUSTINIANO

Por *Sandro Schipani (Italia)*

LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por *Carlos Vattier Fuenzalida (Chile)*

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO Y LA CODIFICACIÓN

Por *Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)*

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONTRACTUALES

PRINCIPIOS CONTRACTUALES

Por *Felipe Osterling Parodi (Perú)*

PRINCIPIOS CONTRACTUALES EN DERECHO PRIVADO

Por *Sergio Muñoz Laverde (Colombia)*

PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL (DE LA IGUALDAD FORMAL A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)

Por *Miguel F. De Lorenzo (Argentina)*

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE Y EL DERECHO DE CONTRATOS (ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS)

Por *Mariana Bernal Fandiño (Colombia)*

NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: BUENA FE OBJETIVA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO BRASILEÑO

Por *Claudia Lima Marques y Bruno Miragem (Brasil)*

NUEVOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES DEL DERECHO BRASILEÑO Y LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Por *Gustavo Tepedino (Brasil)*

CAPÍTULO III**FORMACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA. ACEPTACIÓN. CONSENTIMIENTO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO****LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL. LA OFERTA Y ACEPTACIÓN**

Por *Enrique C. Müller (Argentina)*

LA OFERTA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONTRATO Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Por *Newton De Lucca (Brasil)*

LA OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS

Por *Arturo Solarte Rodríguez (Colombia)*

UNA NUEVA MIRADA RESPECTO DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS VICIOS

Por *Edgardo I. Saux (Argentina)*

EL SILENCIO Y OTROS MEDIOS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD COMO EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Por *Luis F. P. Leiva Fernández (Argentina)*

EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. LA BÚSQUEDA DE PUNTOS TEÓRICOS DE ENCUENTRO PARA LA VIABILIDAD DEL EMPRENDIMIENTO UNIFICADOR DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO

Por *Arturo Caumont (Uruguay)*

APROXIMACIÓN OBJETIVA A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: A PROPÓSITO DEL ERROR JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Por *José Daniel Amado Vargas (Perú)*

LA REPRESENTACIÓN: SU RECEPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

Por *Giovanni F. Priori Posada (Perú)*

LAS BASES PARA EL CÓDIGO LATINOAMERICANO: ¿CONTRATOS CONSENSUALES O REALES?

Por *Fernando Vidal Ramírez (Perú)*

CAPÍTULO IV**TRATATIVAS PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL****RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA UN FUTURO CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS**

Por *Fernando Pantaleón (España)*

RUPTURA DE LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Por *Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)*

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Por *Javier Tamayo Jaramillo (Colombia)*

LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, EN EL DERECHO EUROPEO

Por *Massimo Bianca (Italia)*

LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Por *Horacio Roitman (Argentina)*

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR: INCIDENCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Por *Andrés Mariño López (Uruguay)*

CAPÍTULO V**CONTRATOS PREPARATORIOS. COMPROMISO DE CONTRATAR. CONTRATO DE OPCIÓN****LA DENOMINADA PROMESA DE CONTRATAR BAJO EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984**

Por *Eduardo Barboza Beraún (Perú)*

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y EL CONTRATO NOMINADO DE PROMESA EN MÉXICO

Por *Carlos A. Gabuardi (México)*

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA

Por *Mario Cordero Miranda (Bolivia)*

- TOMO II -**CAPÍTULO VI****CONTRATOS PREDISPUESTOS. CONTRATO DE ADHESIÓN. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN****APUNTES SOBRE EL CONSUMIDOR Y LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Por *Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú)*

**ENTENDIENDO EL MERCADO: LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA
COMO FORMA DE MITIGAR LOS PROBLEMAS DE INSATISFACCIÓN Y
DE SELECCIÓN ADVERSA**

Por *Freddy Escobar Rozas (Perú)*

**LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA PRO-
TECCIÓN DEL CONSUMIDOR (DÉBIL JURÍDICO) ANTE LAS CLÁUSU-
LAS ABUSIVAS**

Por *María L. Estigarribia Bieber (Argentina)*

**¿ES EL CONSUMIDOR UN IDIOTA? EL FALSO DILEMA ENTRE EL CON-
SUMIDOR RAZONABLE Y EL CONSUMIDOR ORDINARIO EN LOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

Por *Alfredo Bullard González (Perú)*

**LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y EL NUEVO CÓDI-
GO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

Por *Yuri Vega Mere (Perú)*

**CONTRATOS: CONDICIONES GENERALES, ADHESIÓN Y PREDISPOSI-
CIÓN (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ARGEN-
TINA)**

Por *Miguel Piedecasas (Argentina)*

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LOS CONTRATOS

Por *Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)*

CAPÍTULO VII

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

**PANORAMA DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. LINEAMIE-
NTOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE
UN “CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS”**

Por *Carlos I. Jaramillo Jaramillo (Colombia)*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Por *Graciela Messina de Estrella Gutiérrez (Argentina)*

INTEGRACIÓN DEL CONTRATO Y CONSTITUCIÓN

Por *Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay)*

LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PERUANO

Por *Carlos A. Soto Coaguila (Perú)*

“CONSENSUS INTUITU PERSONAE”. LA NATURALEZA DEL PACTO SOBRE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

Por *Fernando De Trazegnies Granda (Perú)*

CAPÍTULO VIII**REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL****LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO**

Por *Eugenio Llamas Pombo (España)*

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS REMEDIOS DE TUTELA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EN LAS TENTATIVAS DE UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE CONTRATOS

Por *Luciano Barchi Velaochaga (Perú)*

LAS DIFICULTADES DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA EXPERIENCIA CHILENA

Por *Fabián Elorriaga De Bonis (Chile)*

LA “ACCIÓN DIRECTA” COMO REMEDIO CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Por *Hernán Corral Talciani (Chile)*

LA DISTINCIÓN ENTRE LA EJECUCIÓN FORZADA POR EQUIVALENTE DINERARIO Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL ACREEDOR: APUNTES PARA UN DEBATE NECESARIO

Por *Sebastián Picasso (Argentina)*

**LA CLÁUSULA PENAL EN LA PROPUESTA PUERTORRIQUEÑA DE UNA
NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO**

Por *Ramón A. Guzmán (Puerto Rico)*

- TOMO III -

CAPÍTULO IX

INEFICACIA. NULIDAD. ANULABILIDAD

NULIDAD DE LOS CONTRATOS

Por *Aníbal Torres Vásquez (Perú)*

**LA FUNCIONALIDAD DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDA-
MENTO PARA LA INVALIDACIÓN DE LOS CONTRATOS**

Por *Gerson L. Branco (Brasil)*

LA INEXISTENCIA JURÍDICA

Por *Boanerges Rodríguez Freire (Ecuador)*

LA PRESUPOSICIÓN

Por *Juan Espinoza Espinoza (Perú)*

**LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL. UNA
FACULTAD INQUISITIVA**

Por *María Marcos González (España)*

CAPÍTULO X

EFFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

LOS EFECTOS DEL CONTRATO

Por *Alejandro Borda (Argentina)*

**CRITERIOS SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CON RELACIÓN
A TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA DE 1976**

Por *Ramiro Moreno Baldivieso (Bolivia)*



ANEXOS

- 1. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004 / INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT**
- 2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 / INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT**
- 3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS / COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS**
- 4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO) / ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA**
- 5. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS / COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)**
- 6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS / SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (MINISTERIO DE JUSTICIA - GOBIERNO DE ESPAÑA)**
- 7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW / STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)**

INDICE GENERAL

- TOMO I -

SUMARIO	VII
PRESENTACIÓN	CIX
<i>Por Carlos A. Soto Coaguila (Perú)</i>	
SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI...	CXIII
<i>Por Fernando De Trazegnies Granda (Perú)</i>	
SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI...	CXIX
<i>Por Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)</i>	
CURRICULUM VITAE DEL DR. RICARDO LUIS LORENZETTI	CXXI

CAPÍTULO I

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

EL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO Y BASES PARA UN CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS	1
<i>Por Ricardo L. Lorenzetti (Argentina)</i>	
1. El consenso sobre las reglas contractuales	1
2. La crisis del consenso	3
3. El consentimiento negociado: el principio consensualista.....	5
4. Excepciones al consentimiento negociado	8
4.1. Contratos predispuestos o “standard”	9
4.2. La adhesión	10
4.3. Intercambio no negociado	11

	Pág.
4.4. Intercambio desigual	11
4.5. El contrato forzoso	12
4.6. Contratos celebrados por medios electrónicos	13
4.7. Condiciones generales conocidas con posterioridad a la celebración (“rolling contracts”, “click and wrap agreements”)	14
5. El modelo del contrato de cambio y sus excepciones	15
5.1. Contratos de cambio, gratuitos y de colaboración	15
5.2. El modelo adversarial (contratos de cambio) y el cooperativo (contratos de colaboración)	17
5.3. El modelo del contrato instantáneo y de larga duración	20
a) Consentimiento instantáneo y progresivo	20
b) Reciprocidad estática y dinámica	21
c) Objeto material y desmaterialización del objeto	22
d) Autonomía privada en el campo extrapatrimonial	23
e) Contratos de empresa y de consumo	24
f) Contratos colectivos y difusos	26
6. Del modelo único a un modelo general con excepciones	26
7. El contrato en el subsistema jurídico latinoamericano	28
LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA	31
Por <i>Jorge Sánchez Cordero (México)</i>	
1. Introducción	31
2. Sus antecedentes históricos	35
3. Sus orígenes	36
4. Consideraciones generales	42
UN CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES PARA AMÉRICA LATINA. RELEER LOS “DIGESTA” DE JUSTINIANO	59
Por <i>Sandro Schipani (Italia)</i>	
1. Premisa. Referencias bibliográficas	59
2. La importancia de los “Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa” del Parlamento Latinoamericano	62
3. Las implicancias del reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano como subsistema del sistema jurídico romanista	65
a) La armonización interpretativa	66

	Pág.
<i>b)</i> La integración de las lagunas (entre las cuales aquella dependiente de las novedades de los actuales procesos de integración supranacional).....	66
<i>c)</i> El aporte para la unificación del derecho en el continente	67
<i>d)</i> El aporte para la formación del <i>ius gentium</i> actual en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos	67
4. La necesidad de un ‘código’	68
5. Centralidad de las obligaciones. La relectura de los “Digesta” y la tutela de los derechos humanos en la dinámica de la obligación ...	69
6. Las fuentes de las obligaciones entre figuras generales y tipicidad: la relectura de los “Digesta” y el enfoque de Gayo (D. 44, 7, 1 pr.) y de Labeón (D. 50,16,19 y las reglas operativas conexas), y el empleo de la analogía.....	71
LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS	79
Por <i>Carlos Vattier Fuenzalida (Chile)</i>	
1. Órgano proponente	79
2. Características de la Propuesta	80
3. Presupuestos, objetivos y fuentes	81
4. Síntesis del contenido.....	83
<i>a)</i> La relación obligatoria.....	84
<i>b)</i> El contrato en general.....	89
5. Conclusión y perspectivas.....	95
LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO Y LA CODIFICACIÓN	97
Por <i>Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)</i>	
Introducción	97
1. La codificación	98
2. El derecho civil y la codificación.....	99
2.1. La codificación	99
2.2. La técnica de la codificación	103
2.3. El individualismo	103
2.4. El Código de Napoleón.....	104
2.5. Los contenidos dogmáticos e ideológicos del Código Civil francés.....	105
3. El derecho comercial y la codificación.....	107

	Pág.
3.1. Panorama sobre las grandes transformaciones del derecho comercial	108
3.2. La materia mercantil y el Código de Comercio colombiano	117
4. Validez del Código como técnica de producción legislativa	118

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONTRACTUALES

PRINCIPIOS CONTRACTUALES	125
<i>Por Felipe Osterling Parodi (Perú)</i>	
1. Introducción.....	125
2. Principios generales del derecho y principios contractuales.....	126
3. Principales Principios Contractuales	128
3.1. El Principio de la Autonomía de la Voluntad.....	129
3.2. Principio de Obligatoriedad (<i>fuerza vinculante</i>).....	131
3.3. El Principio de la Relatividad del Contrato (<i>eficacia del contrato</i>)	133
3.4. El Principio de la Causa Concreta	135
3.5. Principio del Consensualismo (<i>Conclusión y Perfeccionamiento</i>)	136
3.6. El Principio de Sociabilidad/Solidaridad	139
3.7. El Principio de Inalterabilidad.....	140
3.8. El Principio de Eficiencia	141
PRINCIPIOS CONTRACTUALES EN DERECHO PRIVADO	143
<i>Por Sergio Muñoz Laverde (Colombia)</i>	
1. Presentación.....	143
2. Conceptos básicos de principio y de principio general de derecho	144
2.1. Principio	144
2.2. Principio general de derecho.....	145
2.2.1. Origen de los principios generales de derecho	146
2.2.2. Función de los principios generales de derecho en el ordenamiento jurídico	148
3. Principios Contractuales	153
3.1. Delimitación del tema	153
3.2. Identificación de los principios Contractuales	154

	Pág.
3.2.1. Principio de autonomía privada	155
3.2.1.1. Noción de autonomía privada	155
3.2.1.2. Diversas manifestaciones de la autonomía privada.	156
3.2.1.3. Límites de la autonomía privada y en especial el orden público	158
3.2.1.4. El principio de autonomía privada en el Código Civil colombiano	161
3.2.2. El principio de buena fe	164
3.2.2.1. Generalidades sobre la noción de buena fe	164
3.2.2.2. El principio de buena fe en la celebración y en la ejecución de los contratos	168
3.2.2.3. El principio de buena fe en la interpretación contractual	175
3.2.2.4. El principio de buena fe frente al abuso en materia contractual	177
3.2.2.5. Nulidad de las cláusulas abusivas	188
3.2.3. Principio de consensualidad	189
3.2.4. Principio de normatividad	191
3.2.5. Principio de relatividad	192
3.2.6. Principio de prevalencia interpartes de la voluntad real sobre la declarada	193
PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL (DE LA IGUALDAD FORMAL A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)	197
<i>Por Miguel F. De Lorenzo (Argentina)</i>	
1. El derecho común de los contratos, entre los principios y la diversidad	197
2. Contrato, derechos fundamentales y dignidad de la persona	206
3. Colofón	222
EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE Y EL DERECHO DE CONTRATOS (ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS)	225
<i>Por Mariana Bernal Fandiño (Colombia)</i>	
1. Introducción	225
2. El principio general de la buena fe	227
2.1. Concepto	227
2.2. Aplicaciones en el derecho contractual	228
3. La doctrina de los actos propios	229

	Pág.
3.1. Breves comentarios sobre la noción de actos propios.....	229
3.2. Requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios ...	231
3.2.1. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz	231
3.2.2. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatorio de la buena fe— existente entre ambas conductas	233
3.2.3. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas	235
3.3. Límites de la doctrina de los actos propios.....	236
4. Consideraciones finales	238
Bibliografía.....	238
NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: BUENA FE OBJETIVA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO BRASILEÑO	241
<i>Por Claudia Lima Marques y Bruno Miragem (Brasil)</i>	
1. Introducción: homenaje a un reconstructor del derecho privado latinoamericano.....	241
2. La buena fe objetiva en el derecho contractual brasileño	246
2.1. Intervención del Estado en la autonomía contractual y buena fe.....	250
2.2. Buena fe objetiva como fuente de deberes anexos en los contratos	255
3. Función social de los contratos en el derecho brasileño	263
3.1. Orígenes de la función social de los contratos en el derecho privado brasileño	264
3.2. Efectos de la función social de los contratos en el derecho brasileño.....	273
4. Consideraciones finales	287
NUEVOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES DEL DERECHO BRASILEÑO Y LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.....	289
<i>Por Gustavo Tepedino (Brasil)</i>	
1. Breve panorama del derecho contractual brasileño	289
2. Función social de los contratos y la observación de deberes extracontractuales	290
3. El principio de la buena fe objetiva. Imposición a terceros del deber legal de abstención	295

CAPÍTULO III

FORMACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA. ACEPTACIÓN.
CONSENTIMIENTO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL. LA OFERTA Y ACEPTACIÓN	305
<i>Por Enrique C. Müller (Argentina)</i>	
1. El consentimiento	305
2. Oferta y aceptación	306
2.1. La oferta	306
2.2. La aceptación	306
3. La manifestación de la voluntad por medios electrónicos	307
4. Forma de las manifestaciones.....	309
4.1. El esquema del Código Civil y del de Comercio	309
4.2. Como superar las dificultades	309
5. Respuestas	312
LA OFERTA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONTRATO Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO	315
<i>Por Newton De Lucca (Brasil)</i>	
1. Consideraciones introductorias: la cuestión terminológica	315
2. Noción jurídica de la oferta.....	319
3. La nueva noción de oferta electrónica	326
4. Bibliografía	335
LA OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS	339
<i>Por Arturo Solarte Rodríguez (Colombia)</i>	
1. Introducción.....	339
2. Negocio jurídico y declaración de voluntad	339
3. Modalidades de la declaración de voluntad	341
4. La formación del consentimiento	343
5. La oferta. Criterios generales	347
6. La oferta dirigida a personas indeterminadas.....	349
6.1. Generalidades	349
6.2. El Derecho Colombiano	350

	Pág.
6.2.1. El régimen del Código de Comercio	350
6.2.2. Las normas sobre protección de los consumidores y las propuestas de reforma	352
7. La oferta a personas indeterminadas en el Derecho Comparado ..	358
7.1. Argentina	358
7.2. Chile	362
7.3. España.....	363
7.4. Perú	366
8. Conclusiones.....	367
Bibliografía.....	368
UNA NUEVA MIRADA RESPECTO DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS VICIOS	373
<i>Por Edgardo I. Saux (Argentina)</i>	
1. La autonomía de la voluntad: <i>corsi e ricorsi</i> del motor dinamizador del fenómeno contractual	373
2. Relatividad de la vigencia plena de la visión clásica de los vicios del consentimiento	384
3. Los vicios del consentimiento en el ámbito contractual dentro de las propuestas de unificación del Derecho Privado europeo.....	395
4. Conclusiones.....	400
EL SILENCIO Y OTROS MEDIOS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUN- TAD COMO EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRAC- TUAL.....	403
<i>Por Luis F. P. Leiva Fernández (Argentina)</i>	
1. La sencillez destaca a la inteligencia	403
2. Del origen común al futuro común	405
3. Los proyectos europeos. Las Reglas de UNIDROIT	406
4. Mirando al futuro	407
5. Formas de manifestar la voluntad contractual.....	408
6. Concepto jurídico de “silencio”	408
7. Las reglas para la celebración del contrato entre presentes, importa atribuir al silencio eficacia como declaración de voluntad.....	412
8. Valor del silencio en el Derecho Civil y en el Derecho de los consu- midores	413
9. Sin embargo, es inexigible la actividad del destinatario de una ofer- ta.....	414

	Pág.
10. En ausencia de norma, el silencio sólo vale como manifestación de voluntad contractual si actúa en el marco de una relación jurídica preexistente	415
11. En la oferta de contrato no existe una relación jurídica preexistente apta para otorgar validez al silencio como manifestación de asentimiento	416
12. Es ineficaz la oferta en la que se prevea que ante el silencio o falta de contestación del destinatario el oferente juzgará aceptada su propuesta	418
13. Postulados finales	420
14. Colofón	421
 EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. LA BÚSQUEDA DE PUNTOS TEÓRICOS DE ENCUENTRO PARA LA VIABILIDAD DEL EMPRENDIMIENTO UNIFICADOR DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO	
Por <i>Arturo Caumont (Uruguay)</i>	
1. Planteo del Tema: Desafíos de la Armonización y Uniformización jurídicas a regir en comunidades diferenciadas.....	423
2. De la armonización y uniformización como programa a la concreción de una vía inicial para afrontar la faena.....	425
3. Presupuestos de Existencia y Requisitos de Validez: su diferenciación ontológica.....	428
4. Proposición	430
Bibliografía.....	433
 APROXIMACIÓN OBJETIVA A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: A PROPÓSITO DEL ERROR JURÍDICAMENTE RELEVANTE ..	
Por <i>José Daniel Amado Vargas (Perú)</i>	
1. Vicios de la declaración o de la exteriorización de la voluntad	436
1.1. El Error en la Declaración	437
a) Distinción entre error en la declaración y error en la voluntad.....	437
b) Elementos del Error en la Declaración	439
c) Casos de Error en la Declaración	440
d) Disenso, error impediendo y error sobre la existencia de la declaración.....	441
1.2. La Omisión en la declaración	442
a) Distinción entre la omisión y el error en la declaración.	443
b) Elementos de la omisión en la declaración	444

	Pág.
c) La omisión en la declaración y el disenso	445
1.3. Error en la declaración y omisión provocados	445
2. Los vicios de la voluntad	446
2.1. El error en la voluntad	447
a) Elementos del error en la voluntad	448
b) Carácter esencial del error	451
c) Casos de error relevante.....	452
2.2. La ignorancia.....	457
a) Distinción entre la ignorancia y error en la voluntad	457
b) Elementos de la ignorancia.....	459
3. A modo de conclusión	460
LA REPRESENTACIÓN: SU RECEPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA	461
Por <i>Giovanni F. Priori Posada (Perú)</i>	
1. La representación en el derecho romano	461
1.1. El desarrollo de la institución	461
1.1.1. El derecho quirritario: La regla “per extraneam personam nihil adquiri potest”	462
1.1.2. El derecho clásico: El desarrollo comercial y las excepciones impuestas por el derecho pretorio al principio del <i>ius civile</i>	464
1.1.3. El derecho justiniano.....	465
1.2. Las figuras del <i>nuntius</i> y del <i>procurator</i>	468
1.2.1. El <i>nuntius</i>	468
1.2.2. El <i>procurator</i>	469
2. La representación en el derecho intermedio.....	470
2.1. El instituto de la representación en el derecho germánico y en el derecho longobardo.....	470
2.2. El derecho canónico	471
2.3. La recepción de los postulados del derecho canónico en los estatutos de las ciudades italianas de la Edad Media	472
2.4. El derecho castellano.....	473
2.5. La obra de Bartolo.....	475
2.6. La escolástica española y la escuela del derecho natural	476
3. Las codificaciones europeas que influyeron en la codificación latinoamericana	478
3.1. El <i>Code civil</i>	478

	Pág.
3.2. El <i>Codice civile</i> de 1865	480
3.3. El Código Civil español.....	480
3.4. El <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (BGB).....	482
3.4.1. La doctrina alemana del siglo XIX.....	482
3.4.1.1. La <i>Zessionstheorie</i> (Teoría de la cesión)	483
3.4.1.2. La <i>Geschäftsherrntheorie</i> (Teoría del <i>dominus negotii</i> o teoría del titular del negocio)	484
3.4.1.3. La <i>Repräsentationstheorie</i> (Teoría de la representa- ción)	484
3.4.1.4. La autonomía de la <i>Vollmacht</i> (poder) frente al <i>Auftrag</i> (mandato).....	486
3.4.1.5. La Teoría de la cooperación	489
3.4.1.6. La teoría de Schlossmann.....	490
3.4.2. La representación en el BGB.....	490
3.5. El <i>Codice civile</i> de 1942	493
3.5.1. La doctrina italiana del siglo XX.....	493
3.5.1.1. La teoría de la sustitución.....	493
3.5.1.2. La teoría de la cooperación	495
3.5.2. La representación en el <i>Codice civile</i>	496
4. La codificación latinoamericana	499
LAS BASES PARA EL CÓDIGO LATINOAMERICANO: ¿CONTRATOS CONSENSUALES O REALES?	507
Por <i>Fernando Vidal Ramírez (Perú)</i>	

CAPÍTULO IV

TRATATIVAS PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: PROPUESTAS DE RE- GULACIÓN PARA UN FUTURO CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS	513
Por <i>Fernando Pantaleón (España)</i>	
1. Ideas vertebrales	513
1.1. Existencia de deberes precontractuales de lealtad y de infor- mación. La posición de los ordenamientos del <i>common law</i> ..	513

	Pág.
1.2. Naturaleza extracontractual (no obligacional) de la responsabilidad precontractual. La construcción alemana de la culpa <i>in contrahendo</i>	516
1.3. Los artificios de la construcción alemana de la culpa <i>in contrahendo</i>	518
1.4. Responsabilidad precontractual en los casos en que se celebra un contrato válido	520
1.5. Responsabilidad precontractual y autonomía privada.....	520
2. Grupos de casos más relevantes	521
2.1. Infracción de los deberes de lealtad en las negociaciones contractuales	521
2.1.1. Ruptura de las negociaciones contractuales	521
2.1.2. Infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido	528
2.1.3. Infracción del deber de confidencialidad.....	531
2.2. Infracción del deber de revelar información o de informar correctamente a la otra parte en las negociaciones, que provoca que ésta consienta un contrato que, si el deber no se hubiese infringido, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró	533
2.2.1. Caracterización general del grupo de casos. Precisiones terminológicas	533
2.2.2. Alcance del deber precontractual de revelar información a la otra parte	535
2.2.3. Problemas de concurrencia de remedios	536
2.2.4. Medida de la indemnización	537
2.2.5. Modelos de regulación	541
3. Conclusión	545
Bibliografía.....	545
RUPTURA DE LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	547
<i>Por Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)</i>	
Introducción. El camino al “contrato definitivo”. Comienzo, etapas y conclusión	549
1. Libertad para contratar o no, iniciadas las tratativas. Libertad para salir de ellas u obligación de mantenerse. Ventajas e inconvenientes. La buena y la mala fe de los tratantes	553
2. El Proyecto de reforma al Código Civil de 1998 en argentina.....	558

	Pág.
3. En la formación del contrato que fuentes deben atender los tratantes: que ponen las partes y que el estado cual es la prelación normativa el rol de la autonomía de la voluntad la integración del contrato.....	560
4. En la formación del contrato los tratantes deben atender al equilibrio negocial. A la justicia y equivalencia de las prestaciones deben evitar la presencia de cláusulas abusivas que conducen a la nulidad de lo acordado el contrato definitivo debe ser útil y justo de justicia conmutativa. El artículo 37 de la ley 24.240.....	563
LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.....	567
<i>Por Javier Tamayo Jaramillo (Colombia)</i>	
Reconocimiento a la inteligencia, la ética y la constancia	568
Introducción	568
1. La precontractual, ¿es responsabilidad contractual o extracontractual?	568
2. Plan	569
I. Daños causados por la no celebración del contrato	570
3. Delimitación del problema	570
4. Tesis de Ihering	571
5. Daños indemnizables.....	572
II. Daños causados en razón de un contrato nulo, por culpa de una de las partes al contratar.....	573
6. Origen de los daños	573
7. Daños producidos por el hecho de la nulidad.....	573
8. Daños causados durante la ejecución de un contrato que se declara nulo.....	574
III. Daños causados por la inexistencia de un contrato que de buena fe el acreedor creía haber celebrado (el contrato de seguros).....	575
9. Planteamiento del problema	575
IV. Las obligaciones precontractuales y contractuales de información, de consejo y de instrucción (con énfasis en los contratos de seguro y transporte)	576
10. Obligación de lealtad de las partes.....	576
A. Principio general de la obligación de lealtad precontractual.....	577
11. Fundamento legal y contractual de la obligación de lealtad....	577
12. Naturaleza de la responsabilidad de la parte desleal.....	578
13. Las obligaciones de información y de consejo en el período precontractual son especies de la obligación de lealtad precontractual.....	579

	Pág.
14. Límites de las obligaciones de información y de consejo	580
15. Diferencia entre la obligación de consejo y la de información	580
16. Diferencias entre la información y publicidad	581
17. Hasta dónde deben llegar los conocimientos del deudor	582
B. Las obligaciones de información y de consejo en el contrato de se- guros.....	582
18. Problemas que se presentan en la práctica.....	582
19. Responsabilidad del intermediario y del asegurador	583
20. Obligación de información a cargo del tomador del seguro	584
21. Casos en que el asegurador y el intermediario incumplen sus obligaciones de informar y de aconsejar al tomador del segu- ro	584
22. Cobertura deficiente.....	584
23. No informar suficientemente sobre el alcance y cumplimiento de garantías	585
24. Diferencias entre lo negociado y lo que consta en la póliza.....	586
25. Daños no cubiertos en los seguros de responsabilidad civil....	586
26. Silencio sobre las consecuencias de una mala declaración del riesgo.....	587
27. Responsabilidad cuando al tomador se le dice que está asegu- rado sin estarlo.....	588
28. No advertencia al tomador sobre libros de comercio	588
29. No advertencia de las limitaciones de la indemnización en los seguros de transporte de mercancías.....	589
30. No advertencia (exigir improntas del DAS) sobre no asegu- rabilidad de cargos de contrabando	589
31. ¿Cuál es la responsabilidad del intermediario y del asegura- dor en estos casos?.....	589
C. Las obligaciones de información y de consejo en el contrato de transporte	590
32. Principio	590
33. Declaración sobre la naturaleza y valor de las mercancías	590
34. Perjuicios en caso de no declaración del valor exacto de la mercancía	591
35. Presunción de contrato cumplido si el destinatario retira la mercancía sin protestas.....	592

	Pág.
36. Confusión en cuanto a los seguros existentes	593
37. Conclusiones	593
Bibliografía	593
LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, EN EL DERECHO EUROPEO.....	595
Por <i>Massimo Bianca (Italia)</i>	
LA ETAPA PRECONTRACTUAL	605
Por <i>Horacio Roitman (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	605
1.1. La actualidad en materia de contratos.....	605
1.2. Sistema del Código Civil.....	606
1.3. Nuevas formas contractuales.....	606
2. Etapa de formación del contrato	607
2.1. La oferta	607
2.2. Aceptación.....	607
2.3. Etapa precontractual	608
3. Efectos de esta modalidad.....	609
4. Regímenes de responsabilidad en el Código Civil	610
4.1. Prescripción	610
4.2. La extensión del resarcimiento	610
4.3. Divisibilidad de las obligaciones	610
5. Responsabilidad precontractual.....	611
5.1. La naturaleza de la responsabilidad precontractual.....	611
a) Teoría clásica: contractual	611
b) Teoría actual: extracontractual	611
5.2. Particularidades	612
a) Principales casos	612
b) Presupuestos	612
c) Extensión de la reparación.....	613
6. Los deberes en la negociación.....	613
6.1. Información.....	613
6.2. La buena fe	614
6.3. El abuso de derecho.....	614
7. Los efectos y la responsabilidad precontractual	615

	Pág.
NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR: INCIDENCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMO	617
<i>Por Andrés Mariño López (Uruguay)</i>	
1. Introducción.....	618
2. El paradigma de la prevención: derecho de daños y derecho del consumo	618
2.1. Las bases del Derecho Privado Moderno	618
2.2. El Derecho de Daños y el paradigma de la prevención	619
2.3. El Derecho del Consumo y los daños al consumidor	620
3. La construcción del paradigma de la precaución	622
4. La presencia del paradigma precautorio en el derecho positivo y su expansión en el sistema jurídico	623
4.1. La inserción del derecho ambiental en el sistema jurídico. Problemas planteados	624
4.2. El principio de congruencia.....	625
4.3. Aplicación de la precaución en el sistema normativo	626
4.4. Incidencia especial de la precaución en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo	627
5. La obligación de informar en el derecho del consumo y los defectos de información de productos y servicios	628
5.1. La obligación de informar al consumidor.....	628
5.2. Los defectos de información en la responsabilidad por productos y servicios defectuosos.....	629
5.3. La información al consumidor desde el paradigma de la prevención	630
6. Los cambios en la obligación de informar y nuevos contenidos de los defectos de información	631
6.1. La forma de la información: advertencia e instrucciones formalmente correctas	631
6.1.1. Información: advertencias e instrucciones	631
6.1.2. Corrección formal de la advertencia de riesgo de daños	632
6.1.3. La comprensibilidad de la advertencia y la instrucción.	632
6.2. Nuevos contenidos de la información	633
6.2.1. Información específica sobre el riesgo posible	633
6.2.2. Información para las acciones posteriores al daño	634
6.2.3. Ampliación de los sujetos a informar	635

	Pág.
6.2.3.1. Información a todos los consumidores posibles	635
6.2.3.2. Información de los riesgos de daños aunque el producto vaya dirigido a profesionales y consumidores expertos.....	635
6.2.4. Ampliación del elenco de sujetos obligados a informar	636
7. Conclusiones.....	638
Bibliografía.....	638

CAPÍTULO V

CONTRATOS PREPARATORIOS. COMPROMISO DE CONTRATAR. CONTRATO DE OPCIÓN

LA DENOMINADA PROMESA DE CONTRATAR BAJO EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.....	643
<i>Por Eduardo Barboza Beraún (Perú)</i>	
1. Introducción.....	643
2. Obligaciones y responsabilidad de las partes.....	646
2.1. El deber de buena fe en la Promesa de Contratar	653
3. Indemnización por daños	656
4. Conclusión	658
LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y EL CONTRATO NOMINADO DE PROMESA EN MÉXICO.....	659
<i>Por Carlos A. Gabuardi (México)</i>	
Introducción	659
1. El contrato nominado de promesa de celebrar un contrato futuro .	660
1.1. Los contratos nominados de promesa pueden ser unilaterales o bilaterales	661
1.2. El contrato nominado de promesa sólo da origen a obligaciones de hacer.....	664
1.3. Los requisitos de los contratos nominados de promesa y sus implicaciones jurídicas.....	666
1.4. Acciones para el caso de incumplimiento de los contratos nominados de promesa	670
1.5. Pequeñas variantes en la codificación civil mexicana	671
2. Los contratos preparatorios innominados	672

	Pág.
2.1. Los <i>Non-Binding Agreements</i>	673
2.2. Y ahora, ¿quién podrá salvarnos?	674
Conclusiones	675
LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA	677
<i>Por Mario Cordero Miranda (Bolivia)</i>	
1. Antecedentes de los contratos preparatorios en Bolivia	678
2. La evolución de la noción de contrato	679
2.1. El contrato como hecho y como norma	681
2.2. La autonomía de la voluntad	683
2.3. Límites a la libertad contractual	685
3. Los contratos preparatorios en Bolivia	687
3.1. Contrato preliminar	688
3.2. Contrato de opción	691
3.3. Contrato consigo mismo	693

- TOMO II -

CAPÍTULO VI

**CONTRATOS PREDISPUESTOS. CONTRATO DE ADHESIÓN.
CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN**

APUNTES SOBRE EL CONSUMIDOR Y LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN EN EL CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR	699
<i>Por Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú)</i>	
1. Introducción.....	699
2. Antecedentes.....	700
3. Contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación (CGC)	706
3.1. Desarrollo normativo en el Perú.....	706
3.2. Las cláusulas abusivas	709
3.3. La “doble lista” de cláusulas abusivas o vejatorias en el Código de Consumo	710

	Pág.
ENTENDIENDO EL MERCADO: LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA COMO FORMA DE MITIGAR LOS PROBLEMAS DE INSATISFACCIÓN Y DE SELECCIÓN ADVERSA.....	715
<i>Por Freddy Escobar Rozas (Perú)</i>	
1. Introducción.....	715
2. El rol de los contratos.....	717
3. La regulación estatal supletoria y la reducción de costos de transacción	719
4. La contratación estandarizada	721
5. El problema de insatisfacción de los adherentes	723
6. El mecanismo de control de los formularios contractuales	725
7. La mitigación del problema de insatisfacción desde el mercado	728
8. El problema de selección adversa de los proveedores.....	731
9. El espacio para la regulación	736
10. La opción del Código Civil	738
11. Conclusión	741
LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (DÉBIL JURÍDICO) ANTE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	743
<i>Por María L. Estigarribia Bieber (Argentina)</i>	
Breves palabras de homenaje.....	743
1. Introducción.....	744
2. Relaciones de Consumo	746
3. Cláusulas abusivas.....	749
4. Prácticas abusivas	765
5. Reflexiones finales	767
6. Bibliografía consultada.....	769
¿ES EL CONSUMIDOR UN IDIOTA? EL FALSO DILEMA ENTRE EL CONSUMIDOR RAZONABLE Y EL CONSUMIDOR ORDINARIO EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO	773
<i>Por Alfredo Bullard González (Perú)</i>	
Resumen	773
1. Introducción.....	774
2. ¿Por qué Contar con un estándar de consumidor razonable?	778
3. ¿Cómo se Aplica el Estándar de Consumidor Razonable?	782

	Pág.
4. ¿Son los Consumidores Irrazonables en la Realidad?	794
4.1. Pesimismo de los Consumidores.....	795
4.2. Consumidor Razonable y Asimetría Informativa.....	802
4.3. Consumidor Razonable y Pobreza	814
5. Comentarios finales.....	823
LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y EL NUEVO CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.....	825
<i>Por Yuri Vega Mere (Perú)</i>	
1. Preliminares	825
2. La falta de coordinación entre las normas pre-existentes al Código de Consumo en materia de cláusulas generales	826
3. ¿Era necesario tener un régimen más elaborado de cláusulas gene- rales de contratación? Referencia a las expectativas razonables	833
4. (Sigue) Las expectativas razonables	847
5. La dispersión del tratamiento legislativo sobre las cláusulas gene- rales de contratación en el derecho común y en el derecho del con- sumo	849
CONTRATOS: CONDICIONES GENERALES, ADHESIÓN Y PREDIS- POSICIÓN (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDEN- CIA ARGENTINA)	859
<i>Por Miguel Piedecasas (Argentina)</i>	
1. Condiciones Generales, adhesión y predisposición: Necesaria dis- tinción inicial.....	859
2. Las CGC, los CA y las CP, en relación a nuestro concepto de contra- to.....	861
3. Las CGC, los CA y las CP, en la ley de defensa del consumidor	862
4. Las CGC, los CA y las CP, los consumidores y el previo control esta- tal.....	864
5. Consentimiento, adhesión y predisposición, frente a los consumi- dores.....	866
6. Contratos administrativos, CGC, CA y CP	869
7. Contratos Empresariales, CGC, CA y CP.....	872
8. La interpretación “contra predisponente”	873
9. La “abusividad” como criterio límite.....	874
10. Las CGC, las CP y los CA, frente al negocio y los derechos funda- mentales	875

	Pág.
ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LOS CONTRATOS.....	881
<i>Por Jaime A. Arrubla Paucar (Colombia)</i>	
Introducción	881
1. La problemática en la contratación.....	882
2. Las nuevas formas de contratación	886
2.1. Contrato por adhesión a condiciones generales.....	887
2.2. En busca de un concepto sobre los contratos de adhesión a condiciones generales	888
3. Problemas y ventajas de la contratación estándar	890
4. En búsqueda de soluciones.....	894
4.1. Los derechos del consumidor.....	895
5. La posibilidad de protección al consumidor en el derecho de los contratos.....	896
5.1. En la etapa de formación del contrato	897
5.2. Clasificación de los contratos	897
5.3. El contenido del contrato	897
5.4. Condiciones generales	898
5.5. Cláusulas abusivas.....	899
5.6. Responsabilidad.....	902
6. La situación en Colombia.....	908
7. Conclusiones y recomendaciones.....	919

CAPÍTULO VII

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

PANORAMA DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. LINEA- MIENTOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PRO- PUESTA DE UN “CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRA- TOS”	923
<i>Por Carlos I. Jaramillo Jaramillo (Colombia)</i>	
1. Agradecimientos	924
2. Cuestión previa y propósito medular del presente estudio.....	925
3. Aproximación a la interpretación contractual. Ideas generales.....	929
3.1. Vigencia e importancia cardinal de la interpretación contrac- tual	929

	Pág.
3.2. Finalidades primordiales y genuino significado de la interpretación del contrato	935
3.3. Límites consustanciales de la interpretación contractual.....	939
4. Sistemas tradicionales de interpretación de los contratos. Balance de la polémica reinante y reformulación de la metodología interpretativa	951
4.1. Sistema subjetivo	953
4.2. Sistema objetivo	955
4.3. Críticas a los dos sistemas; balance general de la controversia reinante y reformulación de la metodología interpretativa. Estado de la cuestión	957
5. La búsqueda de la ‘común intención de la partes contratantes’ como principio rector de carácter hermenéutico	973
6. Abandono de la máxima latina, “in claris non fit interpretatio”. Valoración de la exigencia de la ‘oscuridad’ o ‘falta de claridad’ para que la interpretación se torne procedente. Precisión jurisprudencial ...	983
7. Justificación normativa, naturaleza jurídica y fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos.....	989
7.1. Justificación normativa de las reglas de interpretación de los contratos	991
7.2. Naturaleza jurídica de las reglas interpretativas: ¿principios generales, principios jurídicos rectores o reglas de interpretación?.....	999
7.3. Fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos	1008
8. Carácter dispositivo o imperativo de las reglas hermenéuticas. Examen de las denominadas estipulaciones ‘parole evidence rule’ y ‘merger clauses’ (cláusulas de fusión o integración).....	1024
9. Jerarquía de las reglas de interpretación de los contratos	1044
10. Propuestas preliminares para la elaboración de las bases de un ‘Código Latinoamericano de Contratos’	1050
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.....	1055
<i>Por Graciela Messina de Estrella Gutiérrez (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	1055
2. Normas interpretativas: la intención de las partes.....	1059
3. Directivas de interpretación de fuente legal.....	1060
4. La buena fe como regla de conducta básica de interpretación del contrato.....	1062

	Pág.
5. Bases de interpretación para el futuro Código Latinoamericano de Contratos	1063
a) Voluntad real de las partes o voluntad declarada	1063
b) La intención común, más allá de la literalidad expresada	1063
c) Regla de interpretación en cuanto al significado de las palabras.....	1064
d) El contexto contractual.....	1064
e) La naturaleza del negocio y la equidad.....	1064
f) La regla “favor negotii”	1065
g) Usos y prácticas del lugar de celebración	1065
h) Equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos....	1066
6. La interpretación objetiva	1066
INTEGRACIÓN DEL CONTRATO Y CONSTITUCIÓN.....	1069
Por <i>Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay)</i>	
1. Generalidades	1070
1.1. Precisiones metodológicas previas. La integración del contrato y la necesaria interpretación de la norma	1074
2. Calificación del contrato (Tipificación)	1074
2.1. Generalidades	1074
2.2. Concepto	1075
2.3. Importancia de la calificación	1076
2.4. Cómo se califica	1077
2.5. En nuestro derecho.....	1078
2.6. Nuestra opinión	1079
2.7. Indisponibilidad de la calificación	1080
2.8. Conclusiones.....	1081
2.9. Jurisprudencia.....	1081
3. Integración del contrato	1083
3.1. Concepto	1083
3.2. ¿Es correcta la diferenciación entre “efecto” y “contenido” del contrato?.....	1085
3.2.1. Presentación del tema.....	1085
3.2.2. [...] y por consiguiente obligan a lo que en ellos no se expresa.....	1086
3.2.3. “Reglamento Contractual” como unidad indisoluble de la autonomía de la voluntad y la norma	1087
3.2.4. Nuestra opinión	1089

	Pág.
3.3. Diferencias entre interpretación e integración del contrato	1089
3.3.1. Presentación del tema.....	1089
3.3.2. ¿Existencia de una “laguna” por falta de previsión o vacío normativo en el contrato?	1091
3.4. Formas de integración del contrato.....	1092
3.5. Integración sin lagunas	1093
3.6. La integración del contrato no debe considerarse como “subsidiaria”	1093
3.7. Nuestra opinión	1094
4. Fuentes de integración del contrato.....	1094
4.1. Presentación del tema	1094
4.2. La Constitución de la República como fuente de integración contractual.....	1095
4.2.1. “Riesgos” de la Constitucionalización del Derecho Civil.....	1100
4.2.2. “Beneficios” de la Constitucionalización del Derecho Civil. (Despatrimonialización del Derecho Civil).....	1101
4.2.3. Conclusiones.....	1102
4.3. La ley.....	1102
4.4. Los usos y costumbres.....	1103
4.5. La equidad.....	1104
4.6. La buena fe	1107
4.6.1. Concepto. Buena fe como estándar jurídico	1107
4.6.2. Aspectos metodológicos	1108
4.6.3. Permite la integración de valores al contrato; la debida ponderación de “lo razonable”. Equilibra y humaniza al contrato	1109
4.6.4. La buena fe como vértice del sistema contractual.....	1110
4.6.5. No es algo subsidiario	1110
4.6.6. Como expresión de un principio general y fundamental del derecho contractual cumple funciones diversas	1110
4.6.7. Qué es lo que debe ser de buena fe: ¿”La conducta de las partes” o las “consecuencias” del contrato?	1111
4.6.8. Importancia de la buena fe subjetiva en la integración del contrato. Principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima.....	1112
4.6.9. Buena fe pasiva y activa.....	1114
4.6.10. La buena fe como norma de “orden público”	1115

	Pág.
4.6.11. Otras proyecciones de la función integradora de la buena fe	1117
4.6.12. En el Derecho Argentino.....	1120
4.7. Los principios generales.....	1120
4.7.1. Concepto	1120
4.7.2. Origen	1121
4.7.3. Función integrativa.....	1121
4.7.4. Necesaria revalorización de los principios generales del derecho.....	1122
4.7.5. La integración del contrato por principios generales.....	1122
4.7.6. “Los tipos” contractuales y su integración.....	1122
4.7.7. Integración de los contratos típicos:	1123
4.7.8. Integración de los contratos atípicos	1123
4.7.9. Principios generales derivados de los principios generales de la buena fe	1125
4.8. La naturaleza del contrato.....	1126
4.9. La analogía	1126
5. Interpretación jurídica del contrato (¿Interpretación integradora?).....	1127
5.1. Generalidades	1127
5.2. Apreciaciones críticas.....	1131
6. Integración a partir del derecho del consumo	1132
6.1. De la publicidad comercial al contrato	1132
6.2. Integración del contrato en los casos de nulidad parcial por cláusulas abusivas (art. 31 de la ley 17.250).....	1134
7. Enfoque práctico de la integración del contrato	1135
7.1. “La obligación de seguridad”	1135
7.2. Obligación de Información	1137
8. Jurisprudencia.....	1138
9. Integración del contrato en el Derecho Comparado	1140
9.1. Presentación del tema	1140
9.2. Principios para los Contratos de Comercio Internacional UNIDROIT	1140
9.3. Principios Europeos del Derecho de los Contrato – Principios Lando	1141
9.4. Proyecto de Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de Pavia.....	1141
9.5. Códigos Civiles europeos	1142

	Pág.
9.6. Códigos Civiles Latinoamericanos	1142
10. Proyecto de regulación del tema para el Código de los Contratos para América Latina.....	1143
“Alcances de la obligación contractual”	1143
Proyecto de artículo para un Código de los Contratos para América Latina: Artículo Integración del contrato.....	1144
11. Conclusiones.....	1145
LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PERUANO.....	1151
<i>Por Carlos A. Soto Coaguila (Perú)</i>	
1. La contratación predispuesta	1151
1.1. Contratos por adhesión.....	1157
1.2. Cláusulas generales de contratación.....	1159
1.3. El contrato de hecho	1162
2. La interpretación del contrato	1165
2.1. Teorías sobre la interpretación del contrato.....	1167
2.1.1. Teoría subjetiva o de la voluntad.....	1168
2.1.2. Teoría objetiva o de la declaración.....	1169
2.2. Reglas generales para la interpretación de los contratos.....	1172
2.2.1. Interpretación de la voluntad declarada	1172
2.2.2. Interpretación conforme al principio de la buena fe.....	1173
2.2.3. Interpretación sistemática	1175
2.2.4. Interpretación finalista.....	1176
2.2.5. Aplicación del principio de conservación del contrato..	1178
3. Reglas de interpretación de los contratos predispuestos	1179
3.1. Regla de la prevalencia	1179
3.2. Regla de la cláusula más beneficiosa	1182
3.3. Regla <i>contra stipulatorem</i>	1183
4. Propuesta de reformas al Código Civil peruano en materia de interpretación	1186
5. Conclusión	1188
“CONSENSUS INTUITU PERSONAE”. LA NATURALEZA DEL PACTO SOBRE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA.....	1193
<i>Por Fernando De Trazegnies Granda (Perú)</i>	
1. Evolución de la Sociedad Anónima.....	1194

	Pág.
2. Las situaciones aberrantes	1198
3. Las respuestas jurídicas.....	1204
3.1. El derecho de adquisición preferente no existe en la hipótesis planteada	1205
3.2. El derecho de adquisición preferente existe por la vía de la interpretación	1209
4. El método de interpretación de los contratos.....	1211
5. La interpretación de los contratos en el Derecho peruano	1215
6. El pacto de adquisición preferente a la luz de las consideraciones precedentes	1218
7. El velo societario	1224
8. Consideraciones finales	1228

CAPÍTULO VIII

REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO	1233
<i>Por Eugenio Llamas Pombo (España)</i>	
1. Planteamiento y enumeración.....	1233
1.1. Encuadre de la cuestión	1233
1.2. Clasificaciones doctrinales	1234
2. La pretensión de cumplimiento y la ejecución forzosa de la obligación.....	1236
2.1. El cumplimiento <i>in natura</i>	1236
2.2. Referencia a su construcción histórica	1236
2.3. En las obligaciones de dar cosa determinada.....	1239
2.4. En las obligaciones de hacer y no hacer.....	1242
2.5. Naturaleza, características y presupuestos	1247
2.6. Su compatibilidad y acumulabilidad con la indemnización....	1253

	Pág.
3. El cumplimiento por equivalente y la <i>perpetuatio obligationis</i>	1255
3.1. Significado de las expresiones <i>obligatio perpetuari</i>	1255
3.2. Su presencia constante en nuestro ordenamiento. Algunos ejemplos	1257
3.3. El concepto de “equivalente” en sede de cumplimiento	1259
3.4. Su absoluta autonomía respecto de la indemnización.....	1261
3.5. La <i>perpetuatio</i> como mecanismo de asignación de riesgo al deudor.....	1264
3.6. La esencial subsidiariedad del cumplimiento por equivalente.....	1268
3.7. Su radical diferencia con el concepto de daño	1269
3.8. El criterio de fungibilidad de la conducta	1270
3.9. Reflexión en torno a la patrimonialidad de la prestación.....	1271
4. La resolución y otros remedios propios del contrato sinalagmático	1273
4.1. Los efectos especiales del contrato bilateral.....	1273
4.2. La excepción de incumplimiento contractual.....	1276
4.3. La facultad resolutoria del artículo 1124 del CC.....	1276
4.4. La absoluta incompatibilidad entre cumplimiento y resolución.....	1278
4.5. La esencial compatibilidad entre las acciones de resolución y resarcimiento	1279
4.6. Función de la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución	1279
4.7. Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios	1281
4.8. Sus distintos requisitos	1283
4.9. Conclusión	1285
5. La indemnización de daños y perjuicios: la prestación del <i>id quod interest</i>	1286
5.1. Su naturaleza esencial	1286
5.2. Su finalidad resarcitoria	1287
5.3. La unidad funcional de la indemnización.....	1288
5.4. La extensión jurisprudencial del alcance funcional del resarcimiento.	1289
5.5. La indemnización no es nunca cumplimiento.....	1290
5.6. La diferencia esencial entre la finalidad o función que cumple la <i>aestimatio rei</i> y la del <i>id quod interest</i>	1292

	Pág.
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS REMEDIOS DE TUTELA DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO Y EN LAS TENTATIVAS DE UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO DE CONTRATOS	1295
<i>Por Luciano Barchi Velaochaga (Perú)</i>	
Introducción	1295
1. Los supuestos de lesión del crédito	1296
1.1. Hipótesis de “situaciones de no prestación”	1298
1.1.1. La imposibilidad sobreviniente de la prestación	1298
1.1.1.1. Imposibilidad originaria y sobreviniente	1299
1.1.1.2. Imposibilidad definitiva y temporal	1299
1.1.1.3. Imposibilidad total y parcial	1301
1.1.1.4. La prestación imposible	1302
1.1.1.5. La llamada teoría del riesgo	1305
1.1.2. El incumplimiento y el retardo	1309
1.1.2.1. Incumplimiento anticipado	1309
1.1.2.2. El retardo.....	1311
1.2. Hipótesis de “situaciones de prestación inexacta”	1317
1.2.1. Cumplimiento defectuoso	1318
1.2.1.1. La integridad material o ausencia de vicios.....	1319
1.2.1.2. Cualidades esenciales o prometidas	1326
1.2.1.3. Integridad jurídica y regularidad legal	1326
1.2.2. Cumplimiento parcial	1327
1.2.3. Cumplimiento tardío.....	1331
2. Los remedios frente a la lesión del crédito.....	1334
Los remedios para el caso de retardo (o mora) y para el caso de incumplimiento	1335
2.1. La pretensión de cumplimiento	1336
2.2. La resolución por incumplimiento.....	1341
Plazo suplementario para el cumplimiento	1347
2.3. El resarcimiento de daños.....	1349
LAS DIFICULTADES DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA EXPERIENCIA CHILENA	1361
<i>Por Fabián Elorriaga De Bonis (Chile)</i>	
1. Los remedios frente al incumplimiento contractual.....	1361

	Pág.
2. La situación chilena frente a los remedios por incumplimiento de contrato.....	1364
2.1. La falta de sistemática de los remedios frente al incumplimiento.....	1364
2.2. La opción entre cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios	1368
2.3. La supuesta falta de autonomía de la acción indemnizatoria..	1372
2.4. Resolución contractual sólo en virtud de sentencia judicial....	1377
2.5. Posibilidad de frustrar la solicitud de resolución.....	1380
2.6. Los efectos de la excepción de contrato no cumplido	1382
3. Consideraciones finales	1386
LA “ACCIÓN DIRECTA” COMO REMEDIO CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO.....	1387
Por <i>Hernán Corral Talciani (Chile)</i>	
1. La “acción directa” como remedio contractual	1387
2. La acción directa en el Derecho eurocomunitario del consumo.....	1390
3. La “acción directa” del consumidor en las legislaciones latinoamericanas.....	1391
3.1. El modelo restrictivo: legislaciones peruana y colombiana	1391
3.2. El modelo de procedencia limitada: Chile.....	1393
3.3. El modelo de procedencia amplia vía solidaridad: Argentina y Brasil	1396
4. Régimen de la acción directa y acción de reembolso	1398
5. Una propuesta para un Código Latinoamericano de los Contratos	1400
LA DISTINCIÓN ENTRE LA EJECUCIÓN FORZADA POR EQUIVALENTE DINERARIO Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS SUFRIDOS POR EL ACREEDOR: APUNTES PARA UN DEBATE NECESARIO	1403
Por <i>Sebastián Picasso (Argentina)</i>	
1. Introducción.....	1403
2. La ejecución por equivalente dinerario en el derecho argentino	1405
2.1. El problema	1405
2.2. Nuestra posición	1410
2.3. La cuestión en caso de resolución del contrato por incumplimiento.....	1415
3. La cuestión en los proyectos sobre el derecho de los contratos elaborados a nivel europeo	1419
4. Conclusiones.....	1420

	Pág.
LA CLÁUSULA PENAL EN LA PROPUESTA PUERTORRIQUEÑA DE UNA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO.....	1423
<i>Por Ramón A. Guzmán (Puerto Rico)</i>	
1. Introducción.....	1423
2. Los aspectos más significativos de la reforma en la regulación del contrato.....	1424
2.1. Propósitos de la revisión y reforma	1424
2.2. Las fuentes de la reforma: la presencia significativa de Argentina y Perú.....	1425
2.3. La reforma de la regulación general del contrato.....	1427
2.4. La reforma de la regulación de los tipos contractuales.....	1433
2.4.1. Los contratos tradicionales que han sido modificados ..	1434
2.4.1.1. La compraventa y la permuta.....	1434
2.4.1.2. La donación y el préstamo.....	1435
2.4.1.3. El arrendamiento y los contratos de obras y servicios.....	1435
2.4.1.4. El depósito y el comodato.....	1437
2.4.1.5. La fianza	1437
2.4.1.6. La transacción	1437
2.4.2. Los “nuevos contratos”	1437
2.4.3. Los contratos suprimidos.....	1438
3. Las obligaciones con cláusula penal o las llamadas “penas convencionales”	1439
4. Conclusión	1441

- TOMO III -

CAPÍTULO IX

INEFICACIA. NULIDAD. ANULABILIDAD

NULIDAD DE LOS CONTRATOS	1445
<i>Por Aníbal Torres Vásquez (Perú)</i>	
1. Notas preliminares.....	1445
2. Invalidez del contrato en la legislación comparada.....	1449
3. Invalidez del contrato en el Código Civil	1457

	Pág.
4. Nulidad absoluta del contrato	1459
4.1. Causas	1459
4.1.1. Falta de acuerdo de las partes.....	1460
4.1.2. Incapacidad absoluta	1461
4.1.3. Objeto imposible, ilícito o indeterminado	1462
4.1.4. Ilícitud de la causa fin.....	1463
4.1.5. Simulación absoluta	1464
4.1.6. Ausencia de la forma solemne.....	1464
4.1.7. Contratos contrarios a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres.....	1464
4.1.8. Nulidad declarada por ley (nulidad especial)	1468
4.2. La acción de nulidad. Titulares	1469
4.3. Imposibilidad de la confirmación	1471
5. Anulabilidad del contrato	1472
5.1. Causas	1473
5.1.1. La incapacidad relativa del agente	1473
5.1.2. El vicio resultante del error, dolo, violencia e intimidación	1473
5.1.3. La simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de terceros	1475
5.1.4. Cuando la ley lo declara anulable	1476
5.2. Efectos.....	1476
5.3. Acción de anulabilidad. Titulares.....	1479
6. Nulidad en el contrato plurilateral	1479
7. Nulidad parcial.....	1480
8. Documentación del contrato y nulidad	1483
9. Alegación de incapacidad	1484
10. Nulidad de los contratos celebrados por mayores de 16 y menores de 18 años	1486
11. Repetición del pago hecho a un incapaz	1489
12. Mala fe del incapaz	1490
 LA FUNCIONALIDAD DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO PARA LA INVALIDACIÓN DE LOS CONTRATOS .	 1493
Por <i>Gerson L. Branco (Brasil)</i>	
Introducción	1493
1. Invalidez y funcionalidad	1494
1.1. Función y finalidad en el contexto del derecho privado.....	1495

	Pág.
1.2. El contrato como elemento de transición entre la vida social y el mundo jurídico.....	1500
2. Control de la validez de los contratos con fundamento en la función social de la libertad contractual	1505
2.1. Control del objeto por el legislador	1506
2.2. De la tipicidad social y del desvío social típico.....	1509
3. Funcionalidad típica y desvío social típico en la perspectiva de la jurisprudencia brasileña	1515
3.1. Pacto comisorio ilícito	1516
3.2. Leasing financiero y anticipación del valor residual garantizado.....	1519
3.3. Facturización de títulos de crédito	1520
3.4. Contrato de depósito como garantía y prisión civil del depositario infiel	1521
3.5. Caso de la soja verde.....	1524
4. Conclusión	1527
LA INEXISTENCIA JURÍDICA	1529
<i>Por Boanerges Rodríguez Freire (Ecuador)</i>	
1. Introducción.....	1529
1.1. El fenómeno de la globalización.....	1530
1.2. La necesidad de la unificación legislativa.....	1530
2. El Acto Jurídico.....	1532
2.1. Requisitos de Existencia.....	1533
2.2. Requisitos de Validez.....	1536
2.3. La conveniencia de mantener la diferencia entre Requisitos de Existencia y Requisitos de Validez.....	1537
2.4. La eficacia del Acto Jurídico	1537
2.5. La Ineficacia del Acto Jurídico	1538
3. La Inexistencia Jurídica	1540
3.1. Antecedentes históricos	1541
3.2. Naturaleza Jurídica	1542
3.3. Clases de Inexistencia.....	1543
3.4. Efectos derivados de la Inexistencia propia.....	1543
3.5. Los actos jurídicos aparentes o putativos	1544
3.6. La Existencia y la Validez.....	1546
3.7. La Inexistencia en la Doctrina	1546
3.7.1. La Posición en contra de la Inexistencia.....	1547

	Pág.
3.7.2. La Posición a favor de la Inexistencia	1549
3.8. Regulación de la Inexistencia	1551
3.8.1. El acto inexistente no produce efectos jurídicos.....	1551
3.8.2. No se requiere declaración judicial.....	1551
3.8.3. La inexistencia no se sana con el tiempo.....	1552
3.8.4. La Inexistencia tampoco se sana por la ratificación de las Partes.....	1553
4. Algunas Conclusiones	1553
LA PRESUPOSICIÓN	1555
<i>Por Juan Espinoza Espinoza (Perú)</i>	
LA APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD CONTRACTUAL. UNA FACULTAD INQUISITIVA.....	1565
<i>Por María Marcos González (España)</i>	
1. Introducción.....	1565
2. Justificación de la metodología procesal	1569
3. La nulidad contractual en la legislación procesal	1576
4. La tesis bipartita de la nulidad contractual.....	1581
5. La apreciación de oficio de la nulidad contractual en la jurisprudencia.....	1603
5.1. La congruencia de la sentencia.....	1605
5.1.1. La sentencia que declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia	1606
5.1.2. La sentencia que no declara de oficio la nulidad recurrida por incongruencia	1624
5.2. Régimen procesal de la declaración de oficio de la nulidad contractual.....	1631
5.3. La restitución de lo entregado derivada de la declaración de oficio de la nulidad	1644

CAPÍTULO X

EFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

LOS EFECTOS DEL CONTRATO	1657
<i>Por Alejandro Borda (Argentina)</i>	
1. Presentación del tema	1657
2. La fuerza obligatoria del contrato.....	1658

	Pág.
3. La autonomía de la voluntad	1660
4. Las partes	1663
5. Los sucesores universales	1664
6. Los Sucesores Singulares.....	1666
7. Los Acreedores	1668
8. Los Terceros “penitus extranei”	1669
9. Contratos a favor de terceros	1671
9.1. Cuestiones generales	1671
9.2. Los requisitos	1672
9.3. Efectos.....	1674
9.3.1. Vínculo estipulante/promitente.....	1674
9.3.2. Vínculo promitente/tercero.....	1677
9.4. Otras aplicaciones.....	1680
10. El contrato en nombre del tercero	1680
11. El contrato a cargo del tercero	1681
12. El contrato que daña a un tercero.....	1683
13. El tercero que daña un contrato que él no ha celebrado	1684
14. La cesión del contrato.....	1685
14.1. Cuestiones generales.....	1685
14.2. Forma.....	1688
14.3. La garantía del cedente	1689
14.4. Derechos del cedido y del cesionario.....	1690
14.5. Las garantías dadas por terceros	1690
15. El subcontrato	1691
16. Final	1692

CRITERIOS SOBRE LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS CON RELACION A TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA DE 1976..... 1693

Por *Ramiro Moreno Baldivieso (Bolivia)*

1. El efecto relativo de los contratos	1693
1.1. Aproximación General	1693
2. Naturaleza y tratamiento jurídico en el Código Civil boliviano de 1831	1696
3. Diferencias con el Nuevo Código Civil boliviano de 1976.....	1700
4. Conclusiones.....	1705



ANEXOS

**1. PRINCIPIOS UNIDROIT - SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES 2004**

**INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL
DERECHO PRIVADO - UNIDROIT**

Preámbulo (Propósito de los Principios)	1717
---	------

CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.1 (Libertad de contratación)	1718
Artículo 1.2 (Libertad de forma).....	1718
Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)	1718
Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo).....	1718
Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes)	1718
Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios).....	1719
Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial).....	1719
Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. <i>Venire contra factum proprium</i>).....	1719
Artículo 1.9 (Usos y prácticas).....	1719
Artículo 1.10 (Notificación)	1719
Artículo 1.11 (Definiciones).....	1720
Artículo 1.12 (Modo de contar los plazos fijados por las partes)	1720

CAPÍTULO 2: FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACIÓN

Artículo 2.1.1 (Modo de perfección).....	1721
Artículo 2.1.2 (Definición de la oferta)	1721
Artículo 2.1.3 (Retiro de la oferta)	1721
Artículo 2.1.4 (Revocación de la oferta).....	1721
Artículo 2.1.5 (Rechazo de la oferta).....	1722
Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)	1722
Artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación).....	1722
Artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo).....	1722
Artículo 2.1.9 (Aceptación tardía. Demora en la transmisión)	1722
Artículo 2.1.10 (Retiro de la aceptación)	1723
Artículo 2.1.11 (Aceptación modificada).....	1723

	Pág.
Artículo 2.1.12 (Confirmación por escrito)	1723
Artículo 2.1.13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)	1723
Artículo 2.1.14 (Contrato con términos “abiertos”)	1724
Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe)	1724
Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad)	1724
Artículo 2.1.17 (Cláusulas de integración)	1724
Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)	1725
Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)	1725
Artículo 2.1.20 (Cláusulas sorpresivas)	1725
Artículo 2.1.21 (Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)	1725
Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios)	1725

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1 (Ámbito de aplicación de esta sección)	1726
Artículo 2.2.2 (Constitución y alcance de la facultad del representante)	1726
Artículo 2.2.3 (Representación aparente)	1726
Artículo 2.2.4 (Representación oculta)	1727
Artículo 2.2.5 (Representante actuando sin poder o excediéndolo)	1727
Artículo 2.2.6 (Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)	1727
Artículo 2.2.7 (Conflicto de intereses)	1727
Artículo 2.2.8 (Sub-representación)	1728
Artículo 2.2.9 (Ratificación)	1728
Artículo 2.2.10 (Extinción del poder)	1728

CAPÍTULO 3: VALIDEZ

Artículo 3.1 (Cuestiones excluidas)	1729
Artículo 3.2 (Validez del mero acuerdo)	1729
Artículo 3.3 (Imposibilidad inicial)	1729
Artículo 3.4 (Definición del error)	1729
Artículo 3.5 (Error determinante)	1729
Artículo 3.6 (Error en la expresión o en la transmisión)	1730
Artículo 3.7 (Remedios por incumplimiento)	1730
Artículo 3.8 (Dolo)	1730
Artículo 3.9 (Intimidación)	1730
Artículo 3.10 (Excesiva desproporción)	1731
Artículo 3.11 (Terceros)	1731

	Pág.
Artículo 3.12 (Confirmación)	1731
Artículo 3.13 (Pérdida del derecho a anular el contrato)	1732
Artículo 3.14 (Notificación de anulación)	1732
Artículo 3.15 (Plazos)	1732
Artículo 3.16 (Anulación parcial)	1732
Artículo 3.17 (Efectos retroactivos)	1733
Artículo 3.18 (Daños y perjuicios).....	1733
Artículo 3.19 (Carácter imperativo de estas disposiciones).....	1733
Artículo 3.20 (Declaraciones unilaterales)	1733

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1 (Intención de las partes).....	1733
Artículo 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos)	1734
Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes).....	1734
Artículo 4.4 (Interpretación sistemática del contrato)	1734
Artículo 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)	1734
Artículo 4.6 (Interpretación <i>contra proferentem</i>).....	1735
Artículo 4.7 (Discrepancias lingüísticas)	1735
Artículo 4.8 (Integración del contrato)	1735

CAPÍTULO 5: CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

Artículo 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas).....	1735
Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas)	1736
Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes)	1736
Artículo 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)	1736
Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación).....	1736
Artículo 5.1.6 (Determinación de la calidad de la prestación)	1737
Artículo 5.1.7 (Determinación del precio).....	1737
Artículo 5.1.8 (Contrato de tiempo indefinido)	1737
Artículo 5.1.9 (Renuncia por acuerdo de partes).....	1737

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1 (Estipulación a favor de terceros)	1738
Artículo 5.2.2 (Identificación del beneficiario)	1738
Artículo 5.2.3 (Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)	1738

	Pág.
Artículo 5.2.4 (Excepciones)	1738
Artículo 5.2.5 (Revocación)	1738
Artículo 5.2.6 (Renuncia)	1738

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1 (Momento del cumplimiento)	1739
Artículo 6.1.2 (Cumplimiento en un solo momento o en etapas)	1739
Artículo 6.1.3 (Cumplimiento parcial).....	1739
Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento).....	1739
Artículo 6.1.5 (Cumplimiento anticipado)	1740
Artículo 6.1.6 (Lugar del cumplimiento)	1740
Artículo 6.1.7 (Pago con cheque u otro instrumento)	1740
Artículo 6.1.8 (Pago por transferencia de fondos)	1740
Artículo 6.1.9 (Moneda de pago).....	1741
Artículo 6.1.10 (Moneda no expresada).....	1741
Artículo 6.1.11 (Gastos del cumplimiento)	1741
Artículo 6.1.12 (Imputación de pagos)	1742
Artículo 6.1.13 (Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)	1742
Artículo 6.1.14 (Solicitud de autorización pública)	1742
Artículo 6.1.15 (Gestión de la autorización).....	1743
Artículo 6.1.16 (Autorización ni otorgada ni denegada)	1743
Artículo 6.1.17 (Autorización denegada).....	1743

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)	1743
Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1744
Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1744

CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 7.1.1 (Definición del incumplimiento)	1745
Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte).....	1745
Artículo 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)	1745
Artículo 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento).....	1745
Artículo 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)	1746
Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración).....	1746
Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (force majeure).....	1747

	Pág.
SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO	
Artículo 7.2.1 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias).....	1747
Artículo 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)	1747
Artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)	1748
Artículo 7.2.4 (Pena judicial)	1748
Artículo 7.2.5 (Cambio de remedio)	1748
SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN	
Artículo 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato)	1748
Artículo 7.3.2 (Notificación de la resolución)	1749
Artículo 7.3.3 (Incumplimiento anticipado)	1749
Artículo 7.3.4 (Garantía adecuada de cumplimiento)	1749
Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución)	1750
Artículo 7.3.6 (Restitución)	1750
SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO	
Artículo 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)	1750
Artículo 7.4.2 (Reparación integral)	1750
Artículo 7.4.3 (Certeza del daño)	1751
Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño)	1751
Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)	1751
Artículo 7.4.6 (Prueba del daño por el precio corriente)	1751
Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)	1752
Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño)	1752
Artículo 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)	1752
Artículo 7.4.10 (Intereses sobre el resarcimiento)	1753
Artículo 7.4.11 (Modalidad de la compensación monetaria)	1753
Artículo 7.4.12 (Moneda en la que se fija el resarcimiento)	1753
Artículo 7.4.13 (Pago estipulado para el incumplimiento)	1753
CAPÍTULO 8: COMPENSACIÓN	
Artículo 8.1 (Condiciones de la compensación)	1753
Artículo 8.2 (Compensación de deudas en moneda extranjera)	1754
Artículo 8.3 (Notificación de la compensación)	1754
Artículo 8.4 (Contenido de la notificación)	1754
Artículo 8.5 (Efectos de la compensación)	1754

	Pág.
CAPÍTULO 9: CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS	
SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS	
Artículo 9.1.1 (Definiciones)	1755
Artículo 9.1.2 (Exclusiones)	1755
Artículo 9.1.3 (Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)	1755
Artículo 9.1.4 (Cesión parcial)	1755
Artículo 9.1.5 (Cesión de créditos futuros)	1755
Artículo 9.1.6 (Créditos cedidos sin especificación individual)	1756
Artículo 9.1.7 (Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)	1756
Artículo 9.1.8 (Costes adicionales del deudor)	1756
Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión)	1756
Artículo 9.1.10 (Notificación al deudor)	1756
Artículo 9.1.11 (Cesiones sucesivas)	1757
Artículo 9.1.12 (Prueba adecuada de la cesión)	1757
Artículo 9.1.13 (Excepciones y derechos de compensación)	1757
Artículo 9.1.14 (Derechos relativos al crédito cedido)	1757
Artículo 9.1.15 (Obligaciones del cedente)	1758
SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES	
Artículo 9.2.1 (Modalidades de la transferencia)	1758
Artículo 9.2.2 (Exclusión)	1758
Artículo 9.2.3 (Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia).....	1758
Artículo 9.2.4 (Consentimiento anticipado del acreedor)	1759
Artículo 9.2.5 (Liberación del deudor originario)	1759
Artículo 9.2.6 (Cumplimiento a cargo de un tercero)	1759
Artículo 9.2.7 (Excepciones y derechos de compensación)	1759
Artículo 9.2.8 (Derechos relativos a la obligación transferida)	1759
SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS	
Artículo 9.3.1 (Definiciones).....	1760
Artículo 9.3.2 (Exclusión)	1760
Artículo 9.3.3 (Exigencia del consentimiento de la otra parte)	1760
Artículo 9.3.4 (Consentimiento anticipado de la otra parte)	1760
Artículo 9.3.5 (Liberación del cedente)	1761
Artículo 9.3.6 (Excepciones y derechos de compensación)	1761

	Pág.
Artículo 9.3.7 (Créditos cedidos con el contrato)	1761
CAPÍTULO 10: PRESCRIPCIÓN	
Artículo 10.1 (Ámbito de aplicación de este Capítulo)	1761
Artículo 10.2 (Períodos de prescripción)	1762
Artículo 10.3 (Modificación de los períodos de prescripción por las partes)	1762
Artículo 10.4 (Nuevo período de prescripción por reconocimiento)	1762
Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial)	1762
Artículo 10.6 (Suspensión por procedimiento arbitral)	1763
Artículo 10.7 (Medios alternativos para la resolución de controversias)	1763
Artículo 10.8 (Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)	1763
Artículo 10.9 (Efectos del vencimiento del período de prescripción)	1764
Artículo 10.10 (Derecho de compensación)	1764
Artículo 10.11 (Restitución)	1764

2. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO - UNIDROIT

Preámbulo (Propósito de los Principios)	1773
---	------

CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.1 (Libertad de contratación)	1774
Artículo 1.2 (Libertad de forma).....	1774
Artículo 1.3 (Carácter vinculante de los contratos)	1774
Artículo 1.4 (Normas de carácter imperativo).....	1774
Artículo 1.5 (Exclusión o modificación de los Principios por las partes)	1774
Artículo 1.6 (Interpretación e integración de los Principios).....	1775
Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial).....	1775
Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. Venire <i>contra factum proprium</i>).....	1775
Artículo 1.9 (Usos y prácticas).....	1775
Artículo 1.10 (Notificación)	1775
Artículo 1.11 (Definiciones).....	1776

	Pág.
Artículo 1.12 (Modo de contar los plazos fijados por las partes).....	1776

CAPÍTULO 2: FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACIÓN

Artículo 2.1.1 (Modo de perfección).....	1777
Artículo 2.1.2 (Definición de la oferta)	1777
Artículo 2.1.3 (Retiro de la oferta)	1777
Artículo 2.1.4 (Revocación de la oferta).....	1777
Artículo 2.1.5 (Rechazo de la oferta).....	1778
Artículo 2.1.6 (Modo de aceptación)	1778
Artículo 2.1.7 (Plazo para la aceptación).....	1778
Artículo 2.1.8 (Aceptación dentro de un plazo fijo).....	1778
Artículo 2.1.9 (Aceptación tardía. Demora en la transmisión)	1778
Artículo 2.1.10 (Retiro de la aceptación)	1779
Artículo 2.1.11 (Aceptación modificada).....	1779
Artículo 2.1.12 (Confirmación por escrito)	1779
Artículo 2.1.13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular).....	1779
Artículo 2.1.14 (Contrato con términos “abiertos”).....	1780
Artículo 2.1.15 (Negociaciones de mala fe).....	1780
Artículo 2.1.16 (Deber de confidencialidad).....	1780
Artículo 2.1.17 (Cláusulas de integración)	1781
Artículo 2.1.18 (Modificación en una forma en particular)	1781
Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)	1781
Artículo 2.1.20 (Cláusulas sorprendivas).....	1781
Artículo 2.1.21 (Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar).....	1781
Artículo 2.1.22 (Conflicto entre formularios).....	1782

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

Artículo 2.2.1 (Ámbito de aplicación de esta sección)	1782
Artículo 2.2.2 (Constitución y alcance de la facultad del representante)	1782
Artículo 2.2.3 (Representación aparente).....	1782
Artículo 2.2.4 (Representación oculta).....	1783
Artículo 2.2.5 (Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo).....	1783
Artículo 2.2.6 (Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo).....	1783
Artículo 2.2.7 (Conflicto de intereses)	1784
Artículo 2.2.8 (Sub-representación).....	1784

	Pág.
Artículo 2.2.9 (Ratificación).....	1784
Artículo 2.2.10 (Extinción del poder).....	1784

CAPÍTULO 3: VALIDEZ

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 3.1.1 (Cuestiones excluidas).....	1785
Artículo 3.1.2 (Validez del mero acuerdo).....	1785
Artículo 3.1.3 (Imposibilidad inicial).....	1785
Artículo 3.1.4 (Carácter imperativo de las disposiciones).....	1785

SECCIÓN 2: CAUSALES DE ANULACIÓN

Artículo 3.2.1 (Definición del error).....	1785
Artículo 3.2.2 (Error determinante).....	1786
Artículo 3.2.3 (Error en la expresión o en la transmisión).....	1786
Artículo 3.2.4 (Remedios por incumplimiento).....	1786
Artículo 3.2.5 (Dolo).....	1786
Artículo 3.2.6 (Intimidación).....	1787
Artículo 3.2.7 (Excesiva desproporción).....	1787
Artículo 3.2.8 (Terceros).....	1787
Artículo 3.2.9 (Confirmación).....	1788
Artículo 3.2.10 (Pérdida del derecho a anular el contrato).....	1788
Artículo 3.2.11 (Notificación de anulación).....	1788
Artículo 3.2.12 (Plazos).....	1788
Artículo 3.2.13 (Anulación parcial).....	1789
Artículo 3.2.14 (Efectos retroactivos).....	1789
Artículo 3.2.15 (Restitución).....	1789
Artículo 3.2.16 (Daños y perjuicios).....	1789
Artículo 3.2.17 (Declaraciones unilaterales).....	1790

SECCIÓN 3: ILICITUD

Artículo 3.3.1 (Contratos que violan normas de carácter imperativo).....	1790
Artículo 3.3.2 (Restitución).....	1790

CAPÍTULO 4: INTERPRETACIÓN

Artículo 4.1 (Intención de las partes).....	1791
Artículo 4.2 (Interpretación de declaraciones y otros actos).....	1791
Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes).....	1791
Artículo 4.4 (Interpretación sistemática del contrato).....	1792
Artículo 4.5 (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones).....	1792
Artículo 4.6 (Interpretación <i>contra proferentem</i>).....	1792

	Pág.
Artículo 4.7 (Discrepancias lingüísticas).....	1792
Artículo 4.8 (Integración del contrato).....	1792

CAPÍTULO 5: CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

Artículo 5.1.1 (Obligaciones expresas e implícitas).....	1793
Artículo 5.1.2 (Obligaciones implícitas).....	1793
Artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes).....	1793
Artículo 5.1.4 (Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos).....	1793
Artículo 5.1.5 (Determinación del tipo de obligación).....	1794
Artículo 5.1.6 (Determinación de la calidad de la prestación).....	1794
Artículo 5.1.7 (Determinación del precio).....	1794
Artículo 5.1.8 (Contrato de tiempo indefinido).....	1795
Artículo 5.1.9 (Renuncia por acuerdo de partes).....	1795

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

Artículo 5.2.1 (Estipulación a favor de terceros).....	1795
Artículo 5.2.2 (Identificación del beneficiario).....	1795
Artículo 5.2.3 (Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)....	1795
Artículo 5.2.4 (Excepciones).....	1795
Artículo 5.2.5 (Revocación).....	1796
Artículo 5.2.6 (Renuncia).....	1796

SECCIÓN 3: OBLIGACIONES CONDICIONALES

Artículo 5.3.1 (Tipos de condiciones).....	1796
Artículo 5.3.2 (Efectos de las condiciones).....	1796
Artículo 5.3.3 (Intromisión en el cumplimiento de la condición).....	1796
Artículo 5.3.4 (Obligación de preservar los derechos).....	1797
Artículo 5.3.5 (Restitución en caso de cumplimiento de una condición resolutoria).....	1797

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

Artículo 6.1.1 (Momento del cumplimiento).....	1797
Artículo 6.1.2 (Cumplimiento en un solo momento o en etapas).....	1797
Artículo 6.1.3 (Cumplimiento parcial).....	1798
Artículo 6.1.4 (Secuencia en el cumplimiento).....	1798
Artículo 6.1.5 (Cumplimiento anticipado).....	1798
Artículo 6.1.6 (Lugar del cumplimiento).....	1798
Artículo 6.1.7 (Pago con cheque u otro instrumento).....	1799

	Pág.
Artículo 6.1.8 (Pago por transferencia de fondos)	1799
Artículo 6.1.9 (Moneda de pago).....	1799
Artículo 6.1.10 (Moneda no expresada).....	1800
Artículo 6.1.11 (Gastos del cumplimiento)	1800
Artículo 6.1.12 (Imputación de pagos)	1800
Artículo 6.1.13 (Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)	1801
Artículo 6.1.14 (Solicitud de autorización pública)	1801
Artículo 6.1.15 (Gestión de la autorización).....	1801
Artículo 6.1.16 (Autorización ni otorgada ni denegada)	1801
Artículo 6.1.17 (Autorización denegada).....	1802
SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)	
Artículo 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)	1802
Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1802
Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))	1803
CAPÍTULO 7: INCUMPLIMIENTO	
SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL	
Artículo 7.1.1 (Definición del incumplimiento)	1803
Artículo 7.1.2 (Interferencia de la otra parte).....	1803
Artículo 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)	1804
Artículo 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento).....	1804
Artículo 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)	1804
Artículo 7.1.6 (Cláusulas de exoneración).....	1805
Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (<i>force majeure</i>)	1805
SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO	
Artículo 7.2.1 (Cumplimiento de obligaciones dinerarias).....	1806
Artículo 7.2.2 (Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)	1806
Artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)	1806
Artículo 7.2.4 (Pena judicial)	1807
Artículo 7.2.5 (Cambio de remedio)	1807
SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN	
Artículo 7.3.1 (Derecho a resolver el contrato)	1807
Artículo 7.3.2 (Notificación de la resolución)	1808
Artículo 7.3.3 (Incumplimiento anticipado)	1808
Artículo 7.3.4 (Garantía adecuada de cumplimiento).....	1808
Artículo 7.3.5 (Efectos generales de la resolución).....	1808

	Pág.
Artículo 7.3.6 (Restitución en el caso de contratos de cumplimiento en un solo momento).....	1809
Artículo 7.3.7 (Restitución en el caso de contratos de cumplimiento prolongado)	1809

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

Artículo 7.4.1 (Derecho al resarcimiento)	1809
Artículo 7.4.2 (Reparación integral).....	1809
Artículo 7.4.3 (Certeza del daño)	1810
Artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño)	1810
Artículo 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo) .	1810
Artículo 7.4.6 (Prueba del daño por el precio corriente).....	1810
Artículo 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)	1811
Artículo 7.4.8 (Atenuación del daño).....	1811
Artículo 7.4.9 (Intereses por falta de pago de dinero)	1811
Artículo 7.4.10 (Intereses sobre el resarcimiento)	1811
Artículo 7.4.11 (Modalidad de la compensación monetaria).....	1812
Artículo 7.4.12 (Moneda en la que se fija el resarcimiento).....	1812
Artículo 7.4.13 (Pago estipulado para el incumplimiento)	1812

CAPÍTULO 8: COMPENSACIÓN

Artículo 8.1 (Condiciones de la compensación).....	1812
Artículo 8.2 (Compensación de deudas en moneda extranjera).....	1813
Artículo 8.3 (Notificación de la compensación)	1813
Artículo 8.4 (Contenido de la notificación).....	1813
Artículo 8.5 (Efectos de la compensación)	1813

CAPÍTULO 9: CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS

Artículo 9.1.1 (Definiciones).....	1813
Artículo 9.1.2 (Exclusiones)	1814
Artículo 9.1.3 (Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)	1814
Artículo 9.1.4 (Cesión parcial).....	1814
Artículo 9.1.5 (Cesión de créditos futuros).....	1814
Artículo 9.1.6 (Créditos cedidos sin especificación individual)	1814
Artículo 9.1.7 (Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)	1815
Artículo 9.1.8 (Costes adicionales del deudor)	1815
Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión).....	1815

	Pág.
Artículo 9.1.10 (Notificación al deudor)	1815
Artículo 9.1.11 (Cesiones sucesivas)	1815
Artículo 9.1.12 (Prueba adecuada de la cesión).....	1816
Artículo 9.1.13 (Excepciones y derechos de compensación).....	1816
Artículo 9.1.14 (Derechos relativos al crédito cedido)	1816
Artículo 9.1.15 (Obligaciones del cedente)	1816

SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

Artículo 9.2.1 (Modalidades de la transferencia).....	1817
Artículo 9.2.2 (Exclusión).....	1817
Artículo 9.2.3 (Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia).....	1817
Artículo 9.2.4 (Consentimiento anticipado del acreedor)	1817
Artículo 9.2.5 (Liberación del deudor originario).....	1818
Artículo 9.2.6 (Cumplimiento a cargo de un tercero).....	1818
Artículo 9.2.7 (Excepciones y derechos de compensación).....	1818
Artículo 9.2.8 (Derechos relativos a la obligación transferida).....	1818

SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS

Artículo 9.3.1 (Definiciones).....	1819
Artículo 9.3.2 (Exclusión).....	1819
Artículo 9.3.3 (Exigencia del consentimiento de la otra parte).....	1819
Artículo 9.3.4 (Consentimiento anticipado de la otra parte)	1819
Artículo 9.3.5 (Liberación del cedente)	1819
Artículo 9.3.6 (Excepciones y derechos de compensación).....	1820
Artículo 9.3.7 (Derechos cedidos con el contrato).....	1820

CAPÍTULO 10: PRESCRIPCIÓN

Artículo 10.1 (Ámbito de aplicación de este capítulo)	1820
Artículo 10.2 (Períodos de prescripción).....	1820
Artículo 10.3 (Modificación de los períodos de prescripción por las partes)	1820
Artículo 10.4 (Nuevo período de prescripción por reconocimiento).....	1821
Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial)	1821
Artículo 10.6 (Suspensión por procedimiento arbitral)	1821
Artículo 10.7 (Medios alternativos para la resolución de controversias).....	1822
Artículo 10.8 (Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)	1822
Artículo 10.9 (Efectos del vencimiento del período de prescripción).....	1822
Artículo 10.10 (Derecho de compensación).....	1822
Artículo 10.11 (Restitución).....	1823

	Pág.
CAPÍTULO II: PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES	
SECCIÓN 1: PLURALIDAD DE DEUDORES	
Artículo 11.1.1 (Definiciones).....	1823
Artículo 11.1.2 (Presunción de solidaridad).....	1823
Artículo 11.1.3 (Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios) ...	1823
Artículo 11.1.4 (Excepciones y compensación)	1823
Artículo 11.1.5 (Efectos del cumplimiento o de la compensación).....	1824
Artículo 11.1.6 (Efectos de la remisión o de la transacción)	1824
Artículo 11.1.7 (Efectos del vencimiento o de la suspensión de la prescrip- ción).....	1824
Artículo 11.1.8 (Efectos de las sentencias)	1824
Artículo 11.1.9 (Reparto entre los deudores solidarios).....	1825
Artículo 11.1.10 (Alcance de la acción de regreso)	1825
Artículo 11.1.11 (Derechos del acreedor).....	1825
Artículo 11.1.12 (Excepciones en las acciones de regreso)	1825
Artículo 11.1.13 (Imposibilidad de recuperar).....	1825
SECCIÓN 2: PLURALIDAD DE ACREEDORES	
Artículo 11.2.1 (Definiciones).....	1826
Artículo 11.2.2 (Efectos de los créditos solidarios)	1826
Artículo 11.2.3 (Excepciones frente a los acreedores solidarios)	1826
Artículo 11.2.4 (Reparto entre los acreedores solidarios)	1826

3. PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

COMISIÓN DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES	
SECCIÓN 1: ÁMBITO Y OBJETO DE LOS PRINCIPIOS	
Artículo 1:101: Aplicación de los principios.....	1833
Artículo 1:102: Libertad contractual	1833
Artículo 1:103: Normas imperativas.....	1834
Artículo 1:104: Cuestiones de consentimiento en la aplicación de los prin- cipios.....	1834
Artículo 1:105: Usos y prácticas	1834
Artículo 1:106: Interpretación e integración	1834
Artículo 1:107: Aplicación analógica de los principios.....	1835

	Pág.
SECCIÓN 2: DEBERES GENERALES	
Artículo 1:201: Buena fe contractual.....	1835
Artículo 1:202: Deber de colaboración	1835
SECCIÓN 3: TERMINOLOGÍA Y OTRAS DISPOSICIONES	
Artículo 1:301: Definiciones	1835
Artículo 1:302: Definición de lo razonable	1836
Artículo 1:303: Comunicaciones	1836
Artículo 1:304: Cómputo de los plazos	1837
Artículo 1:305: Imputabilidad e intención	1837
CAPÍTULO 2: FORMACIÓN	
SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 2:101: Condiciones para la conclusión de un contrato.....	1838
Artículo 2:102: Intención.....	1838
Artículo 2:103: Acuerdo suficiente	1838
Artículo 2:104: Términos no negociados de manera individual.....	1839
Artículo 2:105: Cláusula de integridad (<i>Merger clause</i>)	1839
Artículo 2:106: Estipulación de modificación por escrito	1839
Artículo 2:107: Promesas obligatorias sin aceptación	1839
SECCIÓN 2: OFERTA Y ACEPTACIÓN	
Artículo 2:201: Oferta	1840
Artículo 2:202: Revocación de la oferta.....	1840
Artículo 2:203: Rechazo.....	1840
Artículo 2:204: Aceptación.....	1840
Artículo 2:205: Momento de la conclusión del contrato	1841
Artículo 2:206: Plazo de aceptación	1841
Artículo 2:207: Aceptación tardía.....	1841
Artículo 2:208: Aceptación con modificaciones.....	1841
Artículo 2:209: Incompatibilidad entre condiciones generales.....	1842
Artículo 2:210: Confirmación escrita de un profesional.....	1842
Artículo 2:211: Contratos no concluidos mediante oferta y aceptación	1843
SECCIÓN 3: RESPONSABILIDAD EN LAS NEGOCIACIONES	
Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe.....	1843
Artículo 2:302: Quebra de la confidencialidad.....	1843

	Pág.
CAPÍTULO 3: PODER DE REPRESENTACIÓN	
SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 3:101: Objeto del capítulo.....	1843
Artículo 3:102: Clases de representación.....	1844
SECCIÓN 2: REPRESENTACIÓN DIRECTA	
Artículo 3:201: Poder expreso, implícito y aparente	1844
Artículo 3:202: Actuación del representante en el ejercicio de su poder	1844
Artículo 3:203: Representado no identificado	1845
Artículo 3:204: Representante que actúa sin poder o extralimitándose en él.....	1845
Artículo 3:205: Conflicto de intereses	1845
Artículo 3:206: Sustitución en la representación	1845
Artículo 3:207: Ratificación por parte del representado.....	1846
Artículo 3:208: Derechos de los terceros respecto de la confirmación del poder.....	1846
Artículo 3:209: Duración del poder	1846
SECCIÓN 3: REPRESENTACIÓN INDIRECTA	
Artículo 3:301: Intermediarios que no actúan en nombre del representante	1847
Artículo 3:302: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el representado principal	1847
Artículo 3:303: Insolvencia del intermediario o incumplimiento esencial en su relación con el tercero.	1847
Artículo 3:304: Exigencia de comunicación	1848
CAPÍTULO 4: VALIDEZ	
Artículo 4:101: Cuestiones no reguladas	1848
Artículo 4:102: Imposibilidad inicial.....	1848
Artículo 4:103: Error esencial de hecho o de derecho	1848
Artículo 4:104: Inexactitud en las comunicaciones	1849
Artículo 4:105: Adaptación del contrato	1849
Artículo 4:106: Información incorrecta	1849
Artículo 4:107: Dolo.....	1850
Artículo 4:108: Intimidación.....	1850
Artículo 4:109: Beneficio excesivo o ventaja injusta	1850
Artículo 4:110: Cláusulas abusivas no negociadas individualmente	1851
Artículo 4:111: Terceros.....	1851

	Pág.
Artículo 4:112: Comunicación de la anulación	1852
Artículo 4:113: Plazos	1852
Artículo 4:114: Confirmación	1852
Artículo 4:115: Efectos de la anulación	1852
Artículo 4:116: Anulación parcial	1853
Artículo 4:117: Daños y perjuicios.....	1853
Artículo 4:118: Exclusión o restricción de las acciones	1853
Artículo 4:119: Acciones para casos de incumplimiento	1853

CAPÍTULO 5: INTERPRETACIÓN

Artículo 5:101: Reglas generales de interpretación.....	1854
Artículo 5:102: Circunstancias relevantes	1854
Artículo 5:103: Regla <i>contra proferentem</i>	1854
Artículo 5:104: Preferencia en favor de los términos negociados.....	1855
Artículo 5:105: Referencia al contrato como unidad	1855
Artículo 5:106: Interpretación útil	1855
Artículo 5:107: Discrepancias lingüísticas.....	1855

CAPÍTULO 6: CONTENIDO Y EFECTOS

Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales	1855
Artículo 6:102: Términos implícitos	1856
Artículo 6:103: Simulación.....	1856
Artículo 6:104: Determinación del precio	1856
Artículo 6:105: Determinación unilateral por una de las partes.....	1856
Artículo 6:106: Determinación por un tercero	1856
Artículo 6:107: Referencia a un índice de determinación inexistente.....	1857
Artículo 6:108: Calidad en la ejecución	1857
Artículo 6:109: Contrato de duración indefinida	1857
Artículo 6:110: Estipulación en favor de tercero	1857
Artículo 6:111: Cambio de circunstancias	1857

CAPÍTULO 7: PAGO O CUMPLIMIENTO

Artículo 7:101: Lugar de cumplimiento	1858
Artículo 7:102: Momento del cumplimiento	1859
Artículo 7:103: Cumplimiento anticipado	1859
Artículo 7:104: Orden en el cumplimiento	1859
Artículo 7:105: Prestación alternativa	1859

	Pág.
Artículo 7:106: Ejecución por un tercero	1860
Artículo 7:107: Modo de pago.....	1860
Artículo 7:108: Moneda de pago.....	1860
Artículo 7:109: Imputación de pagos	1860
Artículo 7:110: Negativa a recibir un determinado bien	1861
Artículo 7:111: Negativa a recibir una suma de dinero.....	1862
Artículo 7:112: Gastos de cumplimiento	1862
 CAPÍTULO 8: INCUMPLIMIENTO Y MEDIOS DE TUTELA EN GENERAL	
Artículo 8:101: Medios de protección del crédito	1862
Artículo 8:102: Acumulación de medios de tutela	1863
Artículo 8:103: Incumplimiento esencial	1863
Artículo 8:104: Corrección de una prestación defectuosa	1863
Artículo 8:105: Garantías de ejecución	1863
Artículo 8:106: Comunicación concediendo un plazo adicional para el cumplimiento	1864
Artículo 8:107: Cumplimiento confiado a un tercero	1864
Artículo 8:108: Exoneración por imposibilidad en el cumplimiento	1864
Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela	1865
 CAPÍTULO 9: REMEDIOS ESPECÍFICOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO	
SECCIÓN 1: DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO	
Artículo 9:101: Obligaciones pecuniarias	1865
Artículo 9:102: Obligaciones no pecuniarias.....	1865
Artículo 9:103: Conservación del derecho a la indemnización por daños y perjuicios.....	1866
 SECCIÓN 2: EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL	
Artículo 9:201: Derecho a suspender la ejecución de la prestación.....	1866
 SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	
Artículo 9:301: Derecho a resolver el contrato	1866
Artículo 9:302: Contratos de ejecución fraccionada	1867
Artículo 9:303: Comunicación de la resolución	1867
Artículo 9:304: Incumplimiento previsible.....	1867
Artículo 9:305: Efectos de la resolución	1868
Artículo 9:306: Bienes cuyo valor ha disminuido.....	1868
Artículo 9:307: Restitución de sumas de dinero.....	1868

	Pág.
Artículo 9:308: Restitución de bienes.....	1868
Artículo 9:309: Prestaciones no susceptibles de restitución	1868

SECCIÓN 4: REDUCCIÓN DEL PRECIO

Artículo 9:401: Derecho a reducir el precio	1868
---	------

SECCIÓN 5: DAÑOS Y PERJUICIOS, E INTERESES

Artículo 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios	1869
Artículo 9:502: Criterios generales de cálculo de los daños y perjuicios	1869
Artículo 9:503: Previsibilidad.....	1869
Artículo 9:504: Pérdidas imputables a la parte perjudicada	1870
Artículo 9:505: Deber de mitigar el daño	1870
Artículo 9:506: Negocio de reemplazo	1870
Artículo 9:507: Precio corriente de mercado.....	1870
Artículo 9:508: Retraso en el pago de una cantidad de dinero.....	1870
Artículo 9:509: Indemnización pactada para el caso de incumplimiento ...	1871
Artículo 9:510: Moneda en que deben calcularse los daños.....	1871

4. CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO)

ACADEMIA DE IUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I: DISPOSICIONES PRELIMINARES

Art. 1: Definición.....	1881
Art. 2: Autonomía contractual	1881
Art. 3: Reglas generales y particulares aplicables a los contratos	1882
Art. 4: Reglas aplicables a los actos unilaterales	1882
Art. 5: Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato.....	1882

TÍTULO II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: TRATOS PRECONTRACTUALES

Art. 6: Deber de corrección.....	1883
Art. 7: Deber de información	1883
Art. 8: Deber de reserva.....	1884
Art. 9: Tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil....	1884
Art. 10: Tratos en el comercio internacional-intercontinental	1884

	Pág.
SECCIÓN 2ª: CONCLUSIÓN DEL CONTRATO	
Art. 11: Oferta oral y su aceptación	1884
Art. 12: Oferta escrita y su aceptación.....	1885
Art. 13: Nociones de oferta y de invitación a hacer una oferta	1885
Art. 14: Eficacia de la oferta.....	1886
Art. 15: Revocación, rechazo o extinción de la oferta	1886
Art. 16: Aceptación	1886
Art. 17: Oferta irrevocable	1887
Art. 18: Muerte o incapacidad	1888
Art. 19: Adhesión de otras partes al contrato	1888
Art. 20: Actos unilaterales	1888
Art. 21: Presunción de conocimiento.....	1888
Art. 22: Oferta al público	1888
Art. 23: Promesa al público	1889
Art. 24: Actos concluyentes.....	1889
TÍTULO III: CONTENIDO DEL CONTRATO	
Art. 25: Condiciones relativas al contenido	1889
Art. 26: Contenido útil.....	1889
Art. 27: Contenido posible	1890
Art. 28: Sobreveniencia de la posibilidad del contenido	1890
Art. 29: Cosas futuras.....	1890
Art. 30: Contenido lícito y no abusivo	1890
Art. 31: Contenido determinado o determinable.....	1891
Art. 32: Cláusulas implícitas	1891
Art. 33: Condiciones generales del contrato.....	1892
TÍTULO IV: FORMA DEL CONTRATO	
Art. 34: Forma especial requerida bajo pena de nulidad	1892
Art. 35: Contratos para los que la forma escrita es requerida bajo pena de nulidad	1893
Art. 36: Forma especial requerida para la prueba del contrato	1893
Art. 37: Formas convencionales	1894
Art. 38: Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o de formularios .	1894
TÍTULO V: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO	
Art. 39: Análisis del texto contractual y evaluación de los elementos extrínsecos al acto	1894

	Pág.
Art. 40: Expresiones ambiguas	1895
Art. 41: Expresiones oscuras	1895

TÍTULO VI: EFECTOS DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES PRELIMINARES

Art. 42: Efectos entre las partes y a favor de terceros	1895
Art. 43: Modificación y dejación sin efecto del contrato y derecho de desistimiento	1896
Art. 44: Factores extracontractuales	1896
Art. 45: Efectos obligatorios	1896
Art. 46: Efectos reales	1897
Art. 47: Enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de goce personal.....	1898
Art. 48: Obligación de no enajenar y de no hacerlo a precio diferente	1898

SECCIÓN 2ª: EFECTOS DEBIDOS A ELEMENTOS ACCIDENTALES

Art. 49: Condición suspensiva	1898
Art. 50: Condición resolutoria	1899
Art. 51: Condición pendiente	1899
Art. 52: Cumplimiento de la condición.....	1899
Art. 53: Condiciones ilícitas e imposibles.....	1899
Art. 54: Condición simplemente potestativa.....	1900
Art. 55: Condición referida al pasado o al presente	1900
Art. 56: Término inicial y final	1900
Art. 57: Comienzo y fin de los efectos en ausencia de términos convencionales.....	1900
Art. 58: Cálculo del término.....	1901
Art. 59: Carga.....	1901

SECCIÓN 3ª: REPRESENTACIÓN

Art. 60: Contrato concluido por el representante	1901
Art. 61: Representante aparente	1902
Art. 62: Concesión del poder	1902
Art. 63: Revocación del poder.....	1902
Art. 64: Representación sin poder	1903
Art. 65: Ratificación	1903
Art. 66: Capacidad de los sujetos.....	1904
Art. 67: Situaciones subjetivas	1904
Art. 68: Contrato consigo mismo y conflicto de intereses	1904

	Pág.
Art. 69: Representantes y colaboradores del empresario	1905

SECCIÓN 4ª: CONTRATO CON PERSONA A DESIGNAR

Art. 70: Reserva de nominación y modalidades de la declaración	1905
Art. 71: Efectos de la declaración de nominación y de su falta	1906

SECCIÓN 5ª: CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Art. 72: Atribución de un derecho a un tercero	1906
Art. 73: Poderes atribuidos a los terceros.....	1907
Art. 74: Disposiciones aplicables.....	1907

TÍTULO VII: EJECUCIÓN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES GENERALES

Art. 75: Modalidades de ejecución.....	1908
Art. 76: Autorización del acreedor o de los terceros	1908
Art. 77: Ejecución parcial	1909
Art. 78: Prestación distinta de la que es debida y efectuada con bienes de los que el deudor no podía disponer	1909
Art. 79: Ejecución por un tercero.....	1909
Art. 80: Incapacidad del deudor y del acreedor	1910
Art. 81: Destinatario del pago	1910
Art. 82: Lugar de la ejecución	1911
Art. 83: Tiempo de la ejecución.....	1911
Art. 84: Imputación de pago	1912
Art. 85: Emisión del recibo y liberación de garantías	1913

SECCIÓN 2ª: EJECUCIÓN DE CIERTAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Art. 86: Ejecución de obligaciones pecuniarias	1913
Art. 87: Ejecución de las obligaciones cumulativas y alternativas.....	1914
Art. 88: Ejecución de obligaciones solidarias e indivisibles.....	1915

TÍTULO VIII: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: DISPOSICIONES GENERALES

Art. 89: Noción de incumplimiento	1916
Art. 90: Deudor que declara no querer cumplir	1916
Art. 91: Deudor que no está en situación de cumplir	1916
Art. 92: Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada	1917
Art. 93: Incumplimiento de la obligación de entregar una cantidad de cosas genéricas	1917

	Pág.
Art. 94: Incumplimiento de una obligación de hacer	1918
Art. 95: Incumplimiento de una obligación de no hacer.....	1919
Art. 96: Mora del deudor	1919
Art. 97: Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas	1920
Art. 98: Violación eficaz.....	1920
Art. 99: Incumplimiento de los deberes de protección	1920
Art. 100: Incumplimiento debido a la no realización de las situaciones pro- metidas.	1921
Art. 101: Prestación anticipada o efectuada en cantidad superior a la debi- da	1921
Art. 102: Prestación privada de interés para el acreedor	1921

SECCIÓN 2ª: MORA DEL ACREEDOR

Art. 103: Noción de mora del acreedor	1922
Art. 104: Mora del acreedor que se resuelve en un incumplimiento.....	1922
Art. 105: Acciones exigidas al deudor para que quede liberado	1922

SECCIÓN 3ª: EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Art. 106: Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabili- dad	1923
Art. 107: Incumplimiento de importancia relevante	1924
Art. 108: Derecho del acreedor de suspender el cumplimiento en los con- tratos bilaterales.....	1924
Art. 109: Cumplimiento anticipado, o en cantidad superior o después de la expiración del término esencial	1925
Art. 110: Plazo suplementario y beneficio de pago mediante sucesivos pla- zos parciales	1925
Art. 111: Ejecución en forma específica.....	1926
Art. 112: Substituciones en forma específica y reparación	1927
Art. 113: Reducción del precio.....	1927
Art. 114: Derecho a la resolución del contrato	1928
Art. 115: Restitución	1929
Art. 116: Daños y perjuicios	1929
Art. 117: Derechos de los terceros de buena fe	1929

TÍTULO IX: CESIÓN DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO

SECCIÓN 1ª: CESIÓN DE CONTRATO

Art. 118: Noción	1929
Art. 119: Modalidades según las cuales se puede efectuar la cesión.....	1930

	Pág.
Art. 120: Derechos y deberes de los sujetos.....	1931

SECCIÓN 2ª: CESIÓN DE CRÉDITO

Art. 121: Cesibilidad de los créditos.....	1932
Art. 122: Modalidades y efectos de la cesión	1933
Art. 123: Deberes de las partes	1934
Art. 124: Derechos de las partes	1934

SECCIÓN 3ª: CESIÓN DE DEUDA

Art. 125: Cesión por sucesión o por novación.....	1935
Art. 126: Modalidades por las que se puede efectuar la cesión	1936
Art. 127: Derechos y deberes de las partes	1937

TÍTULO X: EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL MISMO

SECCIÓN 1ª: HECHOS EXTINTIVOS Y QUE ENTRAÑAN PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 128: Hechos extintivos y que entrañan ineficacia.....	1938
Art. 129: Hechos que entrañan prescripción y caducidad	1939

SECCIÓN 2ª: MODOS DE EXTINCIÓN DIFERENTES DEL CUMPLIMIENTO

Art. 130: Novación	1940
Art. 131: Remisión de deuda.....	1940
Art. 132: Compensación.....	1941
Art. 133: Confusión.....	1942

SECCIÓN 3ª: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Art. 134: Prescripción.....	1943
Art. 135: Caducidad.....	1944
Art. 136: Cálculo de los plazos	1944

TÍTULO XI: OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS POSIBLES REMEDIOS

SECCIÓN 1ª: ANOMALÍAS

Art. 137: Inexistencia.....	1945
Art. 138: Situación consecuente con la inexistencia.....	1945
Art. 139: Tachaduras.....	1946
Art. 140: Nulidad.....	1946

	Pág.
Art. 141: Efectos de la nulidad	1947
Art. 142: Caducidad	1948
Art. 143: Confirmación del contrato nulo	1948
Art. 144: Nulidad parcial	1949
Art. 145: Conversión del contrato nulo	1949
Art. 146: Anulabilidad	1950
Art. 147: Efectos de la anulación	1951
Art. 148: Modalidades y plazos de anulación	1951
Art. 149: Mantenimiento y confirmación del contrato anulable	1952
Art. 150: Contrato concluido por un incapaz	1952
Art. 151: Contrato viciado por error	1953
Art. 152: Contrato viciado por violencia moral	1955
Art. 153: Ineficacia	1955
Art. 154: Inoponibilidad	1956
Art. 155: Simulación y reserva mental	1957

SECCIÓN 2ª: REMEDIOS

Art. 156: Rescisión por lesión.....	1958
Art. 157: Nueva negociación del contrato.....	1959
Art. 158: Confirmación o negación judicial de la resolución.....	1960
Art. 159: Desistimiento efectuado por un consumidor	1961
Art. 160: Restitución	1962
Art. 161: Protección de los terceros	1963
Art. 162: Condiciones de la responsabilidad contractual.....	1964
Art. 163: Daño patrimonial reparable	1965
Art. 164: Daño moral reparable	1965
Art. 165: Daño futuro y eventual.....	1966
Art. 166: Función y modalidades de la reparación	1966
Art. 167: Hecho del acreedor	1967
Art. 168: Evaluación equitativa del daño	1967
Art. 169: Reparación en las obligaciones pecuniarias	1968
Art. 170: Cláusula penal	1969
Art. 171: Modo de proceder y acumulación de remedios	1969
Art. 172: Medidas conservativas y negocios sumarios	1970
Art. 173: Arbitraje.....	1971

**5. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL
DE MERCADERÍAS**

**COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO
MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)**

PARTE I: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1	1979
Artículo 2	1980
Artículo 3	1980
Artículo 4	1980
Artículo 5	1981
Artículo 6	1981

CAPÍTULO II: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7	1981
Artículo 8	1981
Artículo 9	1982
Artículo 10	1982
Artículo 11	1982
Artículo 12	1982
Artículo 13	1982

PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14	1983
Artículo 15	1983
Artículo 16	1983
Artículo 17	1983
Artículo 18	1983
Artículo 19	1984
Artículo 20	1984
Artículo 21	1985
Artículo 22	1985
Artículo 24	1985

PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS
CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25	1985
-------------------	------

	Pág.
Artículo 26.....	1986
Artículo 27.....	1986
Artículo 28.....	1986
Artículo 29.....	1986

CAPÍTULO II: OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 30.....	1986
------------------	------

SECCIÓN I: ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS Y DE LOS DOCUMENTOS

Artículo 31.....	1987
Artículo 32.....	1987
Artículo 33.....	1987
Artículo 34.....	1988

SECCIÓN II: CONFORMIDAD DE LAS MERCADERÍAS Y PRETENSIONES DE TERCEROS

Artículo 35.....	1988
Artículo 36.....	1989
Artículo 37.....	1989
Artículo 38.....	1989
Artículo 39.....	1990
Artículo 40.....	1990
Artículo 41.....	1990
Artículo 42.....	1990
Artículo 43.....	1991
Artículo 44.....	1991
Artículo 45.....	1991
Artículo 46.....	1992
Artículo 47.....	1992
Artículo 48.....	1992
Artículo 49.....	1993
Artículo 50.....	1993
Artículo 51.....	1994
Artículo 52.....	1994

CAPÍTULO III: OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53.....	1994
------------------	------

	Pág.
SECCIÓN I: PAGO DEL PRECIO	
Artículo 54.....	1994
Artículo 55.....	1995
Artículo 56.....	1995
Artículo 57.....	1995
Artículo 58.....	1995
Artículo 59.....	1996
SECCIÓN II: RECEPCIÓN	
Artículo 60.....	1996
SECCIÓN III: DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL COMPRADOR	
Artículo 61.....	1996
Artículo 62.....	1996
Artículo 63.....	1996
Artículo 64.....	1997
Artículo 65.....	1997
CAPÍTULO IV: TRANSMISIÓN DEL RIESGO	
Artículo 66.....	1998
Artículo 67.....	1998
Artículo 68.....	1998
Artículo 69.....	1999
Artículo 70.....	1999
CAPÍTULO V: DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR	
SECCIÓN I: INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS CON ENTREGAS SUCESIVAS	
Artículo 71.....	1999
Artículo 72.....	2000
Artículo 73.....	2000
SECCIÓN II: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS	
Artículo 74.....	2001
Artículo 75.....	2001
Artículo 76.....	2001
Artículo 77.....	2002

	Pág.
SECCIÓN III: INTERESES	
Artículo 78.....	2002
SECCIÓN IV: EXONERACIÓN	
Artículo 79.....	2002
Artículo 80.....	2003
SECCIÓN V: EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN	
Artículo 81.....	2003
Artículo 82.....	2003
Artículo 83.....	2004
Artículo 84.....	2004
SECCIÓN VI: CONSERVACIÓN DE LAS MERCADERÍAS	
Artículo 85.....	2004
Artículo 86.....	2004
Artículo 87.....	2005
Artículo 88.....	2005
PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES	
Artículo 89.....	2005
Artículo 90.....	2006
Artículo 91.....	2006
Artículo 92.....	2006
Artículo 93.....	2006
Artículo 94.....	2007
Artículo 95.....	2007
Artículo 96.....	2008
Artículo 97.....	2008
Artículo 98.....	2009
Artículo 99.....	2009
Artículo 100.....	2010
Artículo 101.....	2010
II. NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI ACERCA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CON- TRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	
Introducción.....	2011

	Pág.
PARTE I: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES	
A. Ámbito de aplicación	2012
B. Autonomía de las partes	2013
C. Interpretación de la Convención.....	2014
D. Interpretación del contrato; usos	2014
E. Forma del contrato	2014
PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO	
.....	2015
PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS	
A. Obligaciones del vendedor	2016
B. Obligaciones del comprador	2017
C. Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.....	2017
D. Transmisión del riesgo	2018
E. Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.....	2018
F. Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios	2019
G. Conservación de las mercaderías.....	2019
PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES	
.....	2019

6. PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (MINISTERIO DE JUSTICIA - GOBIERNO DE ESPAÑA)

ARTÍCULO PRIMERO

LIBRO IV. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

TÍTULO I. DE LAS OBLIGACIONES

CAP. I. Disposiciones generales. Artículos 1088 a 1094	2033
CAP. II. De las diferentes clases de obligaciones	2034
<i>Sección 1.ª</i> De las obligaciones de dar. Artículo 1095	2034
<i>Sección 2.ª</i> De las obligaciones genéricas. Artículos 1096 a 1098	2035
<i>Sección 3.ª</i> De la Sección s obligaciones pecuniarias. Artículos 1099 a 1105	2035
<i>Sección 4.ª</i> De las obligaciones alternativas. Artículos 1106 a 1109	2036

	Pág.
<i>Sección 5.ª</i> De las obligaciones condicionales. Artículos 1110 a 1116	2037
<i>Sección 6.ª</i> De las obligaciones a plazo. Artículos 1117 a 1121	2039
CAP. III. De las obligaciones mancomunadas y solidarias	2040
<i>Sección 1.ª</i> Disposiciones generales. Artículos 1122 a 1124	2040
<i>Sección 2.ª</i> De la solidaridad de deudores. Artículos 1125 a 1136	2041
<i>Sección 3.ª</i> De la solidaridad de acreedores. Artículos 1137 a 1145	2043
CAP. IV. De las cláusulas penales. Artículos 1146 a 1152	2044
CAP. V. Del cumplimiento de las obligaciones. Artículos 1153 a 1175	2046
CAP. VI. De la compensación. Artículos 1176 a 1187	2051
CAP. VII. Del incumplimiento	2054
<i>Sección 1.ª</i> Disposiciones generales. Artículos 1188 a 1191	2054
<i>Sección 2.ª</i> De la acción de cumplimiento. Artículos 1192 a 1196	2055
<i>Sección 3.ª</i> De la reducción del precio. Artículos 1197 a 1198	2056
<i>Sección 4.ª</i> De la resolución por incumplimiento. Artículos 1199 a 1204 ...	2056
<i>Sección 5.ª</i> De la indemnización de daños y perjuicios. Artículos 1205 a 1212	2058
CAP. VIII. De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. Artículo 1213	2060
CAP. IX. De la cesión de créditos. Artículos 1214 a 1221	2060
CAP. X. De la asunción de deuda. Artículos 1222 a 1225	2062
CAP. XI. De la delegación. Artículo 1226	2063
CAP. XII. De la cesión de la posición contractual. Artículo 1227	2063
CAP. XIII. De la novación. Artículos 1228 a 1230	2064
CAP. XIV. De la remisión. Artículos 1231 a 1232	2064
CAP. XV. De la confusión. Artículos 1233 a 1235	2065

TÍTULO II. DE LOS CONTRATOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículos 1236 a 1244	2065
CAP. II. De la formación del contrato	2067
<i>Sección 1.ª</i> De las negociaciones. Artículo 1245	2067
<i>Sección 2.ª</i> De la formación del contrato por oferta y aceptación. Artículos 1246 a 1259	2068
<i>Sección 3.ª</i> Otros procedimientos de formación del contrato. Artículo 1260	2071
<i>Sección 4.ª</i> De las condiciones generales de la contratación. Artículos 1261 a 1264	2072

	Pág.
<i>Sección 5.ª</i> De los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Artículos 1265 a 1266	2074
<i>Sección 6.ª</i> De la protección de los consumidores en los contratos a distancia. Artículo 1267	2077
<i>Sección 7.ª</i> De la contratación electrónica. Artículo 1268	2081
CAP. III. De los documentos públicos y privados. Artículos 1269 a 1275	2082
CAP. IV. Del contenido de los contratos. Artículos 1276 a 1277	2084
CAP. V. De la interpretación de los contratos. Artículos 1278 a 1281	2085
CAP. VI. De la representación en los contratos. Artículos 1282 a 1293	2086
CAP. VII. Del contrato a favor de tercero. Artículo 1294	2090
CAP. VIII. Del contrato para persona a designar. Artículo 1295	2091
CAP. IX. De la nulidad y anulación de los contratos. Artículos 1296 a 1309.	2091
CAP. X. De la rescisión de los contratos. Artículos 1310 a 1314	2096

ARTÍCULO SEGUNDO

ARTÍCULOS DEL LIBRO CUARTO QUE QUEDAN SIN CONTENIDO

TÍTULO IV. DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA

CAP. VII. De la transmisión de créditos y demás derechos incorporeales. Artículos 1526 a 1530, 1535 y 1536.....	2098
---	------

TÍTULO XVII. DE LA CONCURRENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículo 1911.....	2098
---	------

ARTÍCULO TERCERO

MODIFICACIÓN DE LA REDACCIÓN DE DETERMINADOS ARTÍCULOS

TÍTULO IV. DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA

CAP. I. De la naturaleza y forma de este contrato. Artículo 1452	2098
CAP. III. De los efectos del contrato de compra y venta cuando se ha perdido la cosa vendida. Artículo 1460, primer párrafo.....	2098
CAP. V. De las obligaciones del comprador. Artículos 1501-3.º y 1503, segundo párrafo	2098

TÍTULO VI. DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

CAP. II. De los arrendamientos de fincas urbanas y rústicas	2098
<i>Sección 2.ª</i> De los derechos y obligaciones del arrendador y del arrendatario. Artículos 1568 y 1574	2098

TÍTULO VII. DE LOS CENSOS

CAP. I. Disposiciones generales. Artículo 1621.....	2099
---	------

	Pág.
TÍTULO VIII. DE LA SOCIEDAD	
CAP. II. De las obligaciones de los socios	2099
<i>Sección 1.ª</i> De las obligaciones de los socios entre sí. Artículo 1684, segundo párrafo	
TÍTULO X. DEL PRÉSTAMO	
CAP. II. Del simple préstamo. Artículo 1754, primer párrafo	2099
TÍTULO XI. DEL DEPÓSITO	
CAP. II. Del depósito propiamente dicho	2099
<i>Sección 3.ª</i> De las obligaciones del depositario. Artículo 1772, segundo párrafo	2099
TÍTULO XIII. DE LAS TRANSACCIONES Y COMPROMISOS	
CAP. I. De las transacciones. Artículo 1817, primer párrafo	2099
TÍTULO XIV. DE LA FIANZA	
Cap. II. De la naturaleza y extensión de la fianza. Artículo 1822, segundo párrafo	2099
TÍTULO XVIII. DE LA PRESCRIPCIÓN	
CAP. III. De la prescripción de las acciones. Artículo 1974	2099
ARTÍCULO CUARTO	
APLICACIÓN GENERAL DE LA REFORMA LEGAL PROPUESTA	
Anexo: Relación de los integrantes de la Sección Primera de Derecho	
Civil de la Comisión General de Codificación que han participado en la elaboración de la Propuesta	2100

7. PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP)

MODEL RULES

BOOK I: GENERAL PROVISIONS

I. - 1:101: Intended field of application	2129
I. - 1:102: Interpretation and development	2130

	Pág.
I. – 1:103: Definitions.....	2130
I. – 1:104: Computation of time	2130
I. – 1:105: Meaning of “in writing” and similar expressions	2130
I. – 1:106: Meaning of “signature” and similar expressions.....	2131

BOOK II: CONTRACTS AND OTHER JURIDICAL ACTS

CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS

II. – 1:101: Definitions	2131
II. – 1:102: Party autonomy	2132
II. – 1:103: Binding effect.....	2132
II. – 1:104: Usages and practices.....	2132
II. – 1:105: Imputed knowledge etc.	2132
II. – 1:106: Notice	2133
II. – 1:107: Form	2133
II. – 1:108: Mixed contracts	2134
II. – 1:109: Partial invalidity or ineffectiveness	2134

CHAPTER 2: NON-DISCRIMINATION

II. – 2:101: Right not to be discriminated against.....	2134
II. – 2:102: Meaning of discrimination	2135
II. – 2:103: Exception	2135
II. – 2:104: Remedies.....	2135
II. – 2:105: Burden of proof.....	2135

CHAPTER 3: MARKETING AND PRE-CONTRACTUAL DUTIES

SECTION 1: INFORMATION DUTIES

II. – 3:101: Duty to disclose information about goods and services	2136
II. – 3:102: Specific duties for businesses marketing goods or services to consumers.....	2136
II. – 3:103: Duty to provide information when concluding contract with a consumer who is at a particular disadvantage.....	2137
II. – 3:104: Information duties in direct and immediate distance communication	2137
II. – 3:105: Formation by electronic means.....	2137
II. – 3:106: Clarity and form of information	2138
II. – 3:107: Remedies for breach of information duties.....	2138

SECTION 2: DUTY TO PREVENT INPUT ERRORS

II. – 3:201: Correction of input errors	2139
---	------

	Pág.
SECTION 3: NEGOTIATION AND CONFIDENTIALITY DUTIES	
II. - 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing.....	2139
II. - 3:302: Breach of confidentiality.....	2140
SECTION 4: UNSOLICITED GOODS OR SERVICES	
II. - 3:401 No obligation arising from failure to respond.....	2140
CHAPTER 4: FORMATION	
SECTION 1: GENERAL PROVISIONS	
II. - 4:101: Requirements for the conclusion of a contract.....	2141
II. - 4:102: How intention is determined	2141
II. - 4:103: Sufficient agreement	2141
II. - 4:104: Merger clause.....	2141
II. - 4:105: Modification in certain form only	2142
SECTION 2: OFFER AND ACCEPTANCE	
II. - 4:201: Offer.....	2142
II. - 4:202: Revocation of offer	2142
II. - 4:203: Rejection of offer	2143
II. - 4:204: Acceptance.....	2143
II. - 4:205: Time of conclusion of the contract.....	2143
II. - 4:206: Time limit for acceptance	2143
II. - 4:207: Late acceptance	2143
II. - 4:208: Modified acceptance.....	2144
II. - 4:209: Conflicting standard terms	2144
II. - 4:210: Formal confirmation of contract between businesses	2144
II. - 4:211: Contracts not concluded through offer and acceptance.....	2145
SECTION 3: OTHER JURIDICAL ACTS	
II. - 4:301: Requirements for a unilateral juridical act.....	2145
II. - 4:302: How intention is determined	2145
II. - 4:303: Right or benefit may be rejected	2145
CHAPTER 5: RIGHT OF WITHDRAWAL	
SECTION 1: EXERCISE AND EFFECTS	
II. - 5:101: Scope and mandatory nature	2145
II. - 5:102: Exercise of right to withdraw	2146
II. - 5:103: Withdrawal period.....	2146
II. - 5:104: Adequate notification of the right to withdraw	2146

	Pág.
II. – 5:105: Effects of withdrawal	2146
II. – 5:106: Linked contracts	2147

SECTION 2: PARTICULAR RIGHTS OF WITHDRAWAL

II. – 5:201: Contracts negotiated away from business premises.....	2148
II. – 5:202: Timeshare contracts.....	2149

CHAPTER 6: REPRESENTATION

II. – 6:101: Scope	2150
II. – 6:102: Definitions	2150
II. – 6:103: Authorisation	2150
II. – 6:104: Scope of authority.....	2151
II. – 6:105: When representative’s act affects principal’s legal position.....	2151
II. – 6:106: Representative acting in own name	2151
II. – 6:107: Person purporting to act as representative but not having authority	2151
II. – 6:108: Unidentified principal.....	2152
II. – 6:109: Conflict of interest	2152
II. – 6:110: Several representatives	2152
II. – 6:111: Ratification.....	2153
II. – 6:112: Effect of ending or restriction of authorisation	2153

CHAPTER 7: GROUNDS OF INVALIDITY

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

II. – 7:101: Scope	2153
II. – 7:102: Initial impossibility.....	2154

SECTION 2: VITIATED CONSENT OR INTENTION

II. – 7:201: Mistake	2154
II. – 7:202: Inaccuracy in communication may be treated as mistake.....	2154
II. – 7:203: Adaptation of contract in case of mistake	2155
II. – 7:204: Liability for loss caused by reliance on incorrect information ...	2155
II. – 7:205: Fraud	2155
II. – 7:206: Coercion or threats.....	2156
II. – 7:207: Unfair exploitation	2156
II. – 7:208: Third persons	2157
II. – 7:209: Notice of avoidance	2157
II. – 7:210: Time.....	2157
II. – 7:211: Confirmation	2157

	Pág.
II. – 7:212: Effects of avoidance.....	2157
II. – 7:213: Partial avoidance	2158
II. – 7:214: Damages for loss.....	2158
II. – 7:215: Exclusion or restriction of remedies	2158
II. – 7:216: Overlapping remedies.....	2158
 SECTION 3: INFRINGEMENT OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES OR MANDATORY RULES	
II. – 7:301: Contracts infringing fundamental principles.....	2159
II. – 7:302: Contracts infringing mandatory rules	2159
II. – 7:303: Effects of nullity or avoidance	2159
II. – 7:304: Damages for loss.....	2160
 CHAPTER 8: INTERPRETATION	
SECTION 1: INTERPRETATION OF CONTRACTS	
II. – 8:101: General rules.....	2160
II. – 8:102: Relevant matters	2161
II. – 8:103: Interpretation against party supplying term	2161
II. – 8:104: Preference for negotiated terms.....	2161
II. – 8:105: Reference to contract as a whole.....	2162
II. – 8:106: Preference for interpretation which gives terms effect	2162
II. – 8:107: Linguistic discrepancies	2162
 SECTION 2: INTERPRETATION OF OTHER JURIDICAL ACTS	
II. – 8:201: General rules.....	2162
II. – 8:202: Application of other rules by analogy	2162
 CHAPTER 9: CONTENTS AND EFFECTS OF CONTRACTS	
SECTION 1: CONTENTS	
II. – 9:101: Terms of a contract	2163
II. – 9:102: Certain pre-contractual statements regarded as contract terms	2163
II. – 9:103: Terms not individually negotiated	2164
II. – 9:104: Determination of price.....	2165
II. – 9:105: Unilateral determination by a party.....	2165
II. – 9:106: Determination by a third person.....	2165
II. – 9:107: Reference to a non-existent factor	2165
II. – 9:108: Quality	2165
 SECTION 2: SIMULATION	
II. – 9:201: Effect of simulation	2165

	Pág.
SECTION 3: EFFECT OF STIPULATION IN FAVOUR OF A THIRD PARTY	
II. – 9:301: Basic rules	2166
II. – 9:302: Rights, remedies and defences	2166
II. – 9:303: Rejection or revocation of benefit	2166
SECTION 4: UNFAIR TERMS	
II. – 9:401: Mandatory nature of following provisions	2167
II. – 9:402: Duty of transparency in terms not individually negotiated	2167
II. – 9:403: Meaning of “not individually negotiated”	2167
II. – 9:404: Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer	2168
II. – 9:405: Meaning of “unfair” in contracts between non-business parties	2168
II. – 9:406: Meaning of “unfair” in contracts between businesses	2168
II. – 9:407: Exclusions from unfairness test	2168
II. – 9:408: Factors to be taken into account in assessing unfairness	2169
II. – 9:409: Effects of unfair terms	2169
II. – 9:410: Exclusive jurisdiction clauses	2169
II. – 9:411: Terms which are presumed to be unfair in contracts between a business and a consumer	2169
BOOK III: OBLIGATIONS AND CORRESPONDING RIGHTS	
CHAPTER 1: GENERAL	
III. – 1:101: Definitions	2171
III. – 1:102: Scope of Book	2172
III. – 1:103: Good faith and fair dealing	2172
III. – 1:104: Co-operation	2172
III. – 1:105: Non-discrimination	2173
III. – 1:106: Conditional rights and obligations	2173
III. – 1:107: Time-limited rights and obligations	2173
III. – 1:108: Variation or termination by agreement	2174
III. – 1:109: Variation or termination by notice	2174
III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances	2174
CHAPTER 2: PERFORMANCE	
III. – 2:101: Place of performance	2175
III. – 2:102: Time of performance	2176
III. – 2:103: Early performance	2176

	Pág.
III. - 2:104: Order of performance	2176
III. - 2:105: Alternative obligations or methods of performance	2176
III. - 2:107: Performance by a third person	2177
III. - 2:108: Method of payment.....	2177
III. - 2:109: Currency of payment	2177
III. - 2:110: Imputation of performance.....	2178
III. - 2:111: Property not accepted.....	2179
III. - 2:112: Money not accepted	2179
III. - 2:113: Costs and formalities of performance	2179
III. - 2:114: Extinctive effect of performance	2179

CHAPTER 3: REMEDIES FOR NON-PERFORMANCE

SECTION 1: GENERAL

III. - 3:101: Remedies available	2180
III. - 3:102: Cumulation of remedies	2180
III. - 3:103: Notice fixing additional period for performance.....	2180
III. - 3:104: Excuse due to an impediment.....	2180
III. - 3:105: Term excluding or restricting remedies	2181
III. - 3:106: Notices relating to non-performance	2181
III. - 3:107: Failure to notify non-conformity	2182

SECTION 2: CURE BY DEBTOR OF NON-CONFORMING PERFORMANCE

III. - 3:201: Scope.....	2182
III. - 3:202: Cure by debtor: general rules	2182
III. - 3:203: When creditor need not allow debtor an opportunity to cure... ..	2182
III. - 3:204: Consequences of allowing debtor opportunity to cure.....	2183

SECTION 3: RIGHT TO ENFORCE PERFORMANCE

III. - 3:301: Monetary obligations.....	2183
III. - 3:302: Non-monetary obligations.....	2183
III. - 3:303: Damages not precluded	2184

SECTION 4: WITHHOLDING PERFORMANCE

III. - 3:401: Right to withhold performance of reciprocal obligation	2184
--	------

SECTION 5: TERMINATION

III. - 3:501: Scope and definition.....	2185
---	------

	Pág.
SUB-SECTION 1: GROUNDS FOR TERMINATION	
III. - 3:502: Termination for fundamental non-performance	2185
III. - 3:503: Termination after notice fixing additional time for performance	2185
III. - 3:504: Termination for anticipated non-performance	2186
III. - 3:505: Termination for inadequate assurance of performance	2186
SUB-SECTION 2: SCOPE, EXERCISE AND LOSS OF RIGHT TO TERMINATE	
III. - 3:506: Scope of right when obligations divisible	2186
III. - 3:507: Notice of termination.....	2186
III. - 3:508: Loss of right to terminate.....	2187
SUB-SECTION 3: EFFECTS OF TERMINATION	
III. - 3:509: Effect on obligations under the contract.....	2187
III. - 3:510: Property reduced in value	2188
SUB-SECTION 4: RESTITUTION	
III. - 3:511: Restitution of benefits received by performance.....	2188
III. - 3:512: When restitution not required	2188
III. - 3:513: Payment of value of benefit.....	2188
III. - 3:514: Use and improvements.....	2189
III. - 3:515: Liabilities arising after time when return due.....	2190
SECTION 6: PRICE REDUCTION	
III. - 3:601: Right to reduce price.....	2190
SECTION 7: DAMAGES AND INTEREST	
III. - 3:701: Right to damages.....	2190
III. - 3:702: General measure of damages.....	2191
III. - 3:703: Foreseeability	2191
III. - 3:704: Loss attributable to creditor	2191
III. - 3:705: Reduction of loss	2191
III. - 3:706: Substitute transaction.....	2191
III. - 3:707: Current price	2191
III. - 3:708: Delay in payment of money	2192
III. - 3:709: When interest to be added to capital.....	2192
III. - 3:710: Stipulated payment for non-performance	2192
III. - 3:711: Currency by which damages to be measured.....	2192

	Pág.
CHAPTER 4: PLURALITY OF DEBTORS AND CREDITORS	
SECTION 1: PLURALITY OF DEBTORS	
III. - 4:101: Scope of Section	2192
III. - 4:102: Solidary, divided and joint obligations	2193
III. - 4:103: When different types of obligation arise	2193
III. - 4:104: Liability under divided obligations.....	2193
III. - 4:105: Joint obligations: special rule when money claimed for non-performance.....	2193
III. - 4:106: Apportionment between solidary debtors.....	2193
III. - 4:107: Recourse between solidary debtors.....	2194
III. - 4:108: Performance, set-off and merger in solidary obligations	2194
III. - 4:109: Release or settlement in solidary obligations	2194
III. - 4:110: Effect of judgment in solidary obligations	2195
III. - 4:111: Prescription in solidary obligations.....	2195
III. - 4:112: Opposability of other defences in solidary obligations.....	2195
SECTION 2: PLURALITY OF CREDITORS	
III. - 4:201: Scope of Section	2195
III. - 4:202: Solidary, divided and joint rights.....	2195
III. - 4:203: When different types of right arise.....	2196
III. - 4:204: Apportionment in cases of divided rights	2196
III. - 4:205: Difficulties of performing in cases of joint rights.....	2196
III. - 4:206: Apportionment in cases of solidary rights	2196
III. - 4:207: Regime of solidary rights	2196
CHAPTER 5: TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS	
SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS	
SUB-SECTION 1: GENERAL	
III. - 5:101: Scope of Section	2197
III. - 5:102: Definitions	2197
III. - 5:103: Priority of provisions on proprietary securities and trusts	2197
SUB-SECTION 2: REQUIREMENTS FOR ASSIGNMENT	
III. - 5:105: Assignability: general rule	2198
III. - 5:106: Future and unspecified rights	2198
III. - 5:107: Assignability in part	2198
III. - 5:108: Assignability: effect of contractual prohibition	2198
III. - 5:109: Assignability: rights personal to the creditor	2199
III. - 5:110: Act of assignment: formation and validity	2199

	Pág.
III. - 5:111: Entitlement to assign	2200
III. - 5:112: Undertakings by assignor	2200
SUB-SECTION 4: EFFECTS OF ASSIGNMENT	
III. - 5:113: New creditor	2201
III. - 5:114: When assignment takes place	2201
III. - 5:115: Rights transferred to assignee	2201
III. - 5:116: Effect on defences and rights of set-off.....	2202
III. - 5:117: Effect on place of performance	2202
SUB-SECTION 5: PROTECTION OF DEBTOR	
III. - 5:118: Performance to person who is not the creditor	2202
III. - 5:119: Adequate proof of assignment	2203
SUB-SECTION 6: PRIORITY	
III. - 5:120: Competition between successive assignees	2203
SECTION 2: SUBSTITUTION OF NEW DEBTOR	
III. - 5:201: Substitution: general rules	2203
III. - 5:202: Effects of substitution on defences and securities	2204
SECTION 3: TRANSFER OF CONTRACTUAL POSITION	
III. - 5:301: Transfer of contractual position.....	2204
CHAPTER 6: SET-OFF AND MERGER SECTION 1: SET-OFF	
III. - 6:101: Definitions	2204
III. - 6:102: Requirements for set-off.....	2205
III. - 6:103: Unascertained rights.....	2205
III. - 6:104: Foreign currency set-off.....	2205
III. - 6:105: Set-off by notice.....	2205
III. - 6:106: Two or more rights and obligations.....	2205
III. - 6:107: Effect of set-off.....	2205
III. - 6:108: Exclusion of right of set-off.....	2206
SECTION 2: MERGER OF DEBTS	
III. - 6:201: Extinction of obligations by merger.....	2206
CHAPTER 7: PRESCRIPTION	
SECTION 1: GENERAL PROVISION	
III. - 7:101: Rights subject to prescription	2206

	Pág.
SECTION 2: PERIODS OF PRESCRIPTION AND THEIR COMMENCEMENT	
III. - 7:201: General period	2206
III. - 7:202: Period for a right established by legal proceedings.....	2206
III. - 7:203: Commencement	2207
SECTION 3: EXTENSION OF PERIOD	
III. - 7:301: Suspension in case of ignorance.....	2207
III. - 7:302: Suspension in case of judicial and other proceedings.....	2207
III. - 7:303: Suspension in case of impediment beyond creditor's control ..	2208
III. - 7:304: Postponement of expiry in case of negotiations.....	2208
III. - 7:305: Postponement of expiry in case of incapacity	2208
III. - 7:306: Postponement of expiry: deceased's estate.....	2208
III. - 7:307: Maximum length of period.....	2208
SECTION 4: RENEWAL OF PERIOD	
III. - 7:401: Renewal by acknowledgement	2209
III. - 7:402: Renewal by attempted execution.....	2209
SECTION 5: EFFECTS OF PRESCRIPTION	
III. - 7:501: General effect	2209
III. - 7:502: Effect on ancillary rights.....	2209
III. - 7:503: Effect on set-off.....	2209
SECTION 6: MODIFICATION BY AGREEMENT	
III. - 7:601: Agreements concerning prescription.....	2210
BOOK IV: SPECIFIC CONTRACTS AND THE RIGHTS AND OBLIGATIONS ARISING FROM THEM	
PART A: SALES	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE OF APPLICATION	
IV. A. - 1:101: Contracts covered.....	2210
IV. A. - 1:102: Goods to be manufactured or produced	2211
IV. A. - 1:103: Consumer goods guarantees.....	2211
SECTION 2: GENERAL PROVISIONS	
IV. A. - 1:201: Goods	2211
IV. A. - 1:202: Contract for sale	2211
IV. A. - 1:203: Contract for barter.....	2211

	Pág.
IV. A. – 1:204: Consumer contract for sale	2212
SECTION 3: DEROGATION	
IV. A. – 1:301: Rules not mandatory unless otherwise stated	2212
CHAPTER 2: OBLIGATIONS OF THE SELLER	
SECTION 1: OVERVIEW	
IV. A. – 2:101: Overview of obligations of the seller.....	2212
SECTION 2: DELIVERY OF THE GOODS	
IV. A. – 2:201: Delivery	2212
IV. A. – 2:202: Place and time for delivery	2213
IV. A. – 2:203: Cure in case of early delivery.....	2213
IV. A. – 2:204: Carriage of the goods	2213
SECTION 3: CONFORMITY OF THE GOODS	
IV. A. – 2:301: Conformity with the contract	2214
IV. A. – 2:302: Fitness for purpose, qualities, packaging	2214
IV. A. – 2:303: Statements by third persons	2215
IV. A. – 2:304: Incorrect installation under a consumer contract for sale.....	2215
IV. A. – 2:305: Third party rights or claims in general.....	2215
IV. A. – 2:306: Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property	2215
IV. A. – 2:307: Buyer’s knowledge of lack of conformity.....	2216
IV. A. – 2:308: Relevant time for establishing conformity	2216
IV. A. – 2:309: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for sale.....	2216
CHAPTER 3: OBLIGATIONS OF THE BUYER	
SECTION 1: OVERVIEW	
IV. A. – 3:101: Overview of obligations of the buyer	2216
IV. A. – 3:102: Determination of form, measurement or other features	2217
SECTION 2: PAYMENT OF THE PRICE	
IV. A. – 3:201: Place and time for payment.....	2217
IV. A. – 3:202: Formalities of payment	2217
IV. A. – 3:203: Price fixed by weight	2217
SECTION 3: TAKING DELIVERY OF THE GOODS	
IV. A. – 3:301: Taking delivery	2217

	Pág.
IV. A. – 3:302: Early delivery and delivery of excess quantity	2218

CHAPTER 4: REMEDIES

SECTION 1: REMEDIES OF THE PARTIES IN GENERAL

IV. A. – 4:101: Application of Book III.....	2218
IV. A. – 4:102: Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale	2218

SECTION 2: REMEDIES OF THE BUYER FOR LACK OF CONFORMITY

IV. A. – 4:201: Overview of remedies	2219
IV. A. – 4:202: Termination by consumer for lack of conformity	2219
IV. A. – 4:203: Limitation of liability for damages of non-business sellers ...	2219

SECTION 3: REQUIREMENTS OF EXAMINATION AND NOTIFICATION

IV. A. – 4:301: Examination of the goods	2219
IV. A. – 4:302: Notification of lack of conformity	2220
IV. A. – 4:303: Notification of partial delivery	2220
IV. A. – 4:304: Seller’s knowledge of lack of conformity	2220

CHAPTER 5: PASSING OF RISK

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

IV. A. – 5:101: Effect of passing of risk.....	2221
IV. A. – 5:102: Time when risk passes	2221
IV. A. – 5:103: Passing of risk in a consumer contract for sale	2221

SECTION 2: SPECIAL RULES

IV. A. – 5:201: Goods placed at buyer’s disposal.....	2221
IV. A. – 5:202: Carriage of the goods	2222
IV. A. – 5:203: Goods sold in transit	2222

CHAPTER 6: CONSUMER GOODS GUARANTEES

IV. A. – 6:101: Definition of a consumer goods guarantee	2222
IV. A. – 6:102: Binding nature of the guarantee	2223
IV. A. – 6:103: Guarantee document	2223
IV. A. – 6:104: Coverage of the guarantee	2224
IV. A. – 6:105: Guarantee limited to specific parts.....	2224
IV. A. – 6:106: Exclusion or limitation of the guarantor’s liability	2225
IV. A. – 6:107: Burden of proof.....	2225
IV. A. – 6:108: Prolongation of the guarantee period.....	2225

	Pág.
PART B: LEASE OF GOODS	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION AND GENERAL PROVISIONS	
IV. B. – 1:101: Lease of goods.....	2225
CHAPTER 2: LEASE PERIOD	
IV. B. – 2:101: Start of lease period	2226
IV. B. – 2:102: End of lease period	2226
IV. B. – 2:103: Tacit prolongation	2227
CHAPTER 3: OBLIGATIONS OF THE LESSOR	
IV. B. – 3:101: Availability of the goods	2227
IV. B. – 3:102: Conformity with the contract at the start of the lease period	2228
IV. B. – 3:103: Fitness for purpose, qualities, packaging etc.....	2228
IV. B. – 3:104: Conformity of the goods during the lease period	2229
IV. B. – 3:105: Incorrect installation under a consumer contract for the lease of goods.....	2229
IV. B. – 3:106: Limits on derogation from conformity rights in a consumer contract for lease.....	2229
IV. B. – 3:107: Obligations on return of the goods	2230
CHAPTER 4: REMEDIES OF THE LESSEE	
IV. B. – 4:101: Overview of remedies of lessee	2230
IV. B. – 4:102: Rules on remedies mandatory in consumer contract	2230
IV. B. – 4:103: Lessee’s right to have lack of conformity remedied.....	2230
IV. B. – 4:104: Rent reduction	2231
IV. B. – 4:105: Substitute transaction by lessee	2231
IV. B. – 4:106: Notification of lack of conformity.....	2231
IV. B. – 4:107: Remedies channelled towards supplier of the goods.....	2232
CHAPTER 5: OBLIGATIONS OF THE LESSEE	
IV. B. – 5:101: Obligation to pay rent.....	2232
IV. B. – 5:102: Time for payment	2233
IV. B. – 5:103: Acceptance of goods	2233
IV. B. – 5:104: Handling the goods in accordance with the contract.....	2233
IV. B. – 5:105: Intervention to avoid danger or damage to the goods	2234
IV. B. – 5:106: Compensation for maintenance and improvements	2234
IV. B. – 5:107: Obligation to inform.....	2234
IV. B. – 5:108: Repairs and inspections by the lessor.....	2234
IV. B. – 5:109: Obligation to return the goods	2235

	Pág.
CHAPTER 6: REMEDIES OF THE LESSOR	
IV. B. – 6:101: Overview of remedies of lessor.....	2235
IV. B. – 6:102: Consumer contract for the lease of goods	2235
IV. B. – 6:103: Right to enforce performance of monetary obligations	2235
IV. B. – 6:105: Reduction of liability in consumer contract for the lease of goods	2236
CHAPTER 7: NEW PARTIES AND SUBLEASE	
IV. B. – 7:101: Change in ownership and substitution of lessor.....	2236
IV. B. – 7:102: Assignment of lessee’s rights to performance	2237
IV. B. – 7:103: Sublease	2237
PART C: SERVICES	
CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE	
IV. C. – 1:101: Supply of a service.....	2237
IV. C. – 1:102: Exclusions	2237
SECTION 2: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. C. – 1:201: Structure.....	2238
CHAPTER 2: RULES APPLYING TO SERVICE CONTRACTS IN GENERAL	
IV. C. – 2:101: Price.....	2238
IV. C. – 2:102: Pre-contractual duties to warn.....	2238
IV. C. – 2:103: Obligation to co-operate.....	2239
IV. C. – 2:104: Subcontractors, tools and materials	2240
IV. C. – 2:105: Obligation of skill and care	2241
IV. C. – 2:106: Obligation to achieve result.....	2241
IV. C. – 2:108: Contractual obligation of the service provider to warn.....	2242
IV. C. – 2:109: Unilateral variation of the service contract	2243
IV. C. – 2:110: Client’s obligation to notify anticipated non-conformity	2244
IV. C. – 2:111: Client’s right to terminate	2245
CHAPTER 3: CONSTRUCTION	
IV. C. – 3:101: Scope	2245
IV. C. – 3:102: Obligation of client to co-operate	2246
IV. C. – 3:103: Obligation to prevent damage to structure	2246
IV. C. – 3:104: Conformity.....	2246
IV. C. – 3:105: Inspection, supervision and acceptance.....	2246

	Pág.
IV. C. - 3:106: Handing-over of the structure.....	2247
IV. C. - 3:107: Payment of the price	2247
IV. C. - 3:108: Risks.....	2247

CHAPTER 4: PROCESSING

IV. C. - 4:101: Scope	2249
IV. C. - 4:102: Obligation of client to co-operate	2249
IV. C. - 4:103: Obligation to prevent damage to thing being processed	2249
IV. C. - 4:104: Inspection and supervision	2249
IV. C. - 4:105: Return of the thing processed	2250
IV. C. - 4:106: Payment of the price	2250
IV. C. - 4:107: Risks.....	2250
IV. C. - 4:108: Limitation of liability.....	2252

CHAPTER 5: STORAGE

IV.C. - 5:101: Scope.....	2252
IV. C. - 5:102: Storage place and subcontractors.....	2252
IV. C. - 5:103: Protection and use of the thing stored.....	2252
IV. C. - 5:104: Return of the thing stored.....	2253
IV.C. - 5:105: Conformity.....	2253
IV. C. - 5:106: Payment of the price	2254
IV. C. - 5:107: Post-storage obligation to inform	2254
IV. C. - 5:108: Risks.....	2254
IV. C. - 5:109: Limitation of liability.....	2255
IV. C. - 5:110: Liability of the hotel-keeper	2255

CHAPTER 6: DESIGN

IV. C. - 6:101: Scope	2256
IV. C. - 6:102: Pre-contractual duty to warn	2257
IV. C. - 6:103: Obligation of skill and care	2257
IV. C. - 6:104: Conformity.....	2257
IV. C. - 6:105: Handing over of the design.....	2257
IV. C. - 6:106: Records.....	2258
IV. C. - 6:107: Limitation of liability.....	2258

CHAPTER 7: INFORMATION AND ADVICE

IV. C. - 7:101: Scope	2258
IV. C. - 7:102: Obligation to collect preliminary data.....	2258

	Pág.
IV. C. - 7:103: Obligation to acquire and use expert knowledge	2259
IV. C. - 7:104: Obligation of skill and care	2259
IV. C. - 7:106: Records.....	2260
IV. C. - 7:107: Conflict of interest.....	2260
IV. C. - 7:108: Influence of ability of the client.....	2260
IV. C. - 7:109: Causation	2261

CHAPTER 8: TREATMENT

IV. C. - 8:101: Scope	2261
IV. C. - 8:102: Preliminary assessment.....	2261
IV. C. - 8:103: Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises.....	2262
IV. C. - 8:104: Obligation of skill and care	2262
IV. C. - 8:105: Obligation to inform.....	2262
IV. C. - 8:106: Obligation to inform in case of unnecessary or experimental treatment.....	2263
IV. C. - 8:107: Exceptions to the obligation to inform	2263
IV. C. - 8:108: Obligation not to treat without consent	2263
IV. C. - 8:109: Records.....	2264
IV. C. - 8:110: Remedies for non-performance.....	2265
IV. C. - 8:111: Obligations of treatment-providing organisations	2265

PART D: MANDATE

CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS

IV. D. - 1:101: Scope.....	2266
IV. D. - 1:102: Definitions	2267
IV. D. - 1:103: Duration.....	2267
IV. D. - 1:104: Revocation of the mandate.....	2268
IV. D. - 1:105: Irrevocable mandate.....	2268

CHAPTER 2: MAIN OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL

IV. D. - 2:101: Obligation to co-operate.....	2269
IV. D. - 2:102: Price	2269
IV. D. - 2:103: Expenses incurred by representative.....	2270

CHAPTER 3: PERFORMANCE BY THE REPRESENTATIVE

SECTION 1: MAIN OBLIGATIONS OF REPRESENTATIVE

IV. D. - 3:101: Obligation to act in accordance with mandate.....	2271
IV. D. - 3:102: Obligation to act in interests of principal	2271

	Pág.
IV. D. – 3:103: Obligation of skill and care	2271
SECTION 2: CONSEQUENCES OF ACTING BEYOND MANDATE	
IV. D. – 3:201: Acting beyond mandate	2272
IV. D. – 3:202: Consequences of ratification	2272
SECTION 3: CONCLUSION OF PROSPECTIVE CONTRACT BY OTHER PERSON	
IV. D. – 3:301: Exclusivity not presumed	2272
IV. D. – 3:302: Subcontracting	2273
SECTION 4: OBLIGATION TO INFORM PRINCIPAL	
IV. D. – 3:401: Information about progress of performance	2273
IV. D. – 3:402: Giving account to principal.....	2273
IV. D. – 3:403: Communication of identity of third party	2273
CHAPTER 4: DIRECTIONS AND CHANGES	
SECTION 1: DIRECTIONS	
IV. D. – 4:101: Directions given by principal	2274
IV. D. – 4:102: Request for a direction.....	2274
IV. D. – 4:103: Consequences of failure to give a direction	2274
IV. D. – 4:104: No time to ask or wait for direction	2275
SECTION 2: CHANGES OF THE MANDATE CONTRACT	
IV. D. – 4:201: Changes of the mandate contract.....	2275
CHAPTER 5: CONFLICT OF INTEREST	
IV. D. – 5:101: Self-contracting	2276
IV. D. – 5:102: Double mandate	2277
CHAPTER 6: TERMINATION BY NOTICE OTHER THAN FOR NON-PERFORMANCE	
IV. D. – 6:101: Termination by notice in general.....	2278
IV. D. – 6:102: Termination by principal when relationship is to last for indefinite period or when mandate is for a particular task	2279
IV. D. – 6:103: Termination by principal for extraordinary and serious reason.....	2279
IV. D. – 6:104: Termination by representative when relationship is to last for indefinite period or when it is gratuitous	2279
IV. D. – 6:105: Termination by representative for extraordinary and serious reason	2280

	Pág.
CHAPTER 7: OTHER PROVISIONS ON TERMINATION	
IV. D. – 7:101: Conclusion of the prospective contract.....	2280
IV. D. – 7:102: Expiry of fixed period	2280
IV. D. – 7:103: Death of the principal.....	2281
IV. D. – 7:104: Death of the representative	2281
PART E: COMMERCIAL AGENCY, FRANCHISE AND DISTRIBUTORSHIP	
CHAPTER 1: GENERAL PROVISIONS	
SECTION 1: SCOPE	
IV. E. – 1:101: Contracts covered.....	2281
SECTION 2: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. E. – 1:201: Priority rules.....	2282
IV. E. – 1:202: Derogation	2282
CHAPTER 2: RULES APPLYING TO ALL CONTRACTS WITHIN THE SCOPE OF THIS PART	
SECTION 1: PRE-CONTRACTUAL INFORMATION DUTY	
IV. E. – 2:101: Pre-contractual information duty	2282
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE PARTIES	
IV. E. – 2:201: Co-operation	2282
IV. E. – 2:202: Information during the performance	2282
IV. E. – 2:203: Confidentiality	2283
SECTION 3: TERMINATION OF CONTRACTUAL RELATIONSHIP	
IV. E. – 2:301: Contract for a definite period	2283
IV. E. – 2:302: Contract for an indefinite period.....	2283
IV. E. – 2:303: Damages for termination with inadequate notice.....	2284
IV. E. – 2:304: Termination for non-performance.....	2284
IV. E. – 2:305: Indemnity for goodwill.....	2285
IV. E. – 2:306: Stock, spare parts and materials.....	2285
SECTION 4: OTHER GENERAL PROVISIONS	
IV. E. – 2:401: Right of retention	2285
IV. E. – 2:402: Signed document available on request.....	2285
CHAPTER 3: COMMERCIAL AGENCY	
SECTION 1: GENERAL	
IV. E. – 3:101: Scope	2286

	Pág.
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE COMMERCIAL AGENT	
IV. E. – 3:201: Negotiate and conclude contracts.....	2286
IV. E. – 3:202: Instructions	2286
IV. E. – 3:203: Information by agent during the performance	2286
IV. E. – 3:204: Accounting.....	2286
SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE PRINCIPAL	
IV. E. – 3:301: Commission during the agency	2287
IV. E. – 3:302: Commission after the agency has ended.....	2287
IV. E. – 3:303: Conflicting entitlements of successive agents.....	2288
IV. E. – 3:304: When commission is to be paid	2288
IV. E. – 3:305: Entitlement to commission extinguished.....	2288
IV. E. – 3:306: Remuneration	2289
IV. E. – 3:307: Information by principal during the performance	2289
IV. E. – 3:308: Information on acceptance, rejection and non-performance .	2289
IV. E. – 3:309: Warning of decreased volume of contracts	2289
IV. E. – 3:310: Information on commission.....	2289
IV. E. – 3:311: Accounting.....	2290
IV. E. – 3:312: Amount of indemnity	2290
IV. E. – 3:313: Del credere clause	2291
CHAPTER 4: FRANCHISE SECTION 1: GENERAL	
IV. E. – 4:101: Scope	2291
IV. E. – 4:102: Pre-contractual information.....	2291
IV. E. – 4:103: Co-operation.....	2292
SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE FRANCHISOR	
IV. E. – 4:201: Intellectual property rights	2292
IV. E. – 4:202: Know-how	2292
IV. E. – 4:203: Assistance.....	2293
IV. E. – 4:204: Supply.....	2293
IV. E. – 4:205: Information by franchisor during the performance	2293
IV. E. – 4:206: Warning of decreased supply capacity	2294
IV. E. – 4:207: Reputation of network and advertising	2294
SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE FRANCHISEE	
IV. E. – 4:301: Fees, royalties and other periodical payments.....	2294
IV. E. – 4:302: Information by franchisee during the performance	2294

	Pág.
IV. E. – 4:303: Business method and instructions.....	2295
IV. E. – 4:304: Inspection	2295

CHAPTER 5: DISTRIBUTORSHIP

SECTION 1: GENERAL

IV. E. – 5:101: Scope and definitions.....	2295
--	------

SECTION 2: OBLIGATIONS OF THE SUPPLIER

IV. E. – 5:201: Obligation to supply.....	2296
IV. E. – 5:202: Information by supplier during the performance.....	2296
IV. E. – 5:203: Warning by supplier of decreased supply capacity.....	2296
IV. E. – 5:204: Advertising materials	2297
IV. E. – 5:205: The reputation of the products	2297

SECTION 3: OBLIGATIONS OF THE DISTRIBUTOR

IV. E. – 5:301: Obligation to distribute	2297
IV. E. – 5:302: Information by distributor during the performance	2297
IV. E. – 5:303: Warning by distributor of decreased requirements.....	2297
IV. E. – 5:304: Instructions	2297
IV. E. – 5:305: Inspection	2298
IV. E. – 5:306: The reputation of the products	2298

PART F: LOANS

[In preparation]	2298
------------------------	------

PART G: PERSONAL SECURITY

CHAPTER 1: COMMON RULES

IV. G. – 1:101: Definitions	2298
IV. G. – 1:102: Scope.....	2299
IV. G. – 1:103: Freedom of contract.....	2299
IV. G. – 1:104: Creditor's acceptance	2299
IV. G. – 1:105: Interpretation	2300
IV. G. – 1:106: Co-debtorship for security purposes.....	2300
IV. G. – 1:107: Several security providers: solidary liability towards creditor.....	2300
IV. G. – 1:108: Several security providers: internal recourse.....	2300
IV. G. – 1:109: Several security providers: recourse against debtor.....	2301
IV. G. – 1:110: Subsidiary application of rules on solidary debtors.....	2302

	Pág.
CHAPTER 2: DEPENDENT PERSONAL SECURITY	
IV. G. - 2:101: Presumption for dependent personal security	2302
IV. G. - 2:102: Dependence of security provider's obligation	2302
IV. G. - 2:103: Debtor's defences available to the security provider.....	2303
IV. G. - 2:104: Coverage of security	2303
IV. G. - 2:105: Solidary liability of security provider.....	2304
IV. G. - 2:106: Subsidiary liability of security provider.....	2304
IV. G. - 2:107: Requirement of notification by creditor	2304
IV. G. - 2:108: Time limit for resort to security.....	2305
IV. G. - 2:109: Limiting security without time limit.....	2306
IV. G. - 2:110: Reduction of creditor's rights	2306
IV. G. - 2:111: Debtor's relief for the security provider.....	2307
IV. G. - 2:112: Notification and request by security provider before performance	2307
IV. G. - 2:113: Security provider's rights after performance	2307
CHAPTER 3: INDEPENDENT PERSONAL SECURITY	
IV. G. - 3:101: Scope	2308
IV. G. - 3:102: Notification to debtor by security provider	2308
IV. G. - 3:103: Performance by security provider.....	2309
IV. G. - 3:104: Independent personal security on first demand	2309
IV. G. - 3:105: Manifestly abusive or fraudulent demand	2309
IV. G. - 3:106: Security provider's right to reclaim.....	2310
IV. G. - 3:107: Security with or without time limits	2310
IV. G. - 3:108: Transfer of security right.....	2310
IV. G. - 3:109: Security provider's rights after performance	2311
CHAPTER 4: SPECIAL RULES FOR PERSONAL SECURITY OF CONSUMERS	
IV. G. - 4:101: Scope of application.....	2311
IV. G. - 4:102: Applicable rules.....	2311
IV. G. - 4:103: Creditor's pre-contractual duties.....	2311
IV. G. - 4:104: Form	2312
IV. G. - 4:105: Nature of security provider's liability.....	2312
IV. G. - 4:106: Creditor's obligations of annual information	2312
IV. G. - 4:107: Limiting security with time limit.....	2313

	Pág.
BOOK V: BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S AFFAIRS	
CHAPTER 1: SCOPE OF APPLICATION	
V. - 1:101: Intervention to benefit another	2313
V. - 1:102: Intervention to perform another's duty	2313
V. - 1:103: Exclusions.....	2313
CHAPTER 2: DUTIES OF INTERVENER	
V. - 2:101: Duties during intervention.....	2314
V. - 2:102: Reparation for damage caused by breach of duty	2314
V. - 2:103: Obligations after intervention.....	2314
CHAPTER 3: RIGHTS AND AUTHORITY OF INTERVENER	
V. - 3:101: Right to indemnification or reimbursement.....	2315
V. - 3:102: Right to remuneration	2315
V. - 3:103: Right to reparation	2315
V. - 3:104: Reduction or exclusion of intervener's rights	2315
V. - 3:105: Obligation of third person to indemnify or reimburse the principal	2316
V. - 3:106: Authority of intervener to act as representative of the principal.	2316
BOOK VI: NON-CONTRACTUAL LIABILITY ARISING OUT OF DAMAGE CAUSED TO ANOTHER	
CHAPTER 1: FUNDAMENTAL PROVISIONS	
VI. - 1:101: Basic rule.....	2316
VI. - 1:102: Prevention.....	2316
VI. - 1:103: Scope of application.....	2317
CHAPTER 2: LEGALLY RELEVANT DAMAGE	
SECTION 1: GENERAL	
VI. - 2:101: Meaning of legally relevant damage	2317
SECTION 2: PARTICULAR INSTANCES OF LEGALLY RELEVANT DAMAGE	
VI. - 2:201: Personal injury and consequential loss.....	2318
VI. - 2:202: Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death	2318
VI. - 2:203: Infringement of dignity, liberty and privacy	2318
VI. - 2:204: Loss upon communication of incorrect information about another.....	2319
VI. - 2:205: Loss upon breach of confidence	2319
VI. - 2:206: Loss upon infringement of property or lawful possession.....	2319

	Pág.
VI. - 2:207: Loss upon reliance on incorrect advice or information	2319
VI. - 2:208: Loss upon unlawful impairment of business	2320
VI. - 2:209: Burdens incurred by the State upon environmental impairment	2320
VI. - 2:210: Loss upon fraudulent misrepresentation	2320
VI. - 2:211: Loss upon inducement of non-performance of obligation	2320

CHAPTER 3: ACCOUNTABILITY

SECTION 1: INTENTION AND NEGLIGENCE

VI. - 3:101: Intention	2320
VI. - 3:102: Negligence	2321
VI. - 3:103: Persons under eighteen	2321
VI. - 3:104: Accountability for damage caused by children or supervised persons	2321

SECTION 2: ACCOUNTABILITY WITHOUT INTENTION OR NEGLIGENCE

VI. - 3:201: Accountability for damage caused by employees and representatives	2322
VI. - 3:202: Accountability for damage caused by the unsafe state of an immovable	2322
VI. - 3:203: Accountability for damage caused by animals	2323
VI. - 3:204: Accountability for damage caused by defective products	2323
VI. - 3:205: Accountability for damage caused by motor vehicles	2325
VI. - 3:206: Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions	2325
VI. - 3:207: Other accountability for the causation of legally relevant damage	2326
VI. - 3:208: Abandonment	2326

CHAPTER 4: CAUSATION

VI. - 4:101: General rule	2326
VI. - 4:102: Collaboration	2326
VI. - 4:103: Alternative causes	2327

CHAPTER 5: DEFENCES

SECTION 1: CONSENT OR CONDUCT OF THE INJURED PERSON

VI. - 5:101: Consent and acting at own risk	2327
VI. - 5:102: Contributory fault and accountability	2327
VI. - 5:103: Damage caused by a criminal to a collaborator	2328

	Pág.
SECTION 2: INTERESTS OF ACCOUNTABLE PERSONS OR THIRD PARTIES	
VI. - 5:201: Authority conferred by law	2328
VI. - 5:202: Self-defence, benevolent intervention and necessity	2328
VI. - 5:203: Protection of public interest	2328
SECTION 3: INABILITY TO CONTROL	
VI. - 5:301: Mental incompetence	2329
VI. - 5:302: Event beyond control	2329
SECTION 4: CONTRACTUAL EXCLUSION AND RESTRICTION OF LIABILITY	
VI. - 5:401: Contractual exclusion and restriction of liability.....	2329
SECTION 5: LOSS WITHIN	
VI. - 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death)	2330
VI. - 5:501: Extension of defences against the injured person to third persons	2330
CHAPTER 6: REMEDIES	
SECTION 1: REPARATION IN GENERAL	
VI. - 6:101: Aim and forms of reparation	2330
VI. - 6:102: De minimis rule.....	2330
VI. - 6:103: Equalisation of benefits	2331
VI. - 6:104: Multiple injured persons	2331
VI. - 6:105: Solidary liability.....	2331
VI. - 6:106: Assignment of right to reparation	2331
SECTION 2: COMPENSATION	
VI. - 6:201: Injured person's right of election	2331
VI. - 6:202: Reduction of liability.....	2331
VI. - 6:203: Capitalisation and quantification	2331
VI. - 6:204: Compensation for injury as such	2332
SECTION 3: PREVENTION	
VI. - 6:301: Right to prevention.....	2332
VI. - 6:302: Liability for loss in preventing damage.....	2332
CHAPTER 7: ANCILLARY RULES	
VI. - 7:101: National constitutional laws.....	2332
VI. - 7:102: Statutory provisions	2332

	Pág.
VI. – 7:103: Public law functions and court proceedings.....	2332
VI. – 7:104: Liability of employees, employers, trade unions and employers’ associations.....	2333
VI. – 7:105: Reduction or exclusion of liability to indemnified persons.....	2333
BOOK VII: UNJUSTIFIED ENRICHMENT	
CHAPTER 1: GENERAL	
VII. – 1:101: Basic rule	2333
CHAPTER 2: WHEN ENRICHMENT UNJUSTIFIED	
VII. – 2:101: Circumstances in which an enrichment is unjustified	2333
VII. – 2:102: Performance of obligation to third person	2334
VII. – 2:103: Consenting or performing freely	2334
CHAPTER 3: ENRICHMENT AND DISADVANTAGE	
VII. – 3:101: Enrichment.....	2335
VII. – 3:102: Disadvantage.....	2335
CHAPTER 4: ATTRIBUTION	
VII. – 4:101: Instances of attribution	2335
VII. – 4:102: Indirect representation.....	2336
VII. – 4:103: Debtor’s performance to a non-creditor; onward transfer in good faith.....	2336
VII. – 4:104: Ratification of debtor’s performance to a non-creditor.....	2336
VII. – 4:105: Attribution resulting from an act of an intervener	2336
VII. – 4:106: Ratification of intervener’s acts.....	2337
VII. – 4:107: Where type or value not identical.....	2337
CHAPTER 5: REVERSAL OF ENRICHMENT	
VII. – 5:101: Transferable enrichment.....	2337
VII. – 5:102: Non-transferable enrichment.....	2338
VII. – 5:103: Monetary value of an enrichment; saving	2338
VII. – 5:104: Fruits and use of an enrichment.....	2338
CHAPTER 6: DEFENCES	
VII. – 6:101: Disenrichment	2339
VII. – 6:102: Juridical acts in good faith with third parties.....	2339
VII. – 6:103: Illegality	2339

	Pág.
CHAPTER 7: RELATION TO OTHER LEGAL RULES	
VII. - 7:101: Other private law rights to recover	2340
VII. - 7:102: Concurrent obligations.....	2340
VII. - 7:103: Public law claims	2340

ANNEX 1: DEFINITIONS

.....	2341
-------	------

ANNEX 2: COMPUTATION OF TIME

.....	2357
-------	------



PRESENTACIÓN

Ricardo Luis Lorenzetti es uno de los juristas latinoamericanos más importantes de las últimas décadas. Su labor jurídica abarca el ámbito académico, así como el ejercicio profesional como abogado y árbitro en importantes causas en Argentina y Latinoamérica. Actualmente es Ministro de la ilustre Corte Suprema de Argentina, habiendo sido elegido (y reelegido) Presidente de la Institución a los dos años de su nombramiento, en 2006. El doctor Lorenzetti constituye una de esas inusuales figuras en el mundo jurídico que, por su versatilidad y solidez, marcan la pauta a estudiantes y profesionales del Derecho, dentro y fuera de las fronteras de su patria, pero además proyectan —lo que es más importante— legitimidad a la institucionalidad.

En adición a las recargadas y delicadas tareas que debe afrontar cada día en la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti integra el Consejo de Administración del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT por sus siglas en inglés), importante cargo que ilustra la trascendencia de Ricardo en el mundo jurídico occidental.

Ricardo nació en Rafaela (1955), provincia de Santa Fe. Para estudiar Derecho, a diario debía viajar dos horas desde Rafaela hasta la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral, su *alma mater*. Este esfuerzo ciertamente valió la pena. Para quienes hasta ahora no han tenido la ventura de conocer Rafaela, debe decirse que esta bella ciudad es la tercera más poblada de la provincia de Santa Fe, conocida como “La Perla del Oeste”, y destaca por su producción industrial metalmeccánica y láctea, pues se encuentra en el corazón de la cuenca lechera, la más grande de Sudamérica.

Ricardo fue un destacado alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral y su paso por las aulas universitarias es recordado con afecto y respeto por sus maestros y compañeros.

Pero Ricardo no se contentó con estudiar la carrera de Derecho. Movidio por la comprensión de que el conocimiento siempre debe ser

integral y que, por tanto, requiere de un análisis orientado hacia lo más profundo, estudió Filosofía. Esta formación filosófica explica la manera cómo él enfrenta un problema, su modo de enfocar, analizar y argumentar un caso y, sobre todo, el contenido de su producción jurídica.

Cuando a Ricardo Lorenzetti se le pregunta por el tipo de talento necesario para ser un buen investigador, con sabia humildad responde “hay que sudar la camiseta”, lo que significa que debe trabajarse mucho. Primero, dice Ricardo, ha de tenerse una base de conocimientos adquiridos gracias al esfuerzo y dedicación y luego, sobre ese fundamento, se despliega el talento. He aquí un gran mensaje para todas las jóvenes generaciones.

Ricardo Lorenzetti, además de graduarse de abogado, obtuvo el grado de Doctor en 1984 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, con una innovadora tesis sobre “*La responsabilidad civil del médico*”⁽¹⁾. Hasta esa fecha en Argentina únicamente se contaba con las obras de Jorge Mosset Iturraspe y Alberto Bueres respecto a esa temática. En su Tesis, Ricardo analizó los aportes intelectuales de Mosset y Bueres, luego clasificó la jurisprudencia sobre el tema y sugirió las nuevas tendencias y problemas que surgieron.

Hay tanto por decir, recordar, resaltar y explicar sobre la extensa obra del profesor Lorenzetti, que en estas líneas de síntesis ello resulta una tarea muy difícil. Solo enumerar que ha publicado más de 50 libros, más de 150 artículos, que ha dictado y escrito más de 350 conferencias, además de ensayos y entrevistas, nos da una representación somera y gruesa del copioso aporte en términos cuantitativos. Pero es el aspecto cualitativo lo que realmente distingue a este jurista, y por eso es tan arduo —y diríase injusto— pretender dar una idea de su significación y verdadera contribución en este breve espacio.

Puedo, empero, mencionar que, de todas sus obras, sus preferidas son: “*Las normas fundamentales de Derecho Privado*”⁽²⁾, porque implicó un replanteamiento de sus temas de investigación, y “*Contratos*”⁽³⁾, por lo intrépido del trabajo, pues desarrolló ideas avanzadas sobre la teoría contractual. Su obra “*Las normas fundamentales de Derecho Privado*” mereció el premio de la Academia Nacional de Derecho y

(1) Publicada en Santa Fe por la Editorial Rubinzal-Culzoni en el año de 1997, consta de dos tomos.

(2) Publicada en Santa Fe por la Editorial Rubinzal-Culzoni en el año de 1995.

(3) Publicada en Santa Fe por la Editorial Rubinzal-Culzoni en el año 2004.

Ciencias Sociales de Buenos Aires y también fue publicada en Brasil⁽⁴⁾, Perú⁽⁵⁾ y Colombia⁽⁶⁾.

A nadie escapa que el abogado que sólo sabe de Derecho quizá pueda defenderse de modo básico en los avatares de la profesión, pero no será un buen jurista (en realidad no será un jurista en modo alguno), pues su perspectiva de la realidad, de la cultura, de la vida y en general de las cosas, de las circunstancias, como diría Ortega Gasset, será muy limitada e incompleta, lo que sesga y recorta la comprensión y visión de cualquier conflicto o situación. Por ello, es importante conocer algo de filosofía, historia, literatura, psicología, arte, cine, música, etc., a fin de contar con un panorama inclusivo, que brinde mayores luces y horizonte.

Ricardo comprendió muy bien esta premisa y a lo largo de su vida se ha dedicado a cultivar su espíritu y mente, leyendo con apasionamiento, además de temas de Derecho y Filosofía, importantes obras de Literatura, entre las que destacan las del gran Borges y de otros escritores argentinos como Saer, Di Benedetto. Ricardo es también muy aficionado al arte y a la música, siendo admirador de la obra de los grandes pintores españoles Picasso y Goya, así como de la música clásica en general. Sumadas estas inclinaciones a sus continuamente revisitados, renovados y actualizados conocimientos de filosofía e historia, puede apreciarse que se trata de un *jurista* en la correcta dimensión y adecuado sentido del término.

Tal vez su origen provinciano y el esfuerzo que hubo de realizar para alcanzar su meta de ser abogado (alguna vez nos confesó que siempre quiso ser abogado), lo han llevado a soñar con crear una comunidad jurídica latinoamericana, donde las fronteras desaparezcan, donde las nacionalidades no existan, donde los rencores y odios se desvanezcan, donde se busquen más las cosas que nos unen que aquellas que nos separan. Ricardo está convencido que existe un derecho privado latinoamericano, y que es posible reunir a los juristas latinoamericanos con la finalidad de construir este derecho privado latinoamericano,

(4) Publicada bajo el título: *Fundamentos do direito privado*, São Paulo, Brasil, Revista dos Tribunais, 1998, p. 613.

(5) Publicada bajo el título: *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, Lima, Grijley, 2006, p. 520.

(6) Publicada bajo el título: *Fundamentos del Derecho y Razonamiento Judicial*, Bogotá, Pontificia. Universidad Javeriana, Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y Grupo Editorial Ibañez, 2011, p. 541.

pues la integración latinoamericana ha sido un sueño de hombres y mujeres a lo largo de nuestra historia.

Una profunda convicción me ha motivado por sobre cualquier otra en los años que me he dedicado a la investigación y divulgación del derecho, siguiendo el valioso consejo de Ricardo: el futuro del derecho en nuestros países depende indefectiblemente de la unión de esfuerzos de todos los que cultivan en estas tierras la ciencia jurídica. En lo personal, me aferro a esta idea casi como un dogma de fe, y he intentado siempre promover lazos de amistad, comunicación y diálogo entre juristas de todo el mundo, en particular de Latinoamérica; ya sea a través de obras colectivas, de seminarios o conferencias, de publicación de revistas especializadas, siempre he intentando convencer a mis pares de que el futuro del jurista latinoamericano es el jurista latinoamericano.

Por todo ello, un importante grupo de profesores (55 juristas iberoamericanos) decidimos rendir un merecido homenaje a Ricardo Luis Lorenzetti. El homenaje se materializó el 25, 26 y 27 de noviembre de 2010 en la ciudad de Lima, con ocasión de la “I Convención Latinoamericana de Derecho Civil”, donde más de 70 profesores latinoamericanos y españoles tributamos a Ricardo un merecido reconocimiento por su trayectoria académica y profesional. Fruto de este encuentro es este *Liber Amicorum* que hoy entregamos a la comunidad jurídica de todo el mundo sobre uno de los temas que Ricardo impulsó desde los años 90': *La necesidad de sentar las Bases de una moderna teoría general del contrato para América Latina*. Este fue y sigue siendo el sueño que compartimos con Ricardo y en ello estamos trabajando una pléyade de juristas. Esperamos en un plazo breve contar con el primer Proyecto del Código Latinoamericano de Contratos.

Los familiares, amigos y discípulos del querido profesor Ricardo Luis Lorenzetti nos sentimos orgullosos por su trayectoria y hacemos votos para que su obra y su pensamiento entre las nuevas generaciones continúe y sean el motor para la unificación del derecho privado latinoamericano.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Coordinador del Liber Amicorum.

Profesor de Derecho Civil y Arbitraje.

Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje.

*Consejero y Jefe del Grupo de Arbitraje de
Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.*

SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI

Hacer una semblanza de Ricardo Lorenzetti es para mí un alto honor, pero también un difícil reto.

Es un alto honor porque a quien debo presentar es uno de los juristas más distinguidos de habla hispana en la actualidad. Y es un reto porque Ricardo Lorenzetti tiene una personalidad muy rica, una profundidad muy grande en su pensamiento y una muy intensa experiencia de vida académica y profesional. ¿Cómo resumir todo ello en unas pocas palabras?

Quizá es necesario contar ante todo que lo conocí en Trujillo cuando ambos fuimos invitados a un ciclo de conferencias organizado por una de las universidades locales. Debo decir que me sorprendió muy gratamente tanto por su versación como también por la forma imaginativa y provocadora como desarrolló un tema de Derecho Civil, lo que no es una cualidad frecuente dentro del ambiente jurídico. Por otra parte, su simpatía personal y su calidez fue evidente para todos los participantes.

Pero me llamó también profundamente la atención el hecho de que un jurista de su talla tuviera la generosidad de acudir desde Argentina al llamado de nuestras universidades de provincias, muchas veces tan injustamente olvidadas incluso por los propios peruanos.

Y esta no fue la única vez. Después nos hemos visto en varias oportunidades, con motivo de otros ciclos de conferencias, tanto en provincias como en Lima. Todo ello demuestra su amor por el Perú, su voluntad de colaborar con la educación jurídica de nuestro país y, resumiendo todo ello, su altísima calidad de persona humana y de profesor de Derecho.

Poco a poco fui descubriendo a Ricardo Lorenzetti. Abogado desde 1978, recibió su Doctorado en Ciencias Jurídicas y sociales por la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, habiendo sido su tutor nada

menos que el gran jurista argentino tan querido entre nosotros, Jorge Mosset Iturraspe.

A partir de entonces desempeña una nutrida labor académica en diversas universidades argentinas en Santa Fe, El Rosario, Tucumán, Mendoza y Santiago del Estero.

Durante diez años fue Profesor Ordinario Adjunto en la Cátedra de Derecho Civil Segundo en la Universidad Nacional del Litoral, obteniendo dicha cátedra por concurso, con un Jurado conformado por personalidades tales como los profesores Félix Trigo y Atilio Alterini. En la Universidad del Litoral ocupa diversos cargos académicos de importancia, como el de Director del área de Derecho Privado del Doctorado, también el de Director Académico del Postgrado en Derecho Especializado en Derecho de la Empresa y el de Director del Postgrado en Derecho de Daños.

Pero Ricardo Lorenzetti es un académico muy inquieto y, no contento con enseñar en Santa Fe, asumió simultáneamente compromisos con varias universidades de Buenos Aires, viajando continuamente entre ambas ciudades.

Pero esto todavía no era suficiente para su vocación de maestro y a lo largo de las dos últimas décadas lo encontramos dando cursos en Brasil, Chile, Estados Unidos (donde fue Profesor asistente en la Universidad de Austin, Texas), Italia, México, Perú y Uruguay. Y en muchos de estos países ha sido distinguido como Profesor Honorario o Emérito.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, reconociendo sus muchísimos méritos como académico y como abogado, lo nombró Ministro de la Corte, lo que en términos nuestros significa Vocal de la Corte Suprema. Y más tarde el reconocimiento de sus méritos lo llevó a la Presidencia de la Corte Suprema.

Las preocupaciones académicas de Ricardo Lorenzetti son bastante variadas. Pero yo diría que se concentran sobre todo en el Derecho Privado y la Teoría o Filosofía del Derecho.

En el campo del Derecho Privado no cabe duda de que un tema central dentro de su enseñanza es la responsabilidad civil o derecho de daños, como se le empieza a llamar actualmente, lo que lo llevó a fundar una revista de ese nombre que co-dirige con Jorge Mosset Iturraspe.

Pero lejos de ser un especialista que se encierra sólo en un aspecto del saber, Lorenzetti tiende puentes a otros temas, a veces cercanos y

a veces lejanos, y continúa en ellos su exploración inteligente. Así vemos que escribe *Tratados sobre Contratos*, estudios sobre la *Defensa del Consumidor*, ensayos sobre los conflictos entre los derechos de los médicos y los derechos de los pacientes, incursiona incluso por el *Derecho del Trabajo*.

Y en todos estos casos no duda en acometer el estudio de todo aquello que todavía no está suficientemente estudiado, no tiene temor de comprometerse con temas nuevos sino que, por el contrario, los busca, los desarrolla y luego nos deslumbra con sus descubrimientos. Lorenzetti ha optado —y comparto totalmente su opción— por no encasillarse bajo el pretexto de la especialidad, sino que ha preferido siempre ser un navegante entusiasta que se aventura por los mares del Derecho a la búsqueda de lo incierto y lo desconocido.

Este espíritu novedoso lo podemos comprobar al revisar los temas sobre los cuales ha dado clases o ha escrito libros o artículos. Cuando enseña Derecho de la empresa, ingresa a los temas más controvertidos en la época actual, como los contratos de distribución, de publicidad, de tercerización, el control societario, la sindicación de acciones, el Derecho del consumidor, el Derecho ambiental. Uno de sus temas preferidos es el comercio electrónico y tiene un trabajo sobre las nuevas perspectivas en la teoría de los contratos. Los traumáticos cambios económicos que han ocurrido en su país durante los últimos años no han pasado desapercibidos para un jurista consciente del entorno social dentro del cual vive. Es por ello que ha estudiado la excesiva onerosidad de la prestación en las compraventas de dólares, las hipotecas en dólares y el nuevo Derecho Monetario, ha participado como profesor en seminarios sobre emergencia económica y ha discutido el plan para la devolución de los depósitos bancarios.

Su apetito insaciable de omnívoro jurídico lo ha llevado a aproximarse incluso a temas como las reglas del tránsito y la responsabilidad de los concesionarios de autopistas.

Pero decíamos que, además de su perspectiva de Derecho Privado, Ricardo Lorenzetti asume una perspectiva de Teoría o Filosofía del Derecho. Alguna vez ha dicho que si no hubiera sido abogado habría querido ser profesor de Filosofía. Como estas dos perspectivas no son incompatibles, Lorenzetti las reúne para darle mayor profundidad al Derecho Privado.

Es así como ha publicado un libro sobre los fundamentos del Derecho Privado que revisa las bases mismas del Derecho Civil con una mente amplia y consciente de que las diferentes ramas del Derecho

no viven en el aislamiento sino entrelazadas unas con otras. Y es así que en ese libro —que tiene un punto de partida en el Derecho Privado— pronto las fronteras y los límites se atenúan, se vuelven difusos e inciertos y a veces simplemente desaparecen. El Derecho Público y el Derecho Privado, el Derecho Constitucional y el Derecho Civil se acercan, se contradicen, se invaden recíprocamente y se estimulan entre sí dando origen a nuevas instituciones y nuevas relaciones que ya no son blanco o negro sino que todo resulta matizado, todo en el Derecho se vuelve más complejo y, por tanto, más rico, más real: frente a la caricatura que muchas veces nos pintan los tratadistas, encontramos en Lorenzetti primero una fotografía de la realidad en toda su complejidad y luego recurre a la radiografía para entrar en profundidad.

Ricardo Lorenzetti denuncia el fenómeno que denomina “el *big bang* legislativo”: el Código Civil ha explotado y de esa convulsión expansiva han surgido una serie de microsistemas jurídicos, tales como los que se refieren a la empresa, los títulos valores, la protección del consumidor, la libre competencia, la llamada propiedad intelectual e industrial, la responsabilidad por daños, el Derecho ambiental, etc. Todos estos sistemas —dice Lorenzetti en una hermosa metáfora— al igual que los planetas tienen su propia autonomía; pero todo ellos, de más cerca o de más lejos, giran en torno del Código Civil que los alumbró con sus principios básicos: el acto jurídico, la teoría del contrato, etcétera.

Más dramática, por su *pathos* apocalíptico, es la comparación que toma prestada de Wittgenstein, equiparando el Derecho Civil a una ciudad en la que continuamente surgen nuevos barrios. Los habitantes de unas zonas visitan poco a los de otras zonas. Y particularmente el centro histórico —el Código Civil tradicional— va quedando como una reliquia, casi en desuso, casi solamente como el rincón de la nostalgia.

En este estado de confusión, el civilista no puede resistir la arremetida de la vida actual contra su posición de mero especialista en Derecho Civil. Se ve obligado a admitir que otras disciplinas ingresen activamente en su campo y él mismo tiene que conocer sobre ellas si quiere seguir vigente: los expertos en Derecho de Familia hablan de Genética y Psicología, aquellos que lo son en Contratos y en Derechos Reales hablan de Economía; y nada se diga de los expertos en Derecho Ambiental o en los nuevos Derechos regulatorios. De todo ello surge un “tecnolenguaje” inquietante que se separa del lenguaje jurídico “castizo”, que va quedando como un arcaísmo un tanto snob.

Todo esto nos corta la respiración, nos parece extraordinariamente sugestivo pero también extraordinariamente aterrador. ¿Qué va a pasar con el Derecho Civil? ¿qué papel les corresponderá a los Códigos? O aún más grave, ¿habrá Códigos en el futuro o solamente compilaciones como había en el pasado?

Lorenzetti no nos deja perdidos dentro de los escombros de un Derecho Civil que ha explotado sino que busca una nueva comprensión del tema que terminará salvando a este Derecho de la desaparición. Recogiendo las ideas de la ciencia más moderna, como el principio de incertidumbre, la teoría del orden que surge del caos planteada por el belga Prigogine y la teoría de la catástrofe de Thom, sostiene que cada crisis en el pensamiento, ya sea en la ciencia o en cualquier otra rama del conocimiento, se resuelve no con un intento de reconstrucción de lo destruido por los avances del tiempo sino por una nueva construcción a un nivel superior. El pensamiento no puede permanecer atomizado y desarticulado sino que tiende a formar una nueva totalización, un nuevo sistema de ideas, un nuevo paradigma. Como planteaba Thomas Kuhn en su ahora clásica obra *La estructura de las revoluciones científicas*, los paradigmas se defienden encarnizadamente de toda intrusión que pudiera destruirlos desde dentro: el hombre no puede vivir sin ideas coherentes y, por ello, lo particular es unificado dentro de un sistema y lo incoherente es rechazado. Sin embargo, cuando esas particularidades contestatarias y esa incoherencias subversivas se niegan a desaparecer, se resisten a ser domadas o destruidas por el sistema, entonces se hace necesario un nuevo orden conceptual que las englobe.

En este sentido, el Derecho Civil —propone Lorenzetti— tiene que ser reinventado en un estadio superior, no dejando de lado las tradiciones sino creando con ellas un nuevo todo coherente. Y un concepto clave para esta transformación hacia adelante es superar el individualismo del “sujeto aislado” para reconstruirlo sobre la base del “sujeto situado”. Esa situación en la que tiene que reconocerse al sujeto como tal, esa libertad que es la esencia del sujeto pero que se encuentra situada, como decía Sartre (en cuanto que las opciones le vienen dadas por las alternativas posibles en cada caso), aporta una visión más institucionalizada del Derecho. Y, de esta manera, como una nueva ave Fénix, el Derecho Civil resurge de sus cenizas. Pero esta vez deberá preocuparse no sólo de los derechos del individuo sino también de los derechos de esa sociedad que hace posible esos derechos del individuo.

Como puede apreciarse, las tesis de Ricardo Lorenzetti son extraordinariamente sugestivas y tocan problemas que no podemos soslayar

porque están en el centro mismo del Derecho y de nuestra profesión de abogados.

¿Y cómo es Ricardo Lorenzetti al margen de la solemnidad de la vida académica? ¿Cómo es en su vida privada esta autoridad en Derecho Privado?

Pues es un hombre sencillo, profundamente humano, que dedica sus tiempos libres a su familia, que le gusta salir a correr o ir al gimnasio. Lorenzetti confiesa que lee y relee a Borges, que es su lectura de cabecera. Es un entusiasta del cine y le fascinan las películas de Ingmar Bergman y las de Fellini. Su actor preferido es Dirk Bogarde, el protagonista de esa inquietante película inglesa titulada “El Sirviente”. En la entrevista de Lorenzetti que he leído, lamentablemente no le preguntan cuál es su actriz preferida; de manera que eso no se los puedo decir.

Pero un hecho extraordinario es que, hasta donde conozco, creo que Lorenzetti es el único Ministro o Vocal de la Corte Suprema que haya jugado durante quince años al rugby.

Por estos motivos y muchos más, tengo el gran honor de presentar esta semblanza del Profesor Lorenzetti en este *Liber Amicorum*, por su trayectoria personal y profesional, y en particular por su generosidad de contribuir en la consolidación del Derecho Privado Latinoamericano.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

Profesor y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Relaciones Exteriores. Socio del Estudio Fernando de Trazegnies Granda Abogados.

SEMBLANZA DEL PROFESOR DR. RICARDO LUIS LORENZETTI

Un bosquejo biográfico es siempre difícil, complejo y comprometido, y lo es mucho más cuando se busca retratar a una persona importante, de trayectoria luminosa, o un ciudadano notable. Es lo que ahora me ocurre con la semblanza de Ricardo Luis Lorenzetti. Para comenzar se deben elegir los caminos: si el público o el privado, si el quehacer juvenil que lo ha llevado a donde se encuentra o su actividad actual como ministro presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si glosar el contenido de sus votos en causas relevantes o detenerme en la doctrina riquísima expuesta en sus múltiples libros, artículos y comentarios.

Para ir saliendo del paso puedo decir que fue mi alumno sobresaliente en las materias de Obligaciones y Contratos; que luego conformamos, con colegas distinguidos, un estudio jurídico en la Ciudad de Buenos Aires, donde trabajamos codo a codo, como pares, y pudimos admirar su capacidad y dedicación profesional; más tarde “salimos de giras”, recorriendo ciudades del país de los argentinos, para “predicar” lo que considerábamos “el mejor Derecho”, el realista, actual, preocupado por los débiles y desamparados, por el contrato justo, por la reparación integral de los daños injustamente sufridos, por la situación de los consumidores y de los usuarios, tan dejados de lado en el mercado argentino, tan subestimados hasta hace poco tiempo. Y así mismo, coincidimos en la lucha por un medio ambiente sano, por la vigencia de acciones individuales y colectivas, por la conservación del suelo y la limpieza de las aguas y de la atmósfera. Hoy, puede decirse sin exageración, “sostiene, vitaliza y pone al día” al máximo tribunal de la República, conformado por una pléyade de juristas ilustres y sabios.

Cuando en presentaciones casi intimistas ponía de resalto su enorme capacidad para despejarse de un ambiente altamente mercantilizado, en su Rafaela natal —modelo de ciudad industrial y progresista—, Lorenzetti me recriminaba con suavidad el “hablar mal” de su

aldea y me señalaba que ése fue su primero y muy querido país, su mundo familiar y social. Lorenzetti es creador, imaginativo, ingenioso y serio en sus planteos jurídicos. No hay en él improvisaciones, todo ha sido estudiado y seleccionado con mucho cuidado. De allí sus éxitos, la aceptación de su doctrina autoral y judicial, sus discursos tan bien recibidos y, en una palabra, la recepción unánime de su labor como juez y como jurista. Le deseo muchos años más, para bien del Derecho argentino.

JORGE MOSSET ITURRASPE

Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular y ex Decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

CURRICULUM VITAE

PROF. DR. RICARDO LUIS LORENZETTI

PRESIDENTE de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
(Acordada 32, 7 de noviembre de 2006).

MINISTRO de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.
(Decreto N° 1878, 21 de diciembre de 2004).

Títulos universitarios

- **Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.** Expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe. Jurado de Tesis: los Profs. María Josefa Méndez Costa, Anteo Ramella, Maurino Elida. Padrinazgo a cargo de Jorge Mosset Iturraspe. Fecha de otorgamiento del título: el 22 de diciembre de 1983. Tesis sobre la Responsabilidad Civil del médico, publicada en 1986 por Rubinzal y Culzoni.
- **Abogado.** Expedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe. Ingreso en 1974, título expedido en julio de 1978.

Antecedentes académicos, premios y distinciones

Vocal del Consejo de Administración del Capítulo Argentino del Club de Roma, agosto 2009.

Catedrático designado, Academia Internacional de Derecho Comparado, París, Francia, Febrero 2009.

Miembro del Grupo de Expertos del Consejo Directivo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) para el período 2008-2013, LXIII Sesión de la Asamblea General, Roma, Italia, Diciembre de 2008.

Presidente del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano.

Argentina

- **Director** de la Carrera de Especialización en Derecho Ambiental, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, mayo de 2008.
- **Director** de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, diciembre de 2005.
- **Representante del Honorable Senado de la Nación ante el Juris de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación.** Designación producida por unanimidad por reunir los requisitos para el cargo que son equivalentes a los requeridos para la Corte Suprema de la Nación, designación efectuada en el mes de agosto de 2004.
- **Profesor Titular** por concurso de la Cátedra “Contratos Civiles y Comerciales”, Universidad de Buenos Aires. Jurado del concurso: Antonio Benjamín (Brasil), Sánchez Calero (España), Siegbert Rippe (Uruguay). Resolución 8.432, 16 de septiembre de 1997.
- **Director del Posgrado** de Derecho de Daños, Universidad de Buenos Aires.
- **Director** y responsable de la organización de varios programas de “Contratos de Empresa”, profesor en el área de posgrados de “Magistratura”, en el posgrado de “Responsabilidad médica”, Universidad Austral.
- **Ex profesor Titular** de la materia “Derecho del consumidor”, materia anual aprobada a partir del período lectivo 1998. Ex profesor Titular de la materia “Derecho de las obligaciones”. Ex miembro de la Comisión de Reformas del Plan de Estudio. Ex profesor del Posgrado en Derecho de Daños. Facultad de Derecho, Universidad de Belgrano. Período 1997-1998.
- **Director del área** de Derecho Privado en la Maestría de Derecho Privado, Universidad de Palermo.
- **Conferencista** en el Doctorado y en Cursos de especialización. Director del Master Iberoamericano en Derecho Privado, Contratos y Daños, junto con el Dr. Eugenio Llamas Pombo, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. Lugar de realización: ciudad de Buenos Aires, Argentina.
- **Profesor Titular** por concurso en la Cátedra de Derecho Civil Tercero en la Universidad Nacional del Litoral. Jurado del Concurso: Brebbia Fernando, Trigo Represas, Félix, y Aparicio Manuel. Cargo desempeñado hasta 1997.

- **Director del Posgrado** en Derecho de Daños. Universidad Nacional del Litoral. El postgrado dura un año y medio y se da el título de “Abogado especialista en Derecho de Daños.” Comienza a dictarse en el período 1993. Resolución del Consejo Directivo de la Facultad del 16 de noviembre de 1992.
- **Director Académico** del “Posgrado en Derecho Especializado en Derecho de la Empresa”. Universidad Nacional del Litoral. Duración de dieciocho meses. Temario que abarca los contratos de distribución, de publicidad, de tercerización, control societario, sindicación de acciones, compraventas, derecho del consumidor, derecho ambiental.
- **Director del área** de Derecho Privado del Doctorado, Universidad Nacional del Litoral.
- **Ex Profesor** Ordinario Adjunto en la Cátedra de Derecho Civil Segundo en la Universidad Nacional del Litoral. Acceso al cargo por concurso, siendo el jurado los profesores Félix A. Trigo Represas, Atilio A. Alterini y Enrique Banchio. Designación efectuada el 16 de septiembre de 1986. Cargo desempeñado hasta 1996.
- **Profesor** en el Doctorado de la Universidad Nacional de Tucumán.
- **Ex Profesor** de la Cátedra de Contratos. Universidad Católica de Santiago del Estero. Rafaela.
- **Director del Posgrado** de Derecho de Daños realizado por la Universidad Nacional de Mendoza en conjunto con la Universidad Nacional del Litoral.
- **Director del área** de Derecho Privado del Doctorado. Universidad Católica de Rosario.
- **Doctor Honoris Causa**, Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Lima, noviembre 2010.
- **Profesor Honorario**, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre 2010.
- **Doctor Honoris Causa**, Universidad Nacional de Jujuy, San Salvador de Jujuy, Jujuy, 24 de junio 2010.
- **Doctor Honoris Causa**, Universidad Nacional de Tucumán, San Miguel de Tucumán, Tucumán, 8 de octubre 2008.

- **Doctor Honoris Causa**, Universidad Nacional del Nordeste, Resistencia, Chaco, 15 de agosto de 2007.
- **Profesor Honoris Causa**, Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Puerto Madryn, Chubut, 20 de octubre de 2010.
- **Huésped de honor**, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 29 de marzo de 2006.
- **Profesor extraordinario Visitante**, Universidad Católica de Salta, 13 de agosto de 2005.
- **Académico Correspondiente** de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Designación efectuada el 19 de septiembre de 2000.
- **Miembro Fundador** de la Fundación Argentina de Arbitraje y Conciliación (FADAC), constituida por los miembros fundadores: Héctor Masnatta, Eduardo Zannoni, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Mosset Iturraspe, Néstor Pérez Lozano, José Carlos Arcagni, Enrique Basla, Gerardo Ghirsfeld, Alfredo Kraut.
- **Miembro de número**, designado por el Instituto de Altos Estudios de Derecho Civil argentino y Comparado de la Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 28 de mayo de 2003.
- **Miembro Fundador** del Instituto de Derecho del Consumidor. Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 24 de octubre de 1997.
- **Premio** de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires por la obra “Las normas fundamentales de Derecho Privado”. Jurado integrado por los Dres.: Jorge Bustamante Alsina, Enrique Ramos Mejía, Jaime Anaya y Juan Carlos Cassagne. Otorgado en junio de 1996.
- **Premio** “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba” en Derecho Civil, año 1993.
- **Jurado** en Concurso Público de antecedentes y oposición para cubrir un cargo del vocal en la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Provincia de Buenos Aires. Poder Judicial de la Nación-Consejo de la Magistratura, en la Ciudad de Buenos Aires, 23 de diciembre de 2002.
- **Jurado** de Concurso para Profesores Titulares de Derecho Reales, designado por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires. Expte. 693.552. Notificado el 5 de febrero de 1997.

- **Jurado** Suplente de Concurso para Profesores Adjuntos de Obligaciones Civiles y Comerciales, designados por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires. Expte. 693.504. Notificado el 5 de febrero de 1997.
- **Fundador y Director** de la Revista de Derecho de Daños, revista jurídica especializada trimestral. Dirección: Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti. Dirección Ejecutiva: Julio César Rivera. Consejo de Redacción: Héctor Alegría, Alberto Bueres, Elena Highton, Aida Kemelmajer de Carlucci, Horacio Roitman, Eduardo Zannoni.
- **Miembro del Consejo Directivo** de la Revista de Derecho Privado y Comunitario. Dirección: Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe. Dirección Ejecutiva: Julio César Rivera. Consejo de Redacción: Alberto Bueres, Elena Highton, Aida Kemelmajer de Carlucci, Ricardo Luis Lorenzetti, Horacio Roitman, Eduardo Zannoni.
- **Director** del Curso de Actualización de Jurisprudencia de la Revista Jurídica La Ley.
- **Director** de la Colección de Daños de la Editorial Lexis-Nexis.

Brasil

- **Conferencista**, Universidad de San Pablo.
- **Profesor en el Doctorado y Conferencista**, Universidad de Porto Alegre.
- Reconocimiento del Instituto “Derecho por un planeta verde” de Brasil, por sus trabajos en derecho ambiental, San Pablo.

Chile

- **Profesor** en la Maestría de Derecho Privado, Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

EEUU

- **Profesor asistente**, Universidad de Austin, Texas.

Italia

- **"Orden de la Estrella de la Solidaridad Italiana"** (“Grande Ufficiale dell’Ordine della Stella della Solidarietà italiana”) máximo grado “Gran Oficial” otorgado por el Gobierno de Italia a personalidades destacadas de la sociedad civil en el mundo, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2009.

- **Conferencista** en Jornadas de Actualización de Derecho Civil, Universidad de Roma “Tor Vergata”.

México

- Venera “**Ius Ambiens-Lumen Orbis**”, otorgado por la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas, máxima condecoración que da la institución a juristas que se han destacado por su gran trayectoria académica e institucional, pero sobretudo por su gran humanismo y altruismo, México DF, México, 4 de octubre de 2006.
- **Distinción “Mérito Académico”**, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, por las aportaciones trascendentales al desarrollo del derecho ambiental “Por mi raza hablará el espíritu”, ciudad Universitaria-México, octubre de 2004.

Perú

- **Doctor Honoris Causa**, Universidad Nacional de Cajamarca, 25 de agosto de 2006.
- **Distinción Miembro Académico**, de la Academia Peruana de Derecho, Lima, 1 de diciembre de 2005.
- **Distinción Profesor Honorario**, Universidad Privada del Norte de Lima. Mediante resolución N° 10-2004-UPN-SAC, 07 de junio de 2004.
- **Distinción Honoris Causa** de la Universidad Privada de San Pedro de Trujillo, 22 de agosto de 2002.
- **Distinción Profesor Honorario** de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 28 de noviembre de 2001.
- **Honor al Mérito** por participación como expositor en el Seminario Internacional denominado “Teoría General del Contrato” realizado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Universidad del Perú, Decana de América) Facultad de Derecho y Ciencia Política, 27 de noviembre de 2001.
- **Visitante Ilustre**, Colegio de Abogados de Arequipa, 13 de noviembre de 2000.
- **Profesor honorario** de la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, 16 de noviembre de 2000.

Uruguay

- **Profesor Visitante**, Universidad de la República Regional Norte del Uruguay, Salto-Uruguay, 8 noviembre de 2002.
- **Profesor emérito**, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

Libros*Argentina*

1. *"Justicia Colectiva"*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2010, 344 p.
2. *"Consumidores" 2ª edición actualizada*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2009, 688 p.
3. *"Teoría del Derecho Ambiental"*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 320 p.
4. *"Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de derecho"*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2005, 512 p.
5. *"Tratado de los contratos-Parte general"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2004, 800 p.
6. *"Consumidores"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2003, 568 p.
7. *"Contratos - Parte especial"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2003.
8. *"Defensa del consumidor"*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2003, 547 p. [Jornadas sobre "Defensa del Consumidor: balance a diez años de vigencia de la ley 24.240" realizadas en la Universidad Austral, los días 24 y 25 de abril de 2003 (Escrito por Ricardo Luis Lorenzetti: Capítulo II "La relación de consumo -Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor", p. 63 a 97)].
9. *"Obligaciones en pesos y en dólares"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2003. En colaboración con Dres.: Trigo Represas - Gherzi - Maiztegui Martínez - Suárez - Ackerman - Lovece - Wingarten - Mosset Iturraspe - Enderle - Arazi - Rojas - Falcon - Rosatti, total 772 p., escritas por Lorenzetti: Capítulo III "Contratos de mutuo y locación" p. 65 a 105.
10. *"La emergencia económica y los contratos"*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2002, 399 p.

11. *“Comercio electrónico”*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2001, 331 p.
12. *“Tratado de los contratos”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2000. Tres tomos con un total de 2.500 páginas.
13. *“Los derechos de los médicos y los pacientes: ¿conjunción o contradicción?”*, en *“Daños - Medio Ambiente - Salud - Familia - Derechos Humanos”*, Rubinzal y Culzoni, año 2000.
14. *“Digesto de Derecho de Daños”*, Tomos I, II, III y IV (dedicados a la parte general, procesal, y cuantificación en el derecho de daños), Buenos Aires, Editorial La Ley, 1999.
15. *“La empresa médica”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, 580 p.
16. *“Responsabilidad civil del médico”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1997. Tomo I, 512 p. y Tomo II, 477 p.
17. *“Las normas fundamentales de derecho privado”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1995, 552 p.
18. *“La responsabilidad profesional”-Comentario a los proyectos de reforma del Código Civil—*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1994, 316 p.
19. *“Responsabilidad por daños derivados de los accidentes de trabajo”*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, 334 p.
20. *“Defensa del consumidor —Ley 24.240—”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1993, 535 p. En colaboración con Jorge Mosset Iturraspe.
21. *“Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el derecho argentino”*. Buenos Aires, Editorial Larroca, 1993. En homenaje a Félix Alberto Trigo Represas. *“Derecho de Daños: segunda parte”*.
22. *“Responsabilidad civil del farmacéutico y del vendedor de medicamentos no fabricante”*, en *“Las responsabilidades profesionales”*, libro en Homenaje al Prof. Luis Andorno. Director: Augusto Morello. Lep. 1992.
23. *“La ley monetaria y la doctrina: el precipitado de la interpretación”*, en *Convertibilidad del Austral - Tercera serie”*, Director: Luis Moisset de Espanés. Editorial Zavalía, 1991.

24. *“Responsabilidad objetiva en materia de contratación”*, en *“Daños”* (Mosset Iturraspe-Díez-Picazo-Busnelli-Perret-Da Couto e Silva), Editorial Depalma, 1991.
25. *“Contratos médicos”*, Buenos Aires, Editorial Larroca, 1991, 407 p. En colaboración con Jorge Mosset Iturraspe. Escritos por Jorge Mosset Iturraspe: tres capítulos y por Ricardo Luis Lorenzetti: nueve capítulos, 355 p.
26. *“La economía del derecho: la culpa y el riesgo”*, en *“Derecho de daños”*, en Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, Director: Alberto Bueres, Editorial Abeledo-Perrot, 1990.
27. *“Derecho monetario”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1989. En colaboración con Jorge Mosset Iturraspe, Parte especial 270 p.
28. *“Convenciones colectivas de trabajo”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1988, 270 p.
29. *“Responsabilidad civil del médico”*, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1986, 357 p. Prólogo Jorge Mosset Iturraspe.
30. *“Responsabilidad civil de los médicos y entidades asistenciales”*, en *“Derecho de Daños”*, Directores: Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz. Buenos Aires, Editorial Larroca, 1988.
31. *“Diccionario de derecho social”*, Dirigido por Rodolfo Capon Filas y Eduardo Giorlandini. Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1987.

Brasil

1. *“Teoria Geral do Direito Ambiental”*, Editora Revista Dos Tribunais, junio de 2010.
2. *“Teoria da Decisão Judicial. Fundamentos de Directo” 2 Ed.* Tradução Bruno Miragem, Notas e revisão da tradução, Editora Revista dos Tribunais, 2010, 395p.
3. *“Servicos e contratos cativos de longa duracao: estudos para uma teoria sistematica do contrato no codigo civil de 2002 e no codigo de defesa do consumidor”*. En coautoria con Claudia Lima Marques. En prensa Revista dos Tribunais.
4. *“Teoría general del contrato”*, traducido y en prensa, en la Revista dos Tribunais.
5. *“Comércio eletrônico”*, traducido de Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo-Brasil, Editora Revista Dos Tribunais Ltda., 2004, 510 p.

6. *“Direito e internet”*, dirigido por Dr. Newton De Lucca. Edipro, São Paulo, Brasil, 2000, 512 p.
7. *“Fundamentos do direito privado”*, São Paulo, Brasil, Revista dos Tribunais, 1998, 613 p.

Colombia

1. *“Comercio electrónico 3. Instituciones de Derecho Privado”*, Dirección: Ricardo Luis Lorenzetti y Carlos Alberto Soto Coahuila. Lima-Perú. Editorial ARA Editores Lima-Perú y Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 2003, 886 p.

España

1. *“Responsa iurisperitorum digesta-vol. iv”*, en colaboración con Dres. Torcal, Montero, Cascajo Castro, Pavarini, López-Casanovas, Garro, Muñoz Garrido, Ferré Olivé, Hassemmer, Calvo Sánchez, Noggler y Tejerizo López, Salamanca - España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, total 322 p. Escritas por Ricardo Luis Lorenzetti: “Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, p. 47 a 82.

México

1. *“Teoría del Derecho Ambiental”*, Iztapalapa, Ediciones Porrúa, 28 de julio de 2008, 190 p.

Perú

1. *“Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado”*, con prólogo de Fernando De Trazegnies Granda, Editorial Jurídica Grijley, Septiembre de 2006, 485p.
2. *“Responsabilidad Civil de los Médicos”*, con Prólogo de Fernando Vidal Ramírez, Editorial Jurídica Grijley, Octubre de 2005.-
3. *“Fundamentos de Derecho Privado”*, con prólogo de Fernando de Trazeignies, en prensa.
4. *“Responsabilidad civil del médico”*, en prensa.
5. *“Teoría general del contrato”*, en prensa.

Uruguay

1. *“Daño a la persona”*. Montevideo, Uruguay, Editorial del Foro, 1996. Mosset Iturraspe - Fernández Sessarego - Lorenzetti - Ordoqui Castilla. En homenaje a Fernando Fueyo Laneri.

Artículos publicados

Argentina

1. *“La decisión judicial en casos constitucionales”*, La Ley, del día 01 de noviembre de 2010.
2. *“Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica”*, Revista Latinoamericana de Derecho, N° 5, 2006.
3. *“Concepciones sobre el modelo del contrato”*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley VII N° V Mayo de 2005, Sec. Doctrina Esencial, Buenos Aires, 2005, página 1.
4. *“El paradigma del estado de derecho”*, La Ley, 2005-F, Buenos Aires, 2005, página 1415.
5. *“El problema de la previsibilidad en la regla contractual como incentivo a las inversiones. Inversiones extranjeras”*. Derecho del Comercio Internacional: Temas y Actualidades, Buenos Aires, 2005, Zavalía, Volumen 3, ps. 48 a 64.
6. *“Daños causados al contrato o por el contrato”*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley VI N° 4 Mayo de 2004, Sec. Doctrina Esencial, Buenos Aires, 2004, página 1.
7. *“La compraventa de consumo”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2004-1 Compraventa – II, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 7 a 35.
8. *“La salida de la emergencia: composición institucional y revisión de los contratos”*, El Contrato Administrativo en la Actualidad, Suplemento Especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley, mayo de 2004, ps. 29 a 38.
9. *“Las reglas de conducta y los contratos”*, Jurisprudencia Argentina, 15 de octubre de 2003.
10. *“Derechos Reales y Derecho Ambiental: ¿Qué fue, qué es y qué será el agua para el derecho?”*, Revista La Ley, Sup. Derecho Ambiental, X N° 3, Buenos Aires, lunes 14 de julio de 2003, ps. 2 a 5.
11. *“Sobre los proyectos de creación de las Cajas Profesionales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, Revista La Ley, ISSN 0024-1636, Sec. Doctrina, Buenos Aires, lunes 9 de junio de 2003, ps. 1 y 2.
12. *“Fundamento constitucional de la reparación de los daños”*, L.L. Aniv. de la Constitución Nacional, número especial del Sup. de De-

- recho Constitucional, Sec. Doctrina, Buenos Aires, abril de 2003, ps. 106 a 120; La Ley, 2003-C, Buenos Aires, página 1184.
13. "*La responsabilidad civil*", La Ley, 2003-A, Sec. Doctrina, Buenos Aires, marzo de 2003, ps. 973 a 994.
 14. "*Nunca más: emergencia económica y derechos humanos*", La Ley, 2003-A, Sec. Doctrina, Buenos Aires, marzo de 2003, ps. 1207 a 1221.
 15. "*La nueva ley ambiental argentina*", Doctrina La Ley, 2003-C, Buenos Aires, 2003, página 1332.
 16. "*El acto ilícito civil que es a la vez delito penal. El dolo en la responsabilidad civil contractual y extracontractual*", Revista Derecho de Daños 2002-3 Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal, sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, ps. 7 a 39.
 17. "*Contratos en la emergencia económica: Pesificación – Obligaciones en mora (un modelo de interpretación)*", La Ley, 2002-F, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 27 de septiembre de 2002, ps. 1085 a 1097.
 18. "*La ley argentina de firma digital*", Revista de Derecho Comparado, 5, Comercio electrónico, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2002, página 103.
 19. "*Culpas concurrentes*", Revista de Derecho de Daños 2002-1- Accidentes de tránsito, Sec. Jurisprudencia Anotada, Buenos Aires, 2002, ps. 53 a 69.
 20. "*La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia*", Revista de Derecho Privado y Comunitario 2002-1- Emergencia y pesificación, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2002, página 157.
 21. "*El error en el derecho del consumidor*", Revista Responsabilidad Civil y Seguros-La Ley IV N° 3 mayo junio 2002, Sec. Derecho Práctico, Buenos Aires, 2002, página 31.
 22. "*Contrato y negocio: la responsabilidad frente a los fenómenos de descentralización empresarial*", Revista de Derecho de Daños 2001-3-Daños en la actividad comercial, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 2001, ps. 241 a 271.
 23. "*Estado de derecho y estado de necesidad – Una reflexión acerca de la Constitución y los derechos individuales*", La Ley, 2001-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, septiembre de 2001, ps. 1382 a 1395.

24. *“El fraccionamiento de la responsabilidad laboral. La solidaridad en el Contrato de Trabajo”*, Revista de Derecho Laboral, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, Volumen: 2001-1, ps. 113 a 134.
25. *“Vínculos asociativos entre pequeñas y medianas empresas”*, La Ley, 2001-B, Sec. Doctrina, Buenos Aires, agosto de 2001, ps. 961 a 968.
26. *“Daños por el incumplimiento de la obligación de escriturar”* Revista de Derecho Privado y Comunitario 2001-3 – Boletín de Compraventa, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 169 a 186.
27. *“Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”*. Nota a fallo, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 2000, Volumen 2000-II), ps. 235 a 242.
28. *“La Corte Federal fija su posición en la responsabilidad civil por accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en rutas”*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros Volumen 2000, La Ley, 2000, Buenos Aires, ps. 289 a 302.
29. *“Comercio electrónico y defensa del consumidor”*, La Ley, 2000-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, noviembre de 2000, ps. 1003 a 1012.
30. *“La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”*, La Ley, 2000-D, Sec. Doctrina, noviembre de 2000, Buenos Aires, ps. 1155 a 1174.
31. *“Responsabilidad del Estado frente a los derechos humanos”*, Revista Derecho de Daños, N° 9, Responsabilidad del Estado, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, 2000, Buenos Aires, ps. 241 a 269.
32. *“La empresa profesional: sociedad y contratos asociativos de profesionales”*, Revista Derecho de Daños, N° 8, Daños Profesionales, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2000, ps. 207 a 236.
33. *“Transporte multimodal: calificación y responsabilidad”*, Revista Derecho de Daños, N° 7, Daños en el transporte, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, ps. 85 a 94.
34. *“Esquema de una teoría sistémica del contrato”*, La Ley, 1999-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1999, ps. 1168 a 1185.
35. *“El contrato de tiempo compartido. Time Sharing”*, La Ley, 1999-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1999, ps. 1097 a 1100.

36. *"Análisis económico del derecho: valoración, crítica. Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional"*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 21, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, ps. 61 a 90.
37. *"La adjudicación del riesgo probatorio"*, Revista de Derecho de Daños, N° 5, Buenos Aires, julio de 1999, ps. 31 a 58.
38. *"El seguro de salud"*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 20, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, mayo de 1999, ps. 17 a 62.
39. *"La ley de medicina prepaga en Brasil"*, Jurisprudencia Argentina, Volumen 1999-IV, Buenos Aires, 1999, ps. 1212 a 1218.
40. *"Sistema jurídico del Mercosur"*, La Ley, 1998-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1998, ps. 1258 a 1275.
41. *"Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?"*, Revista de Derecho de Daños, N° 3, Buenos Aires, noviembre de 1998, ps. 157 a 174.
42. *"Contrato de seguro: la cláusula claims made"*, La Ley, 1998-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, septiembre de 1998, ps. 1174 a 1178.
43. *"Contratos y deberes secundarios de conducta"*, La Ley, 1998-B, Sec. Doctrina, junio de 1998, Buenos Aires, ps. 1004 a 1015.
44. *"Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad"*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 17, Sección Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, mayo de 1998, ps. 207 a 261.
45. *"El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores"*, LL.1998-A, Sec. Doctrina, Buenos Aires, abril de 1998, ps. 1039 a 1054.
46. *"Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente"*, La Ley, 1998-A, Sec. Doctrina, Buenos Aires, abril de 1998, ps. 1024 a 1032.
47. *"Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión"*, Revista de Derecho de Daños, N° 1, Buenos Aires, marzo de 1998, ps. 67 a 112.
48. *"Abuso del derecho, contratos de duración y distribución"*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 16, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, febrero de 1998, ps. 85 a 125.

49. *“La protección jurídica del ambiente”*, La Ley, 1997-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1997, ps. 1463 a 1479.
50. *“El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración (a propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia)”*, La Ley, 1997-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1997, ps. 1103 a 1112.
51. *“Responsabilidad directa e indirecta de la empresa médica”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 15, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, octubre de 1997, ps. 337 a 381.
52. *“Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”*, J.A., Buenos Aires, 3 de septiembre de 1997.
53. *“Daño moral colectivo”*, J.A., comentario a fallo, Buenos Aires, 2 de septiembre de 1997.
54. *“El objeto y las prestaciones en contratos de larga duración (a propósito de la medicina prepaga, servicios educativos, contratos de suministro y asistencia)”*, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 27 de agosto de 1997.
55. *“Cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga”*, J.A., Buenos Aires, 13 agosto de 1997.
56. *“La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos”*, La Ley, 1997-A, Sec. Jurisprudencia, Buenos Aires, abril de 1997, ps. 188 a 202.
57. *“Teoría general de la distribución de la carga probatoria”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 3 de febrero de 1997, ps. 61 a 95.
58. *“Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos”*, La Ley, 1997-F, Sec. Jurisprudencia, Buenos Aires, febrero de 1997, ps. 601 a 609.
59. *“La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Área regional Mercosur”*, La Ley, 1996-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1996, ps. 1303 a 1320.
60. *“Contratos modernos: conceptos modernos. Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractuales mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad”*, La Ley, 1996-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 25 de octubre de 1996, ps. 851 a 867.

61. *“Teoría general del Derecho de Familia: El conflicto entre los incentivos individuales y grupales”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 12, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 16 de septiembre de 1996, ps. 9 a 48.
62. *“Sistema de Derecho Privado actual”*, La Ley, 1996-C, Sec. Doctrina, 5 de septiembre de 1996, ps. 1337 a 1352.
63. *“Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”*, La Ley, 1996-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 8 de agosto de 1996, ps. 1058 a 1072.
64. *“Nuevos enfoques en materia de responsabilidad profesional”*, La Ley, 1996-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 10 de junio de 1996, ps. 1172 a 1188.
65. *“Las nuevas fronteras de la Responsabilidad por daños”*, La Ley, 1996-B, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 9 de mayo de 1996, ps. 1107 a 1118.
66. *“La protección de los mandantes frente a los administradores de fondos de pensión y de inversiones”*, J.A., Buenos Aires, 21 de febrero 1996.
67. *“Cuál es el cemento que une las redes de consumidores, de distribuidores o de paquetes de negocios (aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo)”*, La Ley, 1995-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 15 de noviembre de 1995, ps. 593 a 603.
68. *“Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades-tutela del mercado y amparo)”*, La Ley, 1995-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 17 de octubre de 1995, ps. 1013 a 1025.
69. *“La función delimitadora de las normas de Derecho Privado”*, La Ley, 1995-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 5 de septiembre de 1995, ps. 1220 a 1227.
70. *“El daño a la persona (solución de casos de colisión de derechos fundamentales)”*, La Ley, 1995-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 9 de agosto de 1995, ps. 1012 a 1023.
71. *“La tutela civil inhibitoria”*, La Ley, 1995-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 14 de julio de 1995, ps. 1217 a 1226.
72. *“Ineficacia y nulidad del objeto de los contratos: un enfoque basado en las normas fundamentales”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 8, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, junio de 1995, ps. 155 a 197.

73. *“El derecho privado como protección del individuo particular”*; Revista de Derecho privado y Comunitario, N° 7, Sec. Doctrina, diciembre 1994, ps. 54 a 86.
74. *“Nuevos paradigmas del Derecho Privado: el acceso a los bienes”*, La Ley, 1994-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 2 de noviembre de 1994, ps. 990 a 1003.
75. *“Análisis crítico de la autonomía privada contractual”*, J.A., Buenos Aires, 14 de septiembre de 1994.
76. *“El daño a la persona”*, La Ley, 1994-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 7 de septiembre de 1994, ps. 910 a 918.
77. *“Problemas actuales de la representación y el mandato”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 6, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, septiembre 1994, ps. 65 a 87.
78. *“La descodificación y fractura del Derecho Civil”*, La Ley, 1994-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 11 de agosto de 1994, ps. 724 a 740.
79. *“Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240”*, La Ley, 1994-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 7 de julio de 1994, ps. 918 a 922.
80. *“El derecho a rehusar tratamientos médicos y derecho a morir en la reforma del Código Civil”*, J.A., Buenos Aires, 8 junio de 1994.
81. *“El riesgo y el daño a la persona en la Corte Suprema”*, J.A., Buenos Aires, 11 de mayo de 1994.
82. *“Esquema de la responsabilidad por daños en la ley de protección del consumidor”*, J.A., Buenos Aires, abril de 1994.
83. *“Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de protección del consumidor”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 5, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, mayo 1994, ps. 171 a 190.
84. *“El fraude en el Derecho laboral”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, diciembre de 1993, ps. 283 a 304.
85. *“La responsabilidad civil como deuda, como crédito y como relación jurídica”*, La Ley, 1993-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 14 de octubre de 1993, ps. 1140 a 1160.

86. *“Participación plural: contratos asociativos y responsabilidad civil por actuación de equipos”*, La Ley, 1993-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 24 de agosto de 1993, ps. 770 a 777.
87. *“Constitucionalización del Derecho Civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema”*, La Ley, 1993-D, Sec. Doctrina, 10 de agosto de 1993, ps. 673 a 681.
88. *“Los contratos ante la emergencia económica”*, La Ley, 1993-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 4 de agosto de 1993, ps. 811 a 823.
89. *“La responsabilidad precontractual como atribución de los riesgos de la negociación”*, La Ley, 1993-B, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 5 de abril de 1993, ps. 712 a 721.
90. *“La economía de servicios y los contratos”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Sección Doctrina, Nº 3, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 21 de abril de 1993, ps. 295 a 323.
91. *“El contrato de factoring como contrato de garantía”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 2, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1993, ps. 231 a 255.
92. *“Los contratos asociativos y el joint venture”*, La Ley, 1992-D, Sec. Doctrina, noviembre de 1992, ps. 789 a 795.
93. *“El espíritu del derecho civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)”*, La Ley, 1992-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, ps. 1098 a 1104.
94. *“La lesión física a la persona, el cuerpo y la salud, el daño emergente y el lucro cesante”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 1, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1992, ps. 102 a 141.
95. *“La intervención legislativa por razones de emergencia económica, la protección de los débiles o del programa económico. La finalidad económica en el contrato público y la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 1, Sec. Doctrina, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1992, ps. 307 a 319.
96. *“La determinación del lucro cesante futuro”*, J.A., Buenos Aires, 22 de julio de 1992.
97. *“La legitimación pasiva y el litisconsorcio en el proceso de daños”*, La Ley, 1991-E, Sec. Jurisprudencia, Buenos Aires, febrero de 1992, ps. 586 a 594.

98. *“Notas para el régimen jurídico de los cementerios privados”*, La Ley, 1991-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, febrero de 1992, ps. 1132 a 1137.
99. *“Daños y perjuicios causados al juez por la promoción del juicio político”*, La Ley, 1991-E, Sec. Jurisprudencia, Buenos Aires, febrero de 1992, ps. 59 a 69.
100. *“Notas para una teoría de las obligaciones de hacer”*, La Ley, 1991-C, Sec. Doctrina, Buenos Aires, septiembre de 1991, ps. 878 a 888.
101. *“Responsabilidad civil del anestésista”*, Revista de Jurisprudencia Provincial, Vol. I, N° 4, Editorial Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, mayo de 1991, página 341.
102. *“Carga de la prueba en los procesos de daños”*, La Ley, 1991-A, Sec. Doctrina, Buenos Aires, abril de 1991, ps. 995 a 1003.
103. *“Salud y perjuicio: responsabilidad por daños derivada de la prescripción de medicamentos”*, La Ley, 1990-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, febrero de 1991, ps. 431 a 441.
104. *“El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”*, La Ley, 1990-B, Sec. Doctrina, Buenos Aires, julio de 1990, página 996 a 1004.
105. *“La economía del derecho”*, J.A., Buenos Aires, 9 de mayo de 1990.
106. *“El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”*, La Ley, 1990-B, Sec. Doctrina, Buenos Aires, 10 de abril de 1990, ps. 996 a 1004.
107. *“La obligación de medios y la responsabilidad del profesional”*, La Ley, 1989-D, Sec. Doctrina, diciembre de 1989, ps. 876 a 884.
108. *“Responsabilidad objetiva contractual”*, J.A., Buenos Aires, 17 de mayo de 1989.
109. *“Medicamentos y responsabilidad civil”*, La Ley, 1989-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, ps. 960 a 968.
110. *“Daño moral contractual derivado de la privación de bienes”*, La Ley, 1988-E, Sec. Doctrina, Buenos Aires, febrero de 1989, ps. 389 a 398.
111. *“La autonomía colectiva y privada en la modificación de condiciones de trabajo”*, La Ley, 1988-D, Sec. Doctrina, Buenos Aires, diciembre de 1988, ps. 1020 a 1025.

112. *“Causalidad y daño en el contrato de servicios profesionales”*, Doctrina Judicial, Buenos Aires, 3 de agosto de 1988.
113. *“La responsabilidad civil del médico en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial”*, L.L., 1988-B, Sec. Doctrina, Buenos Aires, julio de 1988, ps. 904 a 908.
114. *“Acerca de la noción de daño moral”*, Jurisprudencia de Entre Ríos, Nº 9, octubre 1985.
115. *“Importantes decisiones sobre la verificación del crédito laboral en el concurso”*, Zeus, Rosario, 19 de agosto de 1985.
116. *“Obligaciones de medios y de resultado”*, Jurisprudencia de Entre Ríos, diciembre 1984.
117. *“Notas sobre responsabilidad civil por omisión”*, Zeus, Rosario, 1983.
118. *“Contratos civiles y comerciales”*. Comentario de Rivera, Julio César, La Ley, 21 de junio de 2005, 3- Litoral 2005 (julio), 667.
119. *“La nueva ley ambiental argentina”*. La Ley, 2003-C, 1332.

Brasil

1. *“Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”*, en Revista de Direito do Consumidor, Nº 34, abril 2000, página 207.
2. *“Teoría sistémica del contrato”*, en Revista de direito do consumidor, febrero 2000.
3. *“Redes contractuales”*, Revista da Faculdade de direito da UFRGS, Porto Alegre, 1999, Nº 8.
4. *“Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros”*, Revista de direito do consumidor, octubre-diezembro 1998, página 2, Nº 28.
5. *“Contratos asociativos y joint Venture”*, publicado en Revista Direito de Empresa, Ed Max Limonad, São Paulo, Brasil, diciembre de 1996.
6. *“Nuevas fronteras del abuso del derecho”*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 85, vol 723, Janeiro 1996.
7. *“El sistema de la responsabilidad civil: una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica”*. Revista Juris, Porto Alegre, 1995, Nº 63.

8. *“Análisis crítico de la autonomía privada contractual”*, Revista do direito do consumidor, São Paulo, Saraiva, N° 13, 1995.

Colombia

1. *“Esquema de una teoría sistémica del contrato”*, en *“Instituciones de Derecho Privado”*, Director: Alterini-De los Mozos-Soto—, Editorial Temis, Bogotá, 2000.

México

1. *“Los servicios en la economía global: precisiones en la dogmática jurídica”*, Revista Latinoamericana de Derecho N° 5, 2006.
2. *“Contrato y negocio: la responsabilidad frente a los fenómenos de descentralización empresarial”*, Revista Latinoamericana de Derecho, México, Rubinzal-Culzoni, Volumen 2, ps. 163 a 193, 2004.

Perú

1. *“Fenómenos vinculados con la contractualización de la propiedad”*, Homenaje a Jorge Avendaño, Tomo II, Capítulo Quinto-Derechos Reales, Comité Editor: Javier de Belaunde López de Romaña; Alfredo Bullard González; Luis Pizarro Aranguren y Carlos Alberto Soto Coaguila, Editorial Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Perú, 2004, página 795.
2. *“Haciendo realidad los Derechos Humanos”*, Revista Jurídica del Perú, julio, 2002.
3. *“El contrato de tiempo compartido (time sharing)”*, Contratación Privada-Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código europeo de contratos, Editorial Jurista Editores, Lima - Perú, junio de 2002, página 337.
4. *“La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”*, Contratación Privada-Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código europeo de contratos, Editorial Jurista Editores, Lima - Perú, junio de 2002, página 35.
5. *“Análisis económico del Derecho: Valoración, crítica - Hacia una teoría de la acción individual y colectiva en un contexto institucional”*, Revista Jurídica del Perú, junio, 2002.
6. *“Teoría general de derecho de familia: el conflicto entre los incentivos individuales y grupales”*, Revista “Actualidad jurídica, T.87, febrero 2001.

7. *“Responsabilidad directa e indirecta de la empresa por servicios médicos”*, Revista Jurídica del Perú, abril 2001.
8. *“El daño a la persona: solución de casos de colisión de derechos fundamentales”*, Revista Jurídica del Perú, septiembre 2001.
9. *“Análisis crítico de la autonomía privada contractual”*, Balance y Perspectivas, Congreso Internacional Universidad de Lima, t. II, 1995.
10. *“El daño a la persona”*, Revista jurídica del Perú. XLV, 1, marzo 1995.
11. *“El derecho privado como protección del individuo particular”*, Revista Jurídica del Perú XLIV, 1, 15 de diciembre de 1994.

Uruguay

1. *“Esquema de una teoría sistémica del contrato”*, en libro Homenaje a Jorge Gamarra, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, página 241.
2. *“Los contratos ante la emergencia económica”*, en Anuario de Derecho Civil uruguayo, T.XXIII, 1993.
3. *“Nuevas fronteras del abuso del derecho”*, Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Tomo 80, número extraordinario.

Conferencias

Argentina

1. Conferencias de Apertura y Cierre, IV Conferencia Nacional de Jueces “Justicia para todos”, Buenos Aires, 2 y 3 de septiembre 2010.
2. “Perspectivas Económicas y Políticas “Cumbre empresarial Council of the Americas “, organizan: Council of the Americas y Cámara Argentina de Comercio, Buenos Aires, 26 de agosto 2010.
3. “Derecho Privado colectivo”, Conferencia de clausura en el Congreso “Los desafíos del derecho privado en el bicentenario”. Presidentes del Congreso: Atilio A. Alterini-Ricardo L. Lorenzetti. Facultad de Derecho UBA, Buenos Aires, 19 y 20 de mayo 2010.
4. Independencia Judicial”, Asamblea Ordinaria de la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM) y Reunión del Grupo Iberoamericano de la Unión Internacional de Magistrados (UIM), Mar del Plata, 16 de abril de 2010.

5. Conferencia de Apertura, Primera Jornada Nacional sobre Derecho del Consumidor, Unidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Departamento de Derecho Económico y Empresarial, Buenos Aires, 13 y 14 de abril de 2010. Empresarial, Buenos Aires, 13 y 14 de abril de 2010.
6. Conferencia de Cierre, Segundo Congreso Internacional de Abogacía Pública en los Umbrales del Bicentenario, Administración, Derechos Fundamentales y Justicia Social, Procuración del Tesoro de la Nación, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Buenos Aires, 17 de noviembre de 2009. 17 de noviembre de 2009.
7. “Nuevas tendencias en la jurisprudencia latinoamericana sobre la libertad de prensa”. 65ª Asamblea General de la Sociedad Interamericana de Prensa, Buenos Aires, 9 de noviembre de 2009.
8. “Las acciones de clase en el Derecho Argentino”, Jornada: “Acciones de clase. Cuestiones procesales y constitucionales”, organizada por: la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella y la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP), Buenos Aires, 3 de noviembre de 2009.
9. “La reciente reunión de la organización de Cortes Supremas de las Américas: La nueva agenda de cooperación jurídica internacional”, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales - CARI, Buenos Aires, 13 de octubre de 2009.
10. “El Poder Judicial como soporte de la Institucionalidad”, 30º Convención del Instituto Argentino de Ejecutivos de Finanzas - IAEF, “Construyendo Consensos para enfrentar desafíos”, Hotel Rayentray, Puerto Madryn, Chubut, 1 al 4 de Octubre de 2009.
11. “El Poder Judicial en la República Argentina”, Consejo Interamericano de Comercio y Producción Capítulo Argentino - CICYP, Alvear Palace Hotel, Buenos Aires, 30 de septiembre de 2009.
12. “El Rol de la Justicia en los Procesos Ambientales”, Estado actual del Derecho sobre la Conservación del Recurso Suelo: Estrategias y Visión, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 28 de septiembre de 2009.
13. “Contratos y consumo”, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil”, Córdoba, 23 al 25 de septiembre de 2009.

14. Conferencia de cierre en las XXV Jornadas Nacionales y el V Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Paraná, Entre Ríos, 18 de septiembre de 2009.
15. “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, Reunión del Rotary Club de Buenos Aires, Plaza Hotel, Buenos Aires, 9 de septiembre de 2009.
16. Conferencia de apertura “Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas”, Buenos Aires, 3 y 4 de septiembre de 2009.
17. VII Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR, Buenos Aires, 2 de septiembre de 2009.
18. “Derechos Humanos: los avances y desafíos en el hemisferio”, Presentación de la Revista American Quarterly, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 24 de agosto de 2009.
19. “Justicia y Ambiente”, V Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente “Hacia el Bicentenario en Justicia, Paz y Solidaridad”, Hotel Alejandro I – Balcarce 252, Salta, 13, 14 y 15 de agosto de 2009.
20. “La sentencia judicial en los procesos ambientales” conferencia de apertura en la I Jornada Tucumana Internacional de Derecho Ambiental organizada por: Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de Las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comisión Derecho Ambiental, Facultad De Derecho Y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Tucumán; San Miguel de Tucumán, 18 de junio de 2009.
21. Responsabilidad de los jueces en la realización de los derechos humanos”, Congreso Internacional “Derecho y Sociedad”, en el marco de los festejos por los 75 años de vida de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 de junio de 2009.
22. “El trascendente rol de la justicia argentina en los ciclos de Crisis y Progreso”, XII Encuentro Anual “Argentina: de las crisis al progreso. El desafío de los dirigentes” organiza Asociación Cristiana de dirigentes de Empresa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de junio de 2009.
23. “Teoría general de la implementación: Enforcement y compliance”, Conferencia en el III Congreso de Jueces del Mercosur “Cumplimiento de la ley y ejecución de las sentencias”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de noviembre de 2008.

24. “Derechos humanos y derecho ambiental”, Congreso Internacional de Derecho Ambiental: “Ordenamiento Ambiental Del Territorio de las Ciudades”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 5 de noviembre de 2008.
25. 44º Coloquio Anual de IDEA, Mar del Plata, Buenos Aires, 29 al 31 de octubre de 2008.
26. Conferencia de clausura, XXXIV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo y IV Congreso Internacional de Santa Fe: “La Responsabilidad en el Ámbito del Derecho Público”, Centro de Convenciones Los Maderos Complejo Puerta Rivera - Dique 1, Puerto de Santa Fe, Santa Fe, 22, 23 y 24 de octubre de 2008.
27. XI Congreso Argentino y Jornadas Internacionales de Derecho del Consumidor, en Homenaje al Dr. Rubén S. Stiglitz, “a quince años de vigencia de la ley de Defensa del Consumidor”, San Juan, del 15 al 17 de octubre de 2008.
28. Conferencia de Apertura, Jornadas Internacionales de Ambiente y Consumo, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 9 de octubre de 2008.
29. “Construcciones de los derechos fundamentales”, Seminario Internacional de Derechos Fundamentales (DAAD/UBA) Facultad de Derecho (UBA), 8 de octubre de 2008.
30. La Justicia y el Seguro, Foro Nacional del Seguro 2008, organizado por la Asociación Argentina de Productores Asesores de Seguros (AAPAS) y las publicaciones Mercado Asegurador y Todo Riesgo, Hotel Panamericano, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de septiembre de 2008.
31. “La Justicia en la Argentina actual”, Jornada sobre “Fe, Justicia y Compromiso Ciudadano” Universidad Católica Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de septiembre de 2008.
32. Segunda Jornada Programa FORJAD único expositor, Palacio San Martín, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12 de septiembre de 2008.
33. “Recepción del derecho internacional por parte de los tribunales argentinos, y especialmente en la Corte Suprema. Doctrina y Jurisprudencia Nacional”, Panel de presentación del libro “La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2005), organizado por CELS, Au-

ditorio de la Facultad de Derecho de la UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 de septiembre de 2008.

34. "Derechos Humanos en el siglo XXI", Conferencia Inaugural Fundación Huésped, Salones Palais Rouge, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 de septiembre de 2008.
35. "Como Funcionan los Tribunales Constitucionales en la División de Poderes, Modelos de Implementación. Ventajas y Desventajas" panel compartido con el Dr. Eduardo Mac Gregor (México) y Domingo Garcia Belaunde (Perú), Congreso de Derecho Procesal y Constitución, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de agosto de 2008.
36. "Tribunales Constitucionales", Congreso de Derecho Procesal y Constitución, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de agosto de 2008.
37. Jornada: "Derecho Constitucional y Economía" La Interpretación Económica de la Constitución, La Constitución como contrato social, La Regulación Económica, Las consecuencias económicas de los fallos judiciales, Los procesos colectivos y las acciones de clase, Facultad de Derecho, UBA, Salón Rojo UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 19 de agosto de 2008.
38. Foro Argentino sobre el Antisemitismo Internacional, organizado por el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) y B'nai B'rith Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 06 de agosto de 2008.
39. "Eficacia en el servicio de justicia", Jornadas Internaciones de Derecho, Universidad Austral, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 03 de julio de 2008.
40. "El paradigma ambiental", Conferencia del SELA, Hotel Milton, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 26 de junio de 2008.
41. Acto de apertura, XIV Conferencia de la Asociación de Organismos Electorales de América del Sur (Protocolo de Quito), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de junio de 2008.
42. Congreso Internacional de Derecho Ambiental, Organizan: Colegio de Abogados, Universidad Católica de Misiones, Instituto Planeta Verde - Argentina - Brasil, Posadas, Misiones, 29 al 31 de mayo de 2008.
43. "Liderazgo responsable, problemas globales y soluciones locales", evento "Jornada Anual Internacional de la IAJLJ", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 28 de mayo de 2008.

44. “La información como uno de los ejes del proceso de cambio”, Seminario Prensa y Justicia: Hacia una mejor calidad informativa, organizado por Centro de Información Judicial (CIJ) y Foro de Periodismo Argentino (FOPEA), Universidad de Palermo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16 de mayo de 2008.
45. “Justicia: ¿Árbitro o gobernante, un falso dilema?”, evento “Los desafíos de la Justicia 2008” organizado por CIPPEC y Fundación Noble del Grupo Clarín, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de mayo de 2008.
46. “Acceso a la justicia de los Sectores Vulnerables”, Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, Hotel Posada Los Álamos Salon Aonikenk, El Calafate, Santa Cruz, 12 al 14 de marzo de 2008.
47. “Las condiciones institucionales para el Desarrollo”, 13º Conferencia Industrial Argentina “De la recuperación industrial a un proyecto de desarrollo”, Hotel Sheraton de la Ciudad de Pilar, Pcia. Buenos Aires, 14 y 15 de noviembre de 2007.
48. “Fundamentos constitucionales de la Responsabilidad Civil”, IX congreso Internacional de Derecho de Daños - Derecho Tecnológico, Facultad de Derecho, UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12 de octubre de 2007.
49. “Poder Judicial, Independencia, gestión y servicio a la sociedad”. Políticas de Estado para el Poder Judicial. II Conferencia Nacional de Jueces, Salta, 13 de Septiembre de 2007.
50. “Independencia Judicial, Control de los Actos de Gobierno y Corrupción”, Curso “Los Desafíos de la Justicia” organizado por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para Equidad y el Crecimiento (CIPPEC), Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura y Fundación Noble, Auditorio del Diario Clarín, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12 de septiembre de 2007.
51. XXVI Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 3 y 4 de septiembre de 2007.
52. “El impacto en el Derecho Civil y de Daños”, Cuartas Jornadas Latinoamericanas sobre Medio Ambiente, Centro Cívico Gran Bourg, Salta, 23, 24 y 25 de agosto de 2007.
53. “Las nuevas tendencias de la responsabilidad civil” conferencia inaugural, Congreso Nacional de Derechos Humanos y Derecho

- Privado, Foro de Derecho Privado Latinoamericano-Fundación Justicia para Todos, Resistencia, Chaco, 16 y 17 de agosto de 2007.
54. Jornada Provincial de Capacitación de Defensa del Consumidor, Programa Consumidores Activos, Municipalidad de Rafaela, Santa Fe, 6 de julio de 2007.
 55. “El Paradigma Ambiental”, Aula Magna Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Santa Fe, 14 de junio de 2007.
 56. “Horizontes del Activismo Judicial”, Seminario Perspectivas Actuales del Control de Constitucionalidad Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Fundación Konrad Adenauer, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de junio de 2007.
 57. “El paradigma ambiental”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional, organizado por el Centro de Estudiantes y el Instituto “El Derecho por un Planeta Verde de Córdoba, Córdoba, 10 de mayo de 2007.
 58. “El paradigma ambiental”, Salta, 18 de abril de 2007.
 59. “El paradigma ambiental”, Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, Villa La Angostura, 22 y 23 de marzo de 2007.
 60. “La responsabilidad civil: perfiles actuales de la jurisprudencia de la Corte Suprema”. Seminario “Derecho de daños y tutela del medio ambiente”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT), San Miguel de Tucuman, 15 de febrero de 2007.
 61. “El contexto institucional: Marco Jurídico para las inversiones” 54º Convención Anual de la Cámara Argentina de la Construcción Sheraton Hotel, Buenos Aires, 22 de noviembre de 2006.
 62. “El caso Simon y sus proyecciones en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino”, XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo: “El Derecho Administrativo Argentino. Actualidad y Perspectivas”, Salta, 25, 26 y 27 de octubre 2006.
 63. “Presente y futuro de la responsabilidad civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, conferencia de apertura al IV Congreso Iberoamericano de Derecho Civil y al II Congreso Internacional de Derecho Privado, San Carlos de Bariloche, Río Negro, del 19 al 21 de octubre 2006.

64. "Tutela del Medio Ambiente", Seminario "Derecho Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a 10 años de la Constitución Local", Buenos Aires, 9 de octubre de 2006.
65. "La decisión arbitral y los fundamentos de derecho", Jornada sobre Arbitraje Institucional y Mediación Penal, salón auditorio de la UCES, Buenos Aires, 30 de agosto de 2006.
66. Conferencia inaugural III Congreso Nacional de Derecho en Rafaela "Derecho Ambiental y Desarrollo", Universidad Católica de Santiago del Estero, Rafaela, Provincia de Santa Fe, 28 y 29 de agosto de 2006.
67. Primer Coloquio Anual para Magistrados, organizado por George Mason University Law & Economics Center, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 17 y 18 de mayo de 2006.
68. Tercer Programa Regional Latinoamericano de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, Buenos Aires, 30 de junio de 2006.
69. "El rol Institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Seminario Interamericano sobre Gobierno Judicial, organizado por la Facultad de Derecho UBA con la coorganización del Centro de Justicia de las Américas - CEJA, Salón Rojo, 26 de junio de 2006.
70. Sesión del Grupo de Trabajo del Foro Global de Jueces, Buenos Aires, 14 de junio de 2006.
71. Primer Coloquio anual para Magistrados, organizado por George Mason University Law & Economics Center y El Centro Latinoamericano del Caribe de Derecho y Economía, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 17 de mayo de 2006.
72. "Conferencia Nacional de Jueces - Jueces y Sociedad", disertante y miembro de la Presidencia del Congreso, Santa Fe, 30, 31 de marzo y 1 de abril de 2006.
73. IV Seminario Internacional de protección de datos personales, organizado por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 27 de marzo de 2006.
74. "I Congreso Latinoamericano de Derecho Privado", Disertante y Presidente del Congreso, San Miguel de Tucumán, 3 y 4 de noviembre de 2005.

75. "La sentencia judicial en casos complejos: constitución-principios jurídicos y teoría del Conflicto", Jornadas científicas de la Magistratura, S. C de Bariloche, 6 al 8 de octubre de 2005.
76. "La protección del ambiente en la Constitución Nacional", II Congreso Nacional de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 29, 30 de septiembre y 1º de octubre de 2005.
77. XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Miembro de la Comisión Académica, Buenos Aires, 22 al 24 de septiembre de 2005.-
78. "El acceso de las mujeres a la justicia en los países del Cono Sur", Honorable Senado de la Nación, Comisión Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración del centro de Estudios Legales y Sociales y el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, Buenos Aires, 13 de septiembre de 2005.-
79. "Desarrollo sustentable Panel V - Agua, Minería, Empresa, Estado y Sociedad", Jornadas sobre medio ambiente III Provinciales y II Latinoamericanas, Salta, 11, 12 y 13 de agosto de 2005.
80. "El derecho ambiental como nueva disciplina", Segundo Programa Regional Latinoamericano de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales, organizado por Ministerio de Medio Ambiente de España y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Oficina Regional para América Latina y el Caribe (PNUMA/OR-PALC), Panamá, 4 de agosto de 2005.
81. Apertura de la Jornada: Primer Programa de Capacitación Jurídica Ambiental para Jueces de Cortes Supremas y demás Tribunales de Justicia Argentina "Justicia y Ambiente" coordinado por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo sustentable y Secretaria de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 30 de junio de 2005.
82. "Protección Constitucional del Consumidor", VIIIº Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y Iº Jornadas Internacionales de Derecho del Consumidor: "A 20 años de las directrices de las Naciones Unidas sobre protección del consumidor." Organizado por el Centro Único de Derecho, Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, S. M. de Tucumán, 15 de abril de 2005 .
83. "Razonamiento Judicial en casos constitucionales", Corte Suprema de Justicia de Tucumán, 14 de abril de 2005.
84. "Derechos fundamentales. Derecho a la salud, a la vivienda digna, a la educación; experiencia jurisprudencial. El derecho antidiscri-

minatorio en la Constitución, la ley y la jurisprudencia”, Doctorado de la Universidad Católica del Rosario-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, 15 de noviembre de 2004.

85. “Los derechos de consumidores y usuarios y el medio ambiente”, en el marco del Ciclo: “A 10 años de la reforma de la Constitución Nacional – Balances y Perspectivas”, organizada por el Centro de Formación Judicial, realizadas en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, destinada a Magistrados, Integrantes del Ministerio Público, Funcionarios, Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, profesionales del derecho interesados en la materia, Buenos Aires, 29 de septiembre de 2004.
86. “El ambiente. Legitimación individual, grupal y difusa. Los principios en la ley ambiental Argentina. La experiencia jurisprudencial argentina”, Doctorado de la Universidad Católica del Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, 27 de septiembre de 2004.
87. “Problemas de causalidad: Análisis de jurisprudencia”, IIº Congreso Nacional de Derecho “El Derecho y la familia en los umbrales del siglo XXI” realizado en homenaje a la Profesora Doctora María Josefa Méndez Costa, organizado en forma conjunta por el Departamento Académico Rafaela de la Universidad Católica de Santiago del Estero y el Colegio de Abogados de la Quinta Circunscripción Judicial de la provincia de Santa Fe–Sede Rafaela, Rafaela-Santa Fe, 24 de septiembre de 2004.
88. “El daño. Nuevas concepciones. El daño a la persona. La causalidad”, Seminario-Contratos-Daños-Derecho Procesal, organizado por la Fundación Foro de Derecho Privado Latinoamericano, Jujuy, 11 de septiembre de 2004.
89. “El daño. Nuevas concepciones. El daño a la persona. La causalidad”, Seminario-Contratos-Daños-Derecho Procesal, organizado por la Fundación Foro de Derecho Privado Latinoamericano, Salta, 10 de septiembre de 2004.
90. “El derecho de propiedad en los contratos después de la devaluación. Cuantificación de las obligaciones de los contratos de derecho privado”, III Congreso Internacional. Derechos y Garantías en el siglo XXI. El Derecho y el Nuevo Contexto Mundial. Soberanía, Autodeterminación y Derecho Internacional Universalidad y Diversidad, organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, 9 de septiembre de 2004.

91. "El consumidor", Doctorado de la Universidad Católica del Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, 30 de agosto de 2004.
92. "Daños Masivos: Casos de Daño Ambiental, consumidores, productos elaborados, servicios públicos domiciliarios, acciones de clase", Jornada Intensiva de Responsabilidad Civil, Organizadas por Master Group, 26 agosto de 2004.
93. "Jurisprudencia sobre causalidad en la responsabilidad Civil – Responsabilidad por riesgo y actividades peligrosas", Curso sobre "Responsabilidad por daños. Derecho de las víctimas y de los consumidores", organizadas por la Fundación Foro de Derecho Privado Latinoamericano, Resistencia-Chaco, 20 de agosto de 2004.
94. "Responsabilidad por daños", Seminario de Actualización-Contratos y Daños, organizado por la Fundación Foro de Derecho Privado Latinoamericano, Río Gallegos-Santa Cruz, 7 y 8 de Julio de 2004.
95. "La responsabilidad", Doctorado de la Universidad Católica del Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, 5 de Julio de 2004.
96. "Incumplimiento contractual", Curso profundizado Teórico-Práctico en Instituciones de Derecho Privado, Colegio de Abogados de Córdoba, Córdoba, 25 de junio de 2004.
97. "Responsabilidades especiales por actos discriminatorios", en el marco de la materia "Responsabilidades Especiales II" Carrera de Especialización en Derecho de Daños, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica Argentina, Rosario, 18 de junio de 2004.
98. "El contrato", Doctorado de la Universidad Católica del Rosario-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, 7 de junio de 2004.
99. "Los principios del Derecho Privado y sus postulados", en el Doctorado de la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe, 28 de Mayo de 2004.
100. "Valoración económica de la degradación ambiental", Jornadas sobre Medio Ambiente-II Provinciales y I Latinoamericanas, Salta, 13 de Mayo de 2004.
101. "Causalidad. Teorías. Causalidad a nivel de auditoría", Profesor en la Carrera de Especialización en Derecho de Daños, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y

Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Mendoza, 30 abril de 2004.

102. “Bases constitucionales de la responsabilidad civil”, Diplomatura: La acción resarcitoria. Su ejercicio en sede civil y penal. Aspectos sustanciales y procesales, Universidad Empesarial Siglo 21 de Córdoba-Instituto de Derecho Privado Dr. Pedro León, Córdoba, 20 abril de 2004.
103. “La propiedad privada”, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 5 de abril de 2004.
104. “Responsabilidad por daño ambiental”, Carrera de Especialización en Derecho de Daños dependiente de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 28 de noviembre de 2003.
105. “Principios comunes en los contratos” - Elementos comunes en los Códigos Civiles de Argentina y Brasil en materia de contratación, Primer Congreso Argentino-Brasileño de Derecho, organizado por el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Foro de Derecho Privado Latinoamericano, Buenos Aires, 24 de octubre de 2003.
106. “Comienzo de la existencia de la persona humana”, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Nacional de Rosario; Universidad Católica Argentina y la Universidad de Buenos Aires, Rosario, 25 y 26 de septiembre de 2003.
107. “La nueva concepción del Derecho de Daños. La responsabilidad como deuda. La responsabilidad como crédito - Las funciones del Derecho de Daños. Los principios del Derecho de Daños. Las fuentes del Derecho de Daños”, Profesor Carrera de Especialización en Derecho de Daños, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Mendoza, 12 de noviembre de 2003.
108. “XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y la Fiscalía de Estado de la Provincia de Tucumán, San Miguel de Tucumán, del 27 al 29 de agosto de 2003.
109. “Obligaciones de dinero y de valor. Situación actual”, Jornadas de Derecho Civil, preparatorias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por el Inst. de Ciencias Jurídicas de

la provincia de Santa Fe, Inst. de Derecho Privado, Área Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 22 y 23 de agosto de 2003.

110. “Responsabilidad civil”, I Jornada de Derecho y Medicina Transfusional” C.A.ME.T., Buenos Aires, 21 de agosto de 2003.
111. XIV Congreso Nacional de Jóvenes Abogados, Federación Argentina de Colegios de Abogados, Santa Fe, 16 de agosto de 2003.
112. “La emergencia económica y los contratos” Revisión. Mora. Problemas actuales, Jornadas organizadas por el Foro de Actualización en Derecho Privado, San Miguel de Tucumán, 3 y 4 de julio de 2003.
113. “El contrato en la emergencia económica”, Ciclo de Conferencias “Contrato, Emergencia y Excesiva Onerosidad”, organizadas por el Instituto de Derecho Civil y la Coordinación de Actividades Académicas del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 6 de junio de 2003.
114. “Revisión y reajuste de los contratos”, Curso Reajuste contractual – mutuos con garantía hipotecaria – ejecuciones hipotecarias – negociación, Master Group, Buenos Aires, 30 de mayo de 2003.
115. “La teoría del contrato”, Congreso Internacional de Derecho Civil, Universidad del Museo Social Argentino – Instituto de Altos Estudios de Derecho Civil argentino y Comparado, Buenos Aires, 28 de mayo de 2003.
116. “Problemática contractual actual: aspectos prácticos”, Primera Jornada de Derecho Empresario Post-Default, Master Group, Buenos Aires, 15 de mayo de 2003.
117. “Revisión de los contratos”, Colegio de Abogados de San Isidro, 9 de mayo de 2003.
118. Jornadas “Defensa del Consumidor: balance a diez años de vigencia de la ley 24.240”, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 24 y 25 de abril de 2003.
119. “Emergencia económica y revisión de los contratos”, Jornadas Derecho del Usuario y el Consumidor, San Carlos de Bariloche, 10 de abril de 2003.
120. “Actualidad del derecho de la empresa”, Carrera Especialización en Derecho de Empresa, Universidad Nacional del Litoral-Fa-

cultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 28 de marzo de 2003.

121. “Antijuridicidad y acción”, Carrera Especialización en Derecho de Daños, Universidad Nacional del Litoral-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 28 de marzo de 2003.
122. “Resolución de los contratos”, Seminario de “Reajuste Contractual”, Master Group Company Argentina, 27 de febrero de 2003.
123. “Panorama general de la responsabilidad contractual”, Seminario de Posgrado en Perfeccionamiento en Derecho de Daños “Responsabilidad contractual”, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 25 de noviembre de 2002.
124. “La pesificación. Problemática General”, Jornada sobre Pesificación y Concursos, ERREPAR-División capacitación, Buenos Aires, 31 de octubre de 2002.
125. “Contrato de concesión y distribución”, Carrera de Especialización en Derecho de la Empresa, Universidad Nacional del Litoral-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 25 de octubre de 2002.
126. “La emergencia y los derechos humanos”, Jornadas sobre Emergencia Económica, Universidad Nacional del Litoral-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, organizadas por la Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 24 de octubre de 2002.
127. “El estado, instituciones intermedias y organismos internacionales de cooperación. Debate Nacional. La equidad en salud, el desafío que nos convoca”, SAES (Sociedad Argentina para la Equidad en Salud), Buenos Aires, 23 de octubre de 2002.
128. “Cesión de créditos en garantía. Prenda de créditos. Factoring”, Curso Contratos, Universidad Austral, Buenos Aires, 17 de octubre de 2002.
129. “El daño físico”, Master Group Company Argentina, Hotel Sheraton Córdoba, 17 de octubre de 2002.
130. “Teoría general de la Responsabilidad Civil”, Congreso Nacional de Derecho “El derecho y la empresa en el siglo XXI” en homenaje al Profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Universidad Católica de Santiago del Estero Dpto. Académico Rafaela y Colegio de Abo-

gados 5ª Circunscripción Judicial-Sede Rafaela, 11 de octubre de 2002.

131. Seminario sobre “Problemática Contractual en la Emergencia-Deuda en Dólares-Mora-Imprevisión-Reajuste”, Master Group Company Argentina, Hotel Sheraton Córdoba, 8 de octubre de 2002.
132. “El rol del Estado”, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el Siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 4 de octubre de 2002.
133. “Locación y pesificación”, Jornadas Nacionales sobre Emergencia, Pesificación y Contratos, Fundesi, Buenos Aires, 19 de septiembre de 2002.
134. “Aspectos concretos de la pesificación de los contratos de la pesificación de los contratos de mutuo, de locación de Inmueble, de boleto compra-venta inmueble” Seminario Problemática Contractual en la Emergencia -Deuda en Dólares-Mora-Imprevisión-Reajuste”, Master Group Company Argentina, Sheraton Buenos Aires Hotel y Convention Center, 18 de septiembre de 2002.
135. “Contratos conexos”, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2 de septiembre de 2002.
136. “La empresa de servicios: contratos de servicios profesionales”, Carrera Especialización en Derecho de la Empresa, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 30 de agosto de 2002.
137. Doctorado, Universidad Nacional de Tucumán, 16 de agosto de 2002.
138. “La revisión de los Contratos”, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 12 de agosto de 2002.
139. “Teoría general del contrato”, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 29 de julio de 2002.
140. “Hipotecas en dólares. Ejecución Hipotecaria. Contratos con garantías reales: hipotecas. El principio de especialidad y la hipo-

teca en moneda extranjera. Las cláusulas de reajuste”, Seminario “Hipotecas – Contratos. Teoría de la Imprevisión, Mater Group Argentina-Capacitación de Postgrado, Hotel-Marriot, Buenos Aires, 18 de julio de 2002.

141. “El Nuevo Derecho Monetario”, Primeras Jornadas Rafaelinas de Derecho, Universidad Católica de Santiago del Estero-DAR-Colegio de Abogados de Rafaela, 31 de mayo de 2002.
142. “Seminario sobre la emergencia económica”, Colegio de Abogados de Bariloche, 25 de mayo de 2002.
143. “La instrumentación de la inversión inmobiliaria. Las figuras pre-contractuales y contractuales usuales: cartas de intención, memorandums de entendimiento, ofertas, opciones de compra o de venta, reservas, boletos, otros contratos. Publicidad y protección del consumidor. Responsabilidad precontractual”, Curso Contratos, Universidad Austral, 23 de mayo de 2002.
144. “Las reglas del tránsito”, Jornadas Nacionales Accidentes de Tránsito Asociación de Abogados de Buenos Aires, 16 y 17 mayo 2002.
145. “Plan para la devolución de depósitos: descripción del sistema. El C.E.R. Sistemas de actualización. Vías de impugnación. Revisión de los contratos”, El nuevo régimen de devolución de depósitos-C.E.R. y Ley Tapón-Jornadas de Actualización La Ley, Buenos Aires, 16 de mayo de 2002.
146. “La protección del consumidor”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 6 de mayo de 2002.
147. “Responsabilidad de la empresa por productos elaborados”, Carrera Especialización en Derecho de la Empresa, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 3 de mayo de 2002.
148. “Responsabilidad médica: actualización jurisprudencial”, Seminario Responsabilidad por daños, La Ley, Buenos Aires, 2 de mayo de 2002.
149. “Los contratos en la emergencia económica”, Jornadas Internacionales: El Derecho Privado frente a la emergencia-daños económicos, Posgrado en Derechos de Daños-Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 25 de abril de 2002.

150. “Daños masivos: teoría general, causalidad, acciones masivas”, Seminario Responsabilidad por daños, La Ley, Buenos Aires, 18 de abril de 2002.
151. “Seminario sobre la emergencia económica”, Colegio de Abogados de Neuquén, Neuquén, 12 y 13 de abril de 2002.
152. “La aplicación de la excesiva onerosidad por cambio de moneda, y del valor de cambio, Análisis de cláusulas contractuales de previsión del riesgo de la devaluación, validez o nulidad, La excesiva onerosidad en las compraventas en dólares, La acción de resolución, La acción de revisión del contrato, La cláusula de renuncia a la imprevisión”, Jornadas de Actualización “Aplicación de Imprevisión en la Emergencia Económica, La Ley, Buenos Aires, 11 de abril de 2002.
153. “Los contratos frente a la emergencia económica”, Curso de actualización Derecho y Emergencia Económica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 5 de abril de 2002.
154. “Daños masivos: análisis de casos: causados por el uso de agroquímicos, productos nocivos, siliconas, inundaciones, cortes de electricidad, incumplimientos de los servicios públicos y otros casos similares”, Seminario Responsabilidad por daños, La Ley, Buenos Aires, 4 de abril de 2002.
155. “Emergencia”, Universidad Católica de Santa Fe, 25 de marzo de 2002.
156. “La protección del consumidor frente a los bancos, entidades financieras y no financieras. La influencia de la reforma en los contratos: la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente”, Seminario Ley de Emergencia Económica y Reforma del Régimen Monetario, La Ley, Buenos Aires, 27 de febrero de 2002.
157. “Emergencia económica, inconstitucionalidad de la retención de depósitos, protección del consumidor bancario y el régimen monetario luego de la reforma”, Colegio de Abogados de Córdoba, Instituto de Derecho Civil, 22 de febrero de 2002.
158. “Nuevos negocios. Contratos conexos”, Carrera de Especialización en Derecho de la Empresa, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 16 de noviembre de 2001.
159. “La responsabilidad del Estado por omisión” y “Nuevas decisiones jurisprudenciales en materia de responsabilidad por daños”,

Jornadas Internacionales de Derecho, Responsabilidad Civil (Declaradas de Interés por Poder Ejecutivo Provincial (Decreto 1479/01) – Municipalidad de Trelew (Resol. 1828/01 - D.E.M.), Colegio Público de Abogados de la Circunscripción Judicial de Trelew-Chubut, 2 de noviembre de 2001.

160. “Contratos conexos – Daños a los intereses colectivos”, Doctorado de la Facultad de Derecho de Tucumán, 19 de octubre de 2001.
161. “Comercio electrónico”, Liga del Consumidor, Facultad de Derecho de Tucumán, 19 de octubre de 2001.
162. “Nuevos contratos”, Colegio de Abogados de Campana, 5 de octubre de 2001.
163. “El impacto de internet en la teoría general del derecho: derechos privados y orden público. Economía digital y de la información. Jurisprudencia” “Contratos “On Line”-Responsabilidad por Daños en Internet y Defensa del Consumidor”, La Ley, Buenos Aires, 4 de octubre de 2001.
164. “El shopping center: análisis jurídico del contrato, relaciones internas, conflictos frente a terceros”, Curso Contrato de Empresas, Universidad Austral, 4 de octubre de 2001.
165. Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, Universidad Austral, Buenos Aires, 28 y 29 de octubre de 2001.
166. “Contrato de comercialización por terceros”, Posgrado de Contratos Empresarios Modernos UCA, Universidad Católica de Buenos Aires, 27 de septiembre de 2001.
167. XVIII Jornadas Nacionales en Derecho Civil, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires, 21 de septiembre de 2001.
168. “Daños en internet: responsabilidad del intermediario, del hosting, del proveedor de acceso, por daños causados en violación a la privacidad, injurias y otros”, Curso Contratos de Empresas, Universidad Austral, 13 de septiembre de 2001.
169. “Derecho Protectorio del consumidor y la Constitución Nacional”, Posgrado en Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales”, Pontificia Universidad Católica Argentina de Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Rosario, 10 de septiembre de 2001.
170. “Análisis de cláusulas en los contratos: modificación unilateral de contenido; cesión de la posición contractual, limitación de

responsabilidad, inversión de la carga probatoria, prórroga de jurisdicción”, Curso Contratos de Empresas, Universidad Austral, 6 de septiembre de 2001.

171. “Problemas de propiedad intelectual: conflictos con nombres de dominio, la crítica de la propiedad en internet”, Seminarios Contratos On Line-Responsabilidad por Daños en Internet y Defensa del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 30 de agosto de 2001.
172. “Contratos y defensa del consumidor”, Curso Comercio Electrónico, Colegio de Abogados de Salta, 24 de agosto de 2001.
173. “Curso comercio electrónico”, Poder Judicial de Salta-Escuela de la Magistratura, 24 de agosto de 2001.
174. “El impacto del comercio electrónico en el Derecho Privado”, Seminario de actualización sobre “Informática, Comercio Electrónico y Derecho” Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Buenos Aires, 23 de agosto de 2001.
175. “La distribución comercial; análisis económico de la distribución comercial; cambios y perspectivas futuras. Análisis de casos: conflictos entre pymes y grandes distribuidores; distribuidores y tarjetas de crédito; distribución en Internet”, Curso Contratos de Empresas, Universidad Austral, 23 de agosto de 2001.
176. “Responsabilidad de los Bancos: las cláusulas abusivas en los contratos bancarios, la confidencialidad en la información crediticia, responsabilidad de las agencias informativas sobre riesgo crediticio”, Curso Responsabilidad por Daños, La Ley, Buenos Aires, 19 de julio de 2001.
177. “Perspectivas interdisciplinarias de la Responsabilidad del Estado”, Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Universidad Austral-Facultad de Derecho, Buenos Aires, 30 de junio de 2001.
178. “Marco regulatorio de la publicación de datos”, VII Congreso Nacional y VII Latinoamericano de Derecho Privado para estudiantes y jóvenes graduados”, Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, UBS, Buenos Aires, 7 de junio de 2001.
179. “La emergencia económica”, Foro de Discusión, Universidad de Palermo, 31 de mayo de 2001.
180. “Nuevas perspectivas en la teoría de los contratos”, Acto nombramiento como Miembro Académico de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 8 de mayo de 2001.

181. “El impacto de Internet en la teoría general del derecho privado” E-Commerce, Séptimo Encuentro Jurídico Argentino Germano, Asociación Jurídica Argentino-Germana, Buenos Aires, 27 de abril de 2001.
182. “II Congreso Internacional de Derechos y Garantías en Siglo XXI”, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 26 de abril de 2001.
183. “Responsabilidades contractuales: Responsabilidad en el turismo: el tiempo compartido, la responsabilidad de las agencias de turismo. Daños resarcibles en contratos de concesión, franquicia, shopping center, y contratos conexos”, Curso Responsabilidad por Daños, La Ley, Buenos Aires, 26 de abril de 2001.
184. “Congreso Jueces. Abogados. Medios de Comunicación. Nuevos Desafíos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 20 de abril de 2001.
185. “La responsabilidad médica”, Posgrado en Derecho de Daños, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 6 de abril de 2001.
186. “El análisis económico. La nueva economía de la información”, Carrera de Especialización en Derecho de la Empresa, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 6 de abril de 2001.
187. “Daños por violación de derechos humanos: salud, discriminación, incapacidad, HIV”, Curso Responsabilidad por Daños, La Ley, Buenos Aires, 29 de marzo de 2001.
188. “La responsabilidad por daños en la psiquiatría”, Hotel Hyatt, Buenos Aires, 27 de noviembre de 2000.
189. “Responsabilidad por daños”, Colegio de Abogados, Cipoletti.
190. “El comercio electrónico y los contratos”, Universidad Austral, 17 de octubre de 2000.
191. “Instituciones novedosas en el proyecto de reformas del Código Civil”, Rosario, Universidad Católica, 6 de octubre de 2000.
192. “Comercio electrónico y defensa del consumidor”, Universidad Austral, 5 de septiembre de 2000.
193. “Responsabilidad por daño ambiental”, seminario, Colegio de Abogados de Bahía Blanca, 1 de septiembre de 2000.
194. “Contratos bancarios”, La Ley, 17 de agosto de 2000.

195. "Contratos de distribución", Master en Derecho de la Empresa, Universidad Siglo XXI, Córdoba, 22 de agosto de 2000.
196. "Cláusulas abusivas en los contratos de consumo", Universidad Austral, 10 de agosto de 2000.
197. "Nuevas formas de la contratación", Universidad Austral, 3 de agosto de 2000.
198. "Seminario sobre la reforma constitucional", Asociación de Magistrados de Río Negro, Neuquén, 28 y 29 julio de 2000.
199. "Responsabilidad civil de la empresa médica", La ley, Buenos Aires, 5 de julio de 2000.
200. "La responsabilidad del Estado", Congreso de Derecho Administrativo, Universidad Austral, 30 de junio de 2000.
201. "Daños en la publicidad inductiva", La Ley, Buenos Aires, 29 de junio de 2000.
202. "Los derechos de los médicos y de los pacientes", en Congreso de Daños, Asoc. de Abogados Buenos Aires, 27 de abril de 2000.
203. "El razonamiento judicial", Fundesi, Buenos Aires, 17 de abril de 2000.
204. "Responsabilidad médica", Posgrado de Daños, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 14 de abril de 2000.
205. "Contratos de empresa", Colegio de Abogados de Jujuy, 8 de abril de 2000.
206. "Contratos de distribución", Universidad Austral, Buenos Aires, 6 de abril de 2000.
207. "La teoría general de la responsabilidad", Posgrado de Daños, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 31 de marzo de 2000.
208. "Perspectivas sobre la teoría contractual", Colegio de Abogados de Rafaela, 29 de marzo de 2000.
209. "Curso de daños", La ley, Buenos Aires, 23 de marzo de 2000.
210. "Las redes contractuales", conferencia en el Congreso de abogados de empresas", Universidad Austral, Pilar, 25 de octubre de 1999.
211. "Las influencias entre el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo", en la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo", 20 de octubre de 1999.

212. “La crisis de la dogmática”, en el Instituto Argentino de Historia del Derecho, 14 de octubre de 1999.
213. “El proyecto de reformas del Código Civil en la responsabilidad médica”, Hospital Garrahan, Buenos Aires, 26 de junio de 1999.
214. “El proyecto de reformas al Código Civil: valoración general”, Universidad Nacional de Tucumán, 27 de junio de 1999.
215. “El proyecto de reformas al Código Civil en los contratos”, mesa redonda, Universidad Nacional de Buenos Aires, 10 de junio de 1999.
216. “El derecho del consumidor”, Colegio de abogados de Paraná, 13 de junio de 1999.
217. “Las nuevas tendencias en la responsabilidad médica”, conferencia en grupo médico de Córdoba, 7 de junio de 1999.
218. “El proceso de daños”, Universidad Nacional de Córdoba, junio de 1999.
219. “El derecho privado en la sociedad actual”, conferencia inaugural del Congreso Nacional de Jóvenes abogados, Bariloche, 21 de mayo de 1999.
220. “Las nuevas perspectivas del derecho privado”, en Congreso Internacional sobre la persona, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Universidad Nacional de Buenos Aires, 28 de abril de 1999.
221. “Los jóvenes y la doctrina”, en Congreso de Jóvenes Abogados, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 4 de junio de 1999.
222. “La responsabilidad por daños en el derecho del consumo”, en el I Congreso Internacional de Derecho del Consumidor y política del consumo, organizado por la Secretaría de Comercio e Industria de la Nación, Buenos Aires, 7 de abril de 1999.
223. “La responsabilidad del Estado por omisión”, en La Ley, Buenos Aires, 8 de abril de 1999.
224. “La responsabilidad de las empresas de medicina prepaga”, en La Ley Buenos Aires, 17 de marzo de 1999.
225. Curso sobre contratos civiles y comerciales, Universidad del Sur, Trelew, 11 de diciembre de 1998.

226. “La responsabilidad de la empresa médica”, Universidad Austral, Buenos Aires, 4 de diciembre de 1998.
227. “La responsabilidad civil del Estado por omisión del deber de contralor de las compañías aseguradoras”, Jornadas de accidentes de tránsito, Santa Fe, 26 de noviembre de 1998.
228. Posgrado en Derecho de empresas, contratos modernos, Universidad de Buenos Aires, 19 y 26 de noviembre de 1998.
229. Seminario sobre Responsabilidad profesional médica, Facultad de Medicina, Universidad de Buenos Aires, organizado por la Universidad y por San Pacific SA, Buenos Aires, 25 de noviembre 1998.
230. Presidente de la Segunda Sesión, “Contenido de los principios Unidroit”, Jornadas Unidroit, Modernos contratos de empresas, Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires, del 12 al 14 de noviembre de 1998.
231. “Responsabilidad médica”, Universidad Nacional de Mar del Plata, 31 de octubre de 1998.
232. “Nuevas tendencias del derecho privado”, Curso para magistrados, Universidad Austral, 26 de octubre de 1998.
233. Coordinador de la Comisión II, sobre Deber de Información, VIII Jornadas bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal y Tributario, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín, del 22 al 24 de octubre de 1998.
234. “Nuevas tendencias del derecho privado”, Curso para magistrados, Universidad Austral, 19 de octubre de 1998.
235. “Jornadas sobre accidentes de tránsito”, Rosario, 9 de octubre de 1998.
236. Posgrado en Derecho y Magistratura judicial, Universidad Austral Buenos Aires, 26 de octubre de 1998.
237. Temas generales de derecho del consumidor, Panel, ciudad de Córdoba.
238. “Responsabilidad civil de los concesionarios de autopistas”, Jornadas Nacionales sobre “Accidentes de Tránsito y Responsabilidad Civil”, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 25 y 26 de septiembre de 1998.

239. Presidente de la Comisión sobre Problemática actual de la responsabilidad civil. VI Congreso Nacional de Derecho Privado, La Plata, del 10 al 12 septiembre de 1998.
240. II Curso de Ciencias Forenses, Mendoza, organizado por la Corte Suprema de Justicia, 4 de septiembre de 1998.
241. Primeras Jornadas sobre responsabilidad de los profesionales de la salud, Bahía Blanca, 7 y 8 de agosto de 1998.
242. “La responsabilidad del Estado por omisión”, Jornadas sobre accidentes de tránsito, Neuquén, 14 y 15 de agosto de 1998.
243. “Responsabilidad de los concesionarios de autopistas”, Colegio de Abogados de Reconquista, 3 de julio de 1998.
244. “Los proyectos de reformas al Código Civil en materia de responsabilidad”, posgrado de actualización en Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, 1 de julio de 1998.
245. Seminario sobre contratos. Colegio de Abogados de San Isidro, 26 de junio de 1998.
246. Colegio de abogados de Paraná, 19 de junio.
247. “El sistema de salud y sus instrumentos legales”, 1er Congreso Argentino de Salud, Buenos Aires, Hotel Sheraton, 28 y 29 de mayo de 1998.
248. Jornadas Nacionales sobre derechos del consumidor en Servicios de Salud, Salón Auditorio de la Honorable Cámara de Diputados, Buenos Aires, 21 de mayo de 1998.
249. “El derecho Privado, sistemática, axiología y nuevas fronteras”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, 4 de mayo de 1998.
250. “Tipicidad y atipicidad contractual”, Colegio de abogados de Córdoba, 24 de abril de 1998.
251. “Los nuevos contratos y el problema de la tipicidad”, Universidad Austral, Buenos Aires, 20 de abril de 1998.
252. Jornadas Nacionales sobre Accidentes de Tránsito y Seguridad Ciudadana, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Buenos Aires, 16 y 17 abril de 1998.
253. “2do. Curso Nacional de Tránsito realizado en la ciudad de Rafaela, organizado por la Comisión Coordinadora 2do. Curso Na-

- cional de Tránsito y Municipalidad de Rafaela, 27 de marzo de 1998.
- 254.** Transplantes de órganos, Biblioteca Nacional, Buenos Aires, 26 de marzo de 1998.
- 255.** “Daño moral y daño a la persona”, Jornadas Nacionales sobre accidentes de tránsito, Director académico del congreso y expositor, Colegio Público de abogados, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 15 y 16 de marzo de 1998.
- 256.** “Contratos de distribución”. Conferencia dictada en el curso sobre “Derecho de la empresa”. Universidad Nacional del Litoral, 4 de marzo de 1998.
- 257.** “La responsabilidad colectiva. Derecho comparado. Su aplicación en el derecho positivo”, Curso de especialización en Daños, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 31 de octubre de 1997.
- 258.** Curso sobre derecho de la empresa, Universidad de Buenos Aires y Colegio de Abogados de San Isidro, octubre y noviembre de 1997.
- 259.** “La discrecionalidad del Juez en la interpretación de las cláusulas generales y los límites constitucionales”, Jornadas Italo-Argentinas, Mendoza, 15 de octubre de 1997.
- 260.** “Contratos médicos”, Hotel Alvear, Buenos Aires, organizado por la Asociación de Clínicas de Capital Federal.
- 261.** “Los principios generales en el Derecho Privado”, Universidad de Tucumán, 9 de octubre de 1997.
- 262.** “Contratos modernos – La atipicidad”, Curso sobre contratos, Universidad Austral, Buenos Aires, 22 de septiembre de 1997.
- 263.** “Responsabilidad médica”, Colegio de abogados de San Martín, Provincia de Buenos Aires, 18 de septiembre de 1997.
- 264.** “Sistema jurídico del Mercosur y la empresa”, Posgrado de derecho de la empresa, Universidad Nacional del Litoral, 6 de septiembre de 1997.
- 265.** “Responsabilidad por lesión a los bienes colectivos: medio ambiente, competencia, discriminación, y daño moral grupal”, en las III Jornadas Provinciales de Derecho Procesal, organizadas por la

Asociación de Abogados de Olavarría, provincia de Buenos Aires, del 28 al 30 de agosto de 1997.

266. “Responsabilidad civil del médico”, Colegio de Abogados y de Magistrados, San Francisco, 20 de agosto de 1997.
267. “El seguro de salud y la medicina prepaga”, panel en el II Congreso interdisciplinario sobre responsabilidad civil y seguros, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 13 y 14 de agosto de 1997.
268. “Aspectos jurídicos de la integración regional”, en el “Sexto Congreso de Estudiantes de Derecho y Tercero Congreso de Jóvenes Graduados del Mercosur, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 30 y 31 de julio y 1 de agosto de 1997.
269. “Nuevas formas de la contratación”, Universidad Notarial Argentina, Mar del Plata, 11 de julio de 1997.
270. “Derecho al medio ambiente y derecho al consumo”, Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, 1 de julio de 1997.
271. “La extinción en los contratos de colaboración”, Clase en el Curso de Derecho Público Profundizado en la Carrera de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, 30 de junio de 1997.
272. “Contratos de publicidad”, Curso de Derecho de la empresa, Universidad Nacional del Litoral, 30 de mayo de 1997.
273. “Calificación, deberes y responsabilidades de los contratos de provisión de bienes y servicios a los consumidores”, Colegio de Abogados de Rafaela, 29 de mayo de 1997.
274. “Nuevos aspectos de la responsabilidad de la empresa”, Colegio de Abogados de Córdoba, 26 de mayo de 1997.
275. “Teoría general del derecho de la empresa”, Curso de Derecho de la empresa, Universidad Nacional del Litoral, 18 de abril de 1997.
276. “Contratos médicos”, en 1er. Congreso Internacional Ética y Responsabilidad Profesional, Hotel Presidente, Buenos Aires, 7 de noviembre de 1996.

277. "Nuevos paradigmas y sistema de Derecho Privado en el fin de siglo", Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 24 de octubre de 1996.
278. "Contratos modernos", Universidad Notarial, Colegio de Escribanos de Salta.
279. "La tutela inhibitoria", Universidad de Belgrano, Posgrado en Derecho de Daños", 17 de noviembre de 1996.
280. "Responsabilidad por daños al medio ambiente", Universidad de Belgrano, Posgrado en Derecho de Daños", 10 de noviembre de 1996.
281. "Responsabilidad por desechos peligrosos", Universidad de Buenos Aires, 9 de octubre de 1996.
282. "Responsabilidad de las clínicas", en Universidad de Belgrano, 3 de octubre de 1996.
283. "El accionar dañoso de los grupos", en II Jornadas de Derecho Civil, Lomas de Zamora.
284. "El amparo desde el punto de vista del derecho sustantivo", Colegio de Abogados de San Martín, 19 de septiembre de 1996.
285. "Las responsabilidades profesionales", Universidad de Buenos Aires, 18 de septiembre de 1996.
286. "El paradigma del acceso al derecho privado", panel, en Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, del 5 al 7 de septiembre de 1996.
287. "Análisis jurídico de la economía", Pontificia Universidad Católica de Rosario, 3 de agosto de 1996.
288. "La carga de la prueba en la responsabilidad profesional", en Curso de Posgrado, Universidad Nacional de Buenos Aires, junio de 1996.
289. "El consumidor frente a la posmodernidad", Universidad Nacional de Buenos Aires, IV Congreso Nacional de estudiantes y jóvenes graduados.
290. "La responsabilidad por daños en el derecho del trabajo", Colegio de Abogados de Rosario, 3 de junio de 1996.
291. "El derecho privado y el derecho público", Curso de Doctorado. Universidad Católica de Rosario, 3 de mayo de 1996.

292. "El consumidor frente al derecho", Universidad Nacional del Litoral, 17 de mayo de 1996.
293. "Responsabilidades profesionales", Curso de Derecho Civil, Cea, Buenos Aires, 8 y 9 de abril de 1996.
294. "Curso de Derecho Privado profundizado", Neuquén, Colegio de Abogados, 28 y 29 de marzo de 1996.
295. "La responsabilidad colectiva", Universidad de Palermo, noviembre 11 de 1995.
296. "La seguridad jurídica como dato para la decisión empresarial", 5 Encuentro jurídico argentino-germano, Mendoza, 15 de noviembre de 1995.
297. "La responsabilidad de los equipos médicos", Colegio de Abogados de Santa Fe, noviembre de 1995.
298. "El derecho de la integración", III Congreso de estudiantes de derecho privado, Rosario, 20 de octubre de 1995.
299. "El nuevo régimen de los accidentes de trabajo", Rosario, 20 de octubre de 1995.
300. "El nuevo régimen de los accidentes de trabajo", Universidad Nacional del Litoral, 12 de octubre de 1995.
301. "La responsabilidad médica", Primeras Jornadas sobre Buena y Mala Praxis Profesional, Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, 6 y 7 de octubre de 1995.
302. "Las situaciones jurídicas abusivas", Universidad Nacional del Litoral, encuentro de Derecho privado latinoamericano.
303. "Una mirada pública sobre los problemas privados", Universidad Católica de Rosario, 15 de septiembre de 1995.
304. "Nuevas fronteras del abuso del derecho: las situaciones jurídicas abusivas", Curso de Derecho Privado Latinoamericano, Universidad Nacional del Litoral, 16 de septiembre de 1995.
305. "El Derecho Civil constitucional", panel, en el IX Congreso de Abogados civilistas, Paraná, 7 de septiembre, 1995.
306. "Contratos conexos", Instituto del Derecho de la Empresa, Academia de Derecho de la Córdoba, 31 de agosto de 1995.
307. "Tutela civil inhibitoria", Colegio de Abogados de Olavarría-Asociación de Magistrados, 24 de agosto de 1995.

308. “Responsabilidad civil del fabricante”, Universidad Nacional de Corrientes, 18 de agosto de 1995.
309. “Tutela civil inhibitoria”, Universidad Nacional de Tucumán, 4 de agosto de 1995.
310. “Responsabilidad civil del médico”, Colegio de Abogados de Río Cuarto, Córdoba, 28 de julio de 1995.
311. “La operatividad de los tratados internacionales en las relaciones privadas”, Panel en el Congreso Homenaje al 50 Aniversario de las Naciones Unidas, Universidad del Museo Social, Buenos Aires, 26 y 27 de junio de 1995.
312. “El contrato de leasing”, Universidad Católica de Córdoba, 18 de junio de 1995.
313. “Responsabilidad civil del fabricante”, Colegio de Abogados de Mar del Plata, 10 de junio de 1995.
314. “Responsabilidad civil del médico. La culpa”, en Universidad Nacional de Corrientes, mayo de 1995.
315. “Responsabilidad civil del médico”, Departamento judicial de Pergamino, 20 de mayo de 1994.
316. “El daño físico patrimonial”, Universidad Nacional de Mar del Plata, 26 de marzo de 1994.
317. “La empresa como agente de la integración”, Colegio de Abogados de la Plata, 16 de septiembre de 1993.
318. “La responsabilidad civil del médico”, en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 7 de septiembre de 1993.
319. “El resarcimiento del daño físico patrimonial”, Asociación de Magistrados de Córdoba, 25 de agosto de 1993.
320. “La responsabilidad civil del médico”, Universidad Notarial Argentina, 24 de agosto de 1993.
321. “Los contratos en la emergencia económica”, Universidad Nacional de Córdoba, 11 de agosto de 1993.
322. “Los contratos en la emergencia económica”, Universidad de Lomas de Zamora, 1 de julio de 1993.
323. “Responsabilidad civil del médico”, en Bahuen Hotel.

324. “El contrato en la emergencia económica”, Universidad Católica de Tucumán, preparación de las Jornadas de Derecho Civil, 30 de abril de 1993.
325. “Responsabilidad civil del médico”, en el Colegio de Médicos de Pergamino, 14 de marzo de 1993.
326. “Contratos asociativos”, en Foro de Derecho Civil del Litoral, Universidad Nacional del Litoral, noviembre de 1992.
327. “Responsabilidad civil del médico”, método de casos, en las Jornadas Nacionales de Derecho de Daños, método del caso, Centro Cultural San Martín, Buenos Aires, del 11 al 13 de noviembre de 1992.
328. “Responsabilidad civil del médico”, Colegio de Abogados de Quilmes, 1992.
329. “Contratos asociativos y joint venture”, en Curso sobre Contratos de empresas, Universidad Nacional del Litoral, 17 de septiembre de 1992.
330. “El impacto de la regulación económica en materia de medicamentos”, Curso sobre “Convertibilidad y Desregulación”, Universidad Nacional de Rosario, 17 de junio de 1992.
331. “La carga de la prueba en los procesos de responsabilidad médica”, Universidad Nacional del Litoral, 12 de junio de 1992.
332. “Responsabilidad civil del médico”, Colegio Público de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, 14 de mayo de 1992.
333. “Análisis económico del derecho”, II Jornadas Riocuartenses de Derecho Económico, 3 de abril de 1992.
334. Moderador en el Curso sobre Arbitraje organizado por la Fundación Argentina de Arbitraje y Conciliación. Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 29 de abril de 1991.
335. “Los deberes médicos”, Fundación Argentina de Arbitraje y Conciliación, Universidad Notarial Argentina, 6 de mayo de 1991.
336. “Responsabilidad civil del médico”, Universidad Nacional del Litoral, 26 de abril de 1991.
337. “Contratos de Asociación de Sociedades en el Plano Internacional (Joint Ventures)”, panel integrado por Yves Guyon (París), Ricardo Silberstein (Rosario), Horacio Roitman (Córdoba), Ricardo Lorenzetti (Rafaela), y Carlos Gherzi (Buenos Aires), en las XII

Jornadas Franco-Latinoamericanas, Rosario, 7 de noviembre de 1991.

338. “Responsabilidad civil del médico”, Foro de Derecho Civil del Noroeste argentino, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, noviembre de 1991.
339. “Economía y Derecho Privado”, Universidad Nacional de Rosario, 22 de noviembre de 1990.
340. “La carga de la prueba en los procesos de daños”, V Congreso de Derecho Procesal, Rafaela, del 20 al 22 de septiembre de 1990.
341. “Los deberes médicos”, en las Jornadas sobre Responsabilidad médica organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, agosto de 1990.
342. “El contrato de concesión en la doctrina y jurisprudencia”, Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina, Córdoba, julio de 1990.
343. “Seminario sobre Derecho Monetario”, organizado por la Facultad de Derecho de Rosario, 25 y 26 de octubre de 1989.
344. “Aspectos legales relativos a la brucelosis”, Asociación médica de Rafaela, 29 de octubre de 1989.
345. “Seminario sobre Derecho Monetario”, organizado por el Colegio de abogados de Córdoba, 29 y 30 de septiembre de 1989.
346. “Responsabilidad civil por los productos farmacéuticos”, Panelista en el “Simposio sobre política farmacéutica”, Universidad Católica de Buenos Aires, agosto de 1989.
347. “Nuevas nociones del riesgo en el ámbito laboral”, en la “Jornada sobre infortunios laborales”, organizadas por el Colegio de abogados de Santa Fe, julio de 1989.
348. “Responsabilidad civil por el uso de los medicamentos”, Escuela de Graduados - Introducción a la medicina farmacéutica - Curso intensivo organizado por el Instituto de Ciencias de la Salud, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, noviembre de 1988.
349. “Responsabilidad civil del psiquiatra”, en el 3º congreso interinstitucional de psicopatología y salud mental, Centro Cultural San Martín, Buenos Aires, noviembre de 1988.

350. “Nuevas tendencias en la atribución objetiva de responsabilidad”, organizado por el Colegio de Abogados de Rafaela, octubre de 1988.
351. “Curso sobre el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial” organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, agosto de 1988.
352. “Responsabilidad civil del médico”, Sociedad de Medicina Legal y Toxicología-Sociedad Argentina de Ecotoxicología y Asociación Latinoamericana de Toxicología, Teatro San Martín, del 11 al 15 de abril de 1988.
353. “Responsabilidad civil del médico”, en el Colegio Médico de Lomas de Zamora.
354. “Responsabilidad civil del médico”, en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 11 de mayo de 1987.
355. “Responsabilidad por daños derivados de la enfermedad de Chagas como accidente laboral”, en el curso sobre enfermedad de Chagas, organizado por el Ministerio de Salud, Medio Ambiente y Acción social de la Provincia de Santa Fe, agosto de 1986.
356. “Como se hace una tesis de doctorado”, organizada por el Centro de Graduados de Doctorado de la Universidad Nacional del Litoral, octubre de 1984.

Brasil

1. “Teoria da decisão Judicial o Paradigma Ambiental” Curso de Especialização Direito Ambiental, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Porto Alegre, 26 de marzo de 2010.
2. “Os desafios do Direito Público”, Seminário Ministro Aliomar Baleeiro, TRF- 5ta Região-Recife Estado de Pernambuco, 12 de marzo de 2010.
3. Desafios do Direito Ambiental em Tempo de Mudanças Climáticas”, “Encontro Internacional de Direito Ambiental na Amazônia: Desafios Socioambientais em Tempos de Crise Econômica – EIDAM”, Teatro de Operaciones Azul de Bacabeiras de la ciudad de Macapá, Estado de Amapá de la Amazonía Brasileña, 5 de marzo de 2009.

4. XIV Cúpula Judicial Ibero-Americana, Assembléia Plenária, Brasília, 4, 5 y 6 de marzo de 2008.
5. 11º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Meio Ambiente e Acesso a Justiça, 2º; Congresso de Direito Ambiental Dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola: Acesso À Justiça; Poluição Industrial e Resíduos e 12º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Flora, Reserva Legal E App E 2º Congresso de Estudantes de Direito Ambiental (Graduação E Pós-Graduação), São Paulo, del 27 de mayo al 1 de junio 2007.
6. “Estado Social, Solidariedade e Estrutura Dogmática Do Direito Ambiental” I Congresso de Direito Ambiental da Magistratura do Mercosul, Conselho da Justiça Federal y Centro de Estudos Judiciários, Paraty/RJ, 3 e 4 de junho de 2007.
7. Conferencia Internacional sobre Sistema de Justicia y Derechos Humanos, Brasilia, 21 de septiembre de 2006.
8. “A decisão judicial em sistemas jurídicos complexos”, Coloquio Brasil-Argentina sobre Direito Constitucional e Filosofia do Direito “Interpretação Constitucional e Motivação das Decisões Judiciais”, Rio de Janeiro, 21 y 22 de septiembre de 2006.
9. “Didndade Humana e Relações Privada”, Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 21, 22 y 23 de septiembre de 2006.
10. “O futuro do direito do consumidor”, VIII Congreso Brasileño de Derecho del Consumidor y II Internacional de Derecho del Consumidor, Rio de Janeiro, del 19 de mayo al 2 de junio de 2006.
11. “Protecao jurídica da Paisagem na Argentina”, 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental”, San Pablo, 1 de junio de 2005.
12. “A protecao do Ambiente no Direiro Privado”, Seminário Internacional de direito ambiental, Porto Velho, Rondonia, Brasil, 29 de Mayo de 2005.
13. “Congresso Internacional, Código de defesa do consumidor, balanço, efetividade e prspectivas”, Gramado, de setembro de 2005.
14. “Novo paradigmas no Direito Civil”, 3º Simpósio Nacional de Direito Civil-Institutos e Principios do Novo Código, organizadas por el Centro de Extensão Universitaria, São Paulo-Brasil, 27 y 28 de agosto de 2004.

15. "Tendencias modernas de responsabilidad civil", Curso de Atualização para Magistrados o Novo Código Civil", organizado por la Escuela Superior da Magistratura, Brasil, 25 de marzo de 2004 (5ª Feira).
16. "Que fue, que es y que será el agua para el Derecho", dedicado al tema "Agua y Vida", 7º Congreso Internacional de Direito Ambiental, San Pablo, Brasil, del 4 al 6 junio de 2003.
17. "Colectivos y el Estado Contemporáneo: el derecho del consumidor y el Derecho Ambiental", ESMP (Escuela Superior del Ministerio Público), Porto Alegre, Brasil, 4 de abril de 2003.
18. "Congreso Derecho Ambiental", Costa do Sauipe, 6 de diciembre de 2002.
19. "Comercio electrónico en la protección del vulnerable", Pos-Grado en Derecho Internacional-Curso intensivo: Integración Económica en los Sujetos Vulnerables, Perspectivas de Derecho Brasileiro, Norte-Americano y Argentino, 8 de agosto de 2002.
20. "Daño moral colectivo", 6º Congreso Internacional de Direito Ambiental, São Paulo, Brasil, 5 de junio de 2002.
21. "Responsabilidad civil en internet", Congreso Internacional de Responsabilidad Civil, Río de Janeiro, octubre de 2001.
22. "La descodificación y posibilidades de resistemización del Derecho Civil", Seminario Internacional de Derecho Civil, Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais-Facultad de Derecho en Belo Horizonte, Estado de Mina Gerais, 18 de septiembre de 2001.
23. "Responsabilidad civil e internet", Congreso Internacional de Responsabilidad Civil, Río de Janeiro, Brasil, 16 de agosto de 2001.
24. "La teoría jurídica del comercio electrónico-internet y economía digital", Apertura del Doctorado en Derecho Internacional, Universidad del Estado de Rio Grade Do Suo, Brasil, 2 de abril de 2001.
25. "Comercio electrónico", Congreso São Paulo, octubre de 2000.
26. "Comercio electrónico", Congreso Interamericano de direito do consumidor, São Paulo, del 11 al 14 de septiembre de 2000.
27. "Congreso mineiro do direito dos consumdores", Belho Horizonte, mayo de 2000.
28. "O direito civil e a protecção do mais fraco", Porto Alegre, del 18 al 19 de agosto de 1998.

29. "Responsabilidad de los equipos médicos" Curso nacional do direito do consumidor "Saúde em debate", Porto Alegre, 1 y 2 de octubre de 1998.
30. "Los servicios de salud", Congreso internacional sobre "Los servicios en la era de la globalización", Gramado, Brasil, 9 y 10 de marzo de 1998.
31. "Protección ambiental y protección de la empresa", Universidad de Maringa, Estado de Paraná, Brasil, 13 de junio de 1997.
32. "La armonización legislativa en materia ambiental en el Mercosur". Simposio sobre Derecho ambiental, organizado por Goethe Institut de Curitiba, Curitiba, Brasil, 9 al 10 de junio de 1997.
33. "Conflictos entre la protección de la propiedad y del ambiente", en el Congreso sobre Derecho Ambiental organizado por el Instituto de Derecho Ambiental, Comisión Europea, São Paulo, Brasil, 6 de junio de 1997.
34. "A nova teoria contractual", X Curso Brasilcon, Porto Alegre, Brasil, 25 de noviembre de 1996.
35. "Análisis económico, responsabilidad civil y protección de la parte débil", Blumenau, 19 de Octubre de 1995.
36. "A responsabilidade civil do fabricante de produtos de exportacao", en la "Semana de Estudos juridicos para integracao Latino-Americana", Universidade Federal do Rio Grando Do Sul, del 7 al 11 octubre de 1990.

Chile

1. "Principios Generales de Derecho y Código Civil", Jornadas chilenas de Derecho Civil, Santiago de Chile, 4 de agosto de 2006.
2. "El Código Civil de Chile: pasado, presente y futuro", Congreso Internacional en conmemoración del Centésimo quincuagésimo aniversario de la promulgación del Código Civil de Chile, organizado por el Consejo de Decanos de las Facultades de Derecho Tradicionales de Chile, Santiago de Chile, Chile, 5 de octubre de 2005.
3. "Derecho de la contratación", Magister en Derecho", Universidad de Valparaíso, Chile, del 28 al 31 de octubre de 2003.
4. "Comercio electrónico", "Magister en Derecho", Universidad de Valparaíso, Chile, del 26 al 28 de julio de 2001.

Estados Unidos

1. "Human Rights Lessons from the Argentine Experience of Seeking Accountability for Past Crimes" New York University School of Law, New York, 13 de noviembre de 2008.
2. "Human Rights and Accountability in the Argentine Legal Experience", Columbia University, School of International and Public Affairs, New York, 14 de noviembre de 2008.
3. 85ª Reunión anual del American Law Institute, Washington, 20 de Mayo de 2008.
4. American Dialogue Sessions, Council of the Americas, Nueva York, 19 de Mayo de 2008.

España

1. XI Cursos de Postgrado en Derecho-Derecho Civil (Daños), Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, 17 al 19 de junio de 2002.
2. Seminario de Doctorado, Universidad de Salamanca, junio de 2001.
3. "La Experiencia Iberoamericana en Derecho de Daños: consideración particular del sistema argentino y visión comparatista" en mesa redonda convocada al efecto sobre "Panorama Iberoamericano del Derecho de Daños en los inicios del siglo XXI" Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, Madrid-España, 29 de junio de 2001.
4. Curso de Doctorado sobre responsabilidad civil, Universidad de Salamanca, marzo de 1997.

México

1. "Judicialización del Proceso Ambiental: Tribunales Autónomos", 7 Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, México DF, 3 de octubre 2008.
2. "Teoría de la decisión judicial en materia ambiental", 5º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, México DF, del 2 al 4 de octubre de 2006.
3. Conferencia dictada en el "3er. Encuentro Internacional de Derecho Ambiental" -organizado por el Instituto Nacional de Ecología y en colaboración con EL PNUMA-Oficina Regional para América Latina y el Caribe y Facultad de Derecho de la UNAM, Colegio de

Abogados de México y Barra Mexicana de Abogados, México, del 4 al 9 de octubre de 2004.

4. Conferencia dictada en el Congreso Internacional sobre Culturas Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, febrero de 2004.
5. “Teoría del contrato”, Seminario Perspectivas del Derecho en el Siglo XXI – organizado por el Instituto de la Judicatura Federal, México Distrito Federal, 12 de febrero de 2004.

Panamá

1. “El Paradigma Ambiental” y “Características y Particularidades del Litigio Ambiental” Jornada de Derecho Ambiental y Justicia, Ciudad de Panamá, 20 de agosto de 2009.
2. “El rol del juez ante los desafíos del Derecho Ambiental”, Jornada de Derecho Ambiental y Justicia, Ciudad de Panamá, 21 de agosto de 2009.

Paraguay

1. “Los mecanismos jurídico procesales de los Tribunales Superiores Nacionales y el estado de Derecho”, IV Foro de Cortes Supremas del Mercosur Reunión Preparatoria, Asunción, 10 de agosto de 2006.
2. “La teoría general de la responsabilidad civil”, Asunción, 18 de agosto de 2000.

Perú

1. XIV Convención Nacional de Cajamarca, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Cajamarca, 24 de agosto de 2006.
2. III Congreso Internacional de Derecho Civil “20 años del Código Civil peruano, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, del 15 al 17 julio de 2004.
3. Congreso Internacional de Derecho: Los desafío del derecho empresarial en el siglo XXI, Universidad Privada del Norte, Facultad de Derecho, Trujillo-Perú, 11 de junio de 2004.
4. Conferencia Magistral “Relación de la Causalidad en la Responsabilidad Civil” dirigido a los Magistrados y Personal de la Corte Superior de Justicia de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú, 19 de junio del 2003.

5. “Interpretación de los actos jurídicos y de los contratos”, Primer Congreso Internacional de Derecho Civil y Derecho de Daños, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú, 24 y 25 de abril de 2003.
6. Seminario Internacional denominado Teoría general del contrato, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad del Perú, Decana de América, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Perú, 27 de noviembre de 2001.
7. “Contratos electrónicos”, Universidad Católica de Lima, Perú, 26 de noviembre de 2001.
8. “El comercio electrónico: negocios generales y aspectos regulatorios. La protección del consumidor en internet”, III Congreso Internacional de Derecho, Comercio Electrónico, Contratación y Daños, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial INDEJ, Arequipa, Perú, del 16 al 18 de noviembre de 2000.
9. “El régimen de los contratos en el Código Civil peruano”, Congreso internacional de conmemoración de los diez años del CC Peruano, Lima, octubre de 1994.

República Dominicana

1. “Las relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación”, Conferencia Hemisférica Poder Judicial, Prensa, Impunidad Sociedad Interamericana de Prensa, Hotel Hilton Santo Domingo, Santo Domingo, República Dominicana del 18 al 20 de julio de 2007.

Suiza

1. “The Argentine Supreme Court experience with collective ESR cases: new procedural developments.” “Implementation of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: future role of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights”. seminario organizado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Palais Wilson, Ginebra, 29 de octubre de 2009.

Turquía

1. “Global governance: Dialogue between courts”, International Summit of High Courts, 1 al 3 de noviembre de 2010, Estambul.
2. Cel Specialist Group Meeting, IUCN The World Conservation Union, Yenisehir Palas Hotel, 29 y 30 de junio de 2007, Estambul.

Uruguay

1. “Debilidad jurídica e inestabilidad del sistema económico”, I Congreso Internacional de Derecho Privado, Punta del Este, 28 de octubre de 2005.
2. “La revisión de los contratos”, V Jornadas Uruguayas de Derecho Privado en homenaje a Eugenio Caffaro, organizada por la Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 18 y 19 junio de 2004.
3. “Derecho de daños: tendencias actuales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, VI Congreso Internacional de Derecho Civil, organizado por el CED-Regional Norte (UDELAR) y el Núcleo de Derecho Civil (NDC), Regional Norte de la Universidad de la República Salto, Uruguay, del 7 al 9 de noviembre de 2002.
4. “La responsabilidad en el equipo médico”, Universidad de la República, Montevideo, 25 y 26 de noviembre de 1999.
5. “Las nuevas perspectivas en la teoría de los contratos”, en Congreso de Homenaje al Prof. Gamarra, Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, 25 de junio de 1999.
6. Jornadas Internacionales de Derecho Civil, Salto Uruguay, 4 y 5 de noviembre de 1998.
7. “La contratación moderna y la autonomía privada”, en las Jornadas Uruguayas de Derecho Privado en homenaje al Prof. Esc. Eugenio Cafaro, organizadas por la Asociación de Escribanos del Uruguay, del 14 al 16 de mayo de 1998.
8. “La armonización legislativa en materia de protección del consumidor”, Seminario organizado por la Unión Europea y el Mercosur, Montevideo, Uruguay, noviembre de 1996.
9. “La responsabilidad civil en el Derecho de Familia”, en “Enfoques contemporáneos sobre el derecho de familia”, Facultad de Humanidades, Montevideo, del 11 al 14 de agosto de 1994.
10. “La responsabilidad civil del fabricante”, Jornadas de homenaje al Prof. Esc. Eugenio Cafaro, Colegio de Escribanos del Uruguay, junio de 1994.

Participación en Congresos

1. **Presidente** en el “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, organizados por: Tribunal Superior de Justicia de la Pro-

vincia de Santa Cruz – Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia – Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas – Foro de Derecho Privado Latinoamericano – Instituto “O Direito por um Planeta Verde” Brasil – International Academy of Environmental Law, El Calafate-Santa Cruz-Patagonia Argentina, 22 y 23 de abril de 2004.

2. **Presidente Argentino** en el “Primer Congreso Argentino – Brasileño de Derecho”, organizado por la Coordinación de Actividades Académicas, Buenos Aires, 24 de octubre de 2003.
3. IX Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de Derecho Privado: “El Derecho Privado como herramienta de transformación social.” Organizado por el Centro de Estudiantes de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 9 y 10 de octubre de 2003.
4. Jornadas Daños. Contratos. Defensa del Consumidor. 10 años de vigencia de la ley 24.240, organizadas por Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional del Litoral, Foro de Derecho Privado Latinoamericano y Cuerpo de Graduados – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 9 y 10 de octubre de 2003.
5. **Presidente de la Comisión** en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 27 de septiembre de 2003.
6. **Presidente de la Comisión** N° 7 del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el Siglo XXI, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 4 de octubre de 2002.
7. **Presidente de la Comisión** N° 5 en la VIII Conferencia Nacional de Abogados “Reforma del Derecho Privado” en Homenaje al 200 aniversario del nacimiento de Dalmacio Vélez Sarsfield, Organizado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y Colegio de Abogados de Jujuy, Jujuy, del 6 al 8 de abril de 2000.
8. **Integrante de la Comisión Académica** en el Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI, organizado por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, 30 de abril de 1999.
9. **Presidente de la Comisión** sobre Contratos, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999.

10. **Coordinador de la Comisión** N° 3 y Miembro Titular en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 27 de septiembre de 1997.
11. **Presidente de la Comisión** N° II, en el Congreso Multidisciplinario sobre Responsabilidad civil y seguros, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 13 y 14 de agosto de 1997.
12. **Presidente de la Comisión** N° 2, sobre Responsabilidad Médica, en el V. Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en la Universidad de Buenos Aires y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 24 y 25 de abril de 1997.
13. **Presidente de la Comisión** en el I Congreso Internacional “La persona y el Derecho a fin de siglo”, Universidad Nacional del Litoral, 25 de octubre de 1996.
14. **Presidente de la Comisión** en Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal, septiembre de 1996.
15. **Presidente de la Comisión** Jornadas sobre Derecho Privado en el Mercosur, La Plata, 1996.
16. **Coordinador General** en la Comisión sobre Contratos en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1995.
17. Congreso Homenaje al 50 Aniversario de las Naciones Unidas; Universidad del Museo Social, Buenos Aires, del 26 al 28 de junio de 1995.
18. **Presidente de la Comisión** I: “Daños al Medio ambiente: su prevención. Responsabilidades que genera. Posibilidades de aseguramiento”.
19. **Presidente de la Comisión** sobre “Fragmentación de la Responsabilidad Civil”, en el IV Congreso Internacional de Derecho de Daños. Buenos Aires, Facultad de Derecho, junio de 1995.
20. **Presidente de la Comisión** sobre “El derecho del consumidor”, en las 3ras. Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, junio de 1994.
21. **Presidente de la Comisión** sobre Derechos del consumidor. Jornadas de Derecho Privado en homenaje al Prof. Augusto Abelenda, Corrientes, junio de 1993.

22. **Relator en la Comisión:** “Cláusulas abusivas en el contrato de seguro”. II Congreso Argentino de derecho del consumidor, Rosario, mayo de 1994.
23. **Miembro de la Comisión Académica** de las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros. Designado Relator de la Comisión sobre seguros y responsabilidad civil, 5 de diciembre de 1992.
24. **Relator** en las XII Jornadas Jurídicas Franco Latinoamericanas, Rosario, del 4 al 6 de noviembre de 1991.
25. **Relator** de la Comisión IX en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en el Centro Cultural Gral. San Martín, 7 de septiembre de 1991.
26. **Vicepresidente** de la Comisión 5 en el 2do Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, del 19 al 22 de junio de 1991.
27. **Secretario de Comisión IX** en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en el Centro Cultural Gral. San Martín, 7 de septiembre de 1991.
28. **Miembro de la Comisión Académica** de las “Jornadas de homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina-Responsabilidad por daños”, Universidad del Museo Social Argentino, del 28 al 30 de junio de 1990.
29. **Miembro de la Comisión** especial de la IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal. Junín, 1990.
30. **Secretario de la Comisión** sobre “Responsabilidad del proveedor profesional de productos y servicios”, en las Jornadas sobre Responsabilidad civil y Seguro, organizadas por el Colegio de Abogados y la Universidad de Mar del Plata, noviembre de 1989.
31. **Secretario de la Comisión** sobre responsabilidad objetiva en materia contractual en el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en Homenaje al Prof. Jorge Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989.
32. **Coordinador de la Comisión** N° 1 sobre responsabilidades profesionales en la II Encuentro de abogados civilistas, Santa Fe, 1988.
33. **“Jornada sobre Medio Ambiente, III Provinciales y II Latinoamericanas”** realizadas los días 11, 12 y 13 de agosto de 2005 en Salta.

CAPÍTULO I

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO



EL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO Y BASES PARA UN CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS

Por Ricardo L. LORENZETTI⁽¹⁾

SUMARIO: 1. El consenso sobre las reglas contractuales. 2. La crisis del consenso. 3. El consentimiento negociado: el principio consensualista. 4. Excepciones al consentimiento negociado. 4.1. Contratos predispuestos o "standard". 4.2. La adhesión. 4.3. Intercambio no negociado. 4.4. Intercambio desigual. 4.5. El contrato forzoso. 4.6. Contratos celebrados por medios electrónicos. 4.7. Condiciones generales conocidas con posterioridad a la celebración ("rolling contracts", "click and wrap agreements"). 5. El modelo del contrato de cambio y sus excepciones. 5.1. Contratos de cambio, gratuitos y de colaboración. 5.2. El modelo adversarial (contratos de cambio) y el cooperativo (contratos de colaboración). 5.3. El modelo del contrato instantáneo y de larga duración. a) Consentimiento instantáneo y progresivo. b) Reciprocidad estática y dinámica. c) Objeto material y desmaterialización del objeto. d) Autonomía privada en el campo extrapatrimonial. e) Contratos de empresa y de consumo. f) Contratos colectivos y difusos. 6. Del modelo único a un modelo general con excepciones. 7. El contrato en el subsistema jurídico latinoamericano.

1. EL CONSENSO SOBRE LAS REGLAS CONTRACTUALES

Los textos actuales dedicados a la materia muestran un alto grado de consenso al considerar que la regla contractual regula, mayoritariamente, la situación de dos personas que discuten libremente los términos de un acuerdo sobre un intercambio instantáneo. Por ello es que toman al contrato bilateral como el paradigma, los unilaterales

(1) Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y Miembro de la Academia de Derecho del Perú. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

como una hipótesis poco frecuente y las promesas gratuitas como un supuesto marginal.

El contrato es concebido como el resultado del consentimiento negociado libremente entre dos partes iguales que se hacen promesas recíprocas de comportamientos futuros.

El modelo “clásico”⁽²⁾ aparece luego de un largo proceso histórico, y, actualmente, presenta las siguientes características:

- *Formalista*: se funda en una serie de principios que se consideran autoevidentes y en una serie de reglas que se derivan deductivamente de ellos⁽³⁾. No hay ninguna interrogación sobre el valor de esas reglas, ni sobre sus consecuencias, y por ello no se admiten proposiciones fundadas en las costumbres, en la economía o en “policies”. El estudio del contrato es reducido a las reglas tradicionales, expulsando del campo normativo a la legislación especial y las costumbres⁽⁴⁾.
- *Subjetivista*: los principios y reglas pueden ser ubicados en un espectro que va desde lo objetivo a lo subjetivo: si la aplicación de una regla se basa en las costumbres, en el “estado del mundo” es objetivo, y si se basa en las intenciones, o el estado mental de las partes, es subjetivo. El modelo “clásico”, es subjetivista, ya que tiende a tomar en cuenta solamente lo que las partes quisieron en su fuero intimo.
- *Abstracto*: las reglas se aplican con independencia de la situación particular del caso, son reglas estandarizadas⁽⁵⁾; no interesa la biografía particular del contratante; si es comerciante o consumidor o si es experto o profano. Se considera que cualquier adaptación al caso produce incertidumbre e inseguridad.

(2) El modelo dominante es en realidad un producto académico, que se ha concentrado en los textos, más que en la realidad y las costumbres negociales. Sobre este aspecto ver: ADAMS, John-BROWNSWORD, Roger, *Understanding contract law*, Sweet&Maxwell, third edition, London, 2000, p. 18.

(3) HOLMES, Oliver Wendell, *Law in Science and Science in Law*, Collected Legal Papers, 1920, 210 a 238.

(4) ADAMS, John-BROWNSWORD, Roger, *Understanding contract law*, Sweet&Maxwell, third edition, London, 2000, p. 5.

(5) EISENBERG, Melvin, *Relational Contract Theory: unanswered questions. A Symposium in Honor of Ian R. McNeil, Why there is no law of relational contracts*, Northwestern University Law Review, spring, 2000-94, ps. 805 y ss.

- *Estático*: es estático, porque se focaliza en un solo instante de tiempo: el de la formación, más que en el proceso dinámico de negociación-celebración-cumplimiento. La lógica contractual presupone la existencia de dos etapas⁽⁶⁾: una planificación que culmina en el acuerdo; una ejecución de ese “plan prestacional”.

Este modelo está tan incorporado en la cultura jurídica que se lo considera “clásico”, se lo asume acríticamente, y hasta se considera al contrato como una “cosa” existente fuera de las reglas que lo permiten⁽⁷⁾.

Esta “reificación” de los contratos es un modo de ver el problema que ha oscurecido ostensiblemente el análisis⁽⁸⁾.

2. LA CRISIS DEL CONSENSO

Durante los últimos cincuenta años hubo importantes debates sobre cada uno de los elementos de este modelo, que cuestionaron esta generalización. Fundamentalmente, ello se debió al surgimiento de nuevas costumbres negociales:

- La condiciones generales predisuestas por una de las partes,
- Los vínculos forzosos con el sector público, y los servicios públicos privatizados,
- El surgimiento de contratos de colaboración y de larga duración,
- La contratación por medios electrónicos,
- La recíproca interacción entre contratos civiles y comerciales, que vuelve poco nítida a esta distinción,

(6) ATIYAH, Patrick, *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 39.

(7) Los términos “contrato” y “negocio jurídico” son elaboraciones teóricas que representan un determinado nivel de abstracción en un periodo histórico. El objeto de estudio está constituido en realidad por las reglas contractuales.

(8) VON THUR ha señalado que nadie ha visto jamás un derecho (VON THUR, Andreas, *Derecho Civil-Teoría general del derecho civil alemán*, Depalma, Bs. As., 1947, vol. II, I, p. 4) y ATIYAH (ATYAH, *On Contracts*, Clarendon Pres, Oxford) se pregunta: ¿sobre qué trata el derecho de los contratos?, y afirma que no hay un contrato que ande circulando por las calles como los automotores.

- La aparición del proteccionismo respecto de los “débiles”, que dieron lugar a regulaciones especiales para quienes no tienen suficientes conocimientos (expertos y profanos) y para los consumidores,
- La globalización de las costumbres negociales,

La reacción frente a todo ello fue postular la “muerte del contrato”, o la sustitución de la teoría clásica por otras de índole sociológica, o el cuestionamiento generalizado de las reglas, existiendo sobre todo, una gran confusión en el tratamiento de los temas.

Bien enfocada la cuestión, no se trata de la crisis del contrato, sino del modelo del consentimiento basado en la negociación y del modelo de cambio, y de una insuficiencia clara en la perspectiva jurídica del contrato⁽⁹⁾.

En otra línea de pensamiento se propuso una dualidad de modelos: contratos instantáneos y contratos relacionales. En realidad, esta tesis no logró construir un conjunto de reglas suficientes para presentar un modelo alternativo.

En nuestra opinión, la cuestión es admitir que el modelo de consentimiento negociado y de cambio ha visto debilitado su potencial explicativo: ya no produce una única regla, sino la regla general, con excepciones:

- Hay una regla general del consentimiento y otra especial para la adhesión;
- Existen reglas especiales para situaciones novedosas, como el contrato celebrado por medios electrónicos y aquel en el que sólo interviene la apariencia y la confianza;
- Hay una regla general para la regulación del contrato de cambio instantáneo, y otra especial para los contratos de colaboración y de larga duración;
- Hay reglas especiales para los contratos colectivos y difusos.

(9) GORLA admite que muchas discusiones están viciadas por un error de perspectiva, por “haberse fijado exclusivamente en los casos corrientes, en los contratos o negocios típicos (típicamente jurídicos, especialmente en los a título oneroso) y en los contratos formales...”; GORLA, Gino, *El Contrato - Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico - I Exposición General*, trad. y notas de comparación y adaptación al Derecho español, por José Ferrandis Vilella, Ed. Bosch, Barcelona, año 1959.

Existe una verdadera necesidad metodológica de admitir este presupuesto de la insuficiencia, porque despeja el análisis al permitir estudiar una regla general y luego varias particulares con cierta autonomía⁽¹⁰⁾.

3. EL CONSENTIMIENTO NEGOCIADO: EL PRINCIPIO CONSENSUALISTA

El principio consensualista consideró que, para que exista obligación contractual, es suficiente que dos personas lleguen a un acuerdo manifestando su declaración de voluntad. No fue una creación espontánea, sino un largo proceso histórico basado la relectura de los institutos clásicos, pudiendo mencionarse varios factores relevantes:

- Nuevas ideas filosóficas: el iusnaturalismo, el racionalismo, el humanismo, con la pretensión de construir sistemas conceptuales basados en la razón humana, y del reconocimiento del poder de la voluntad individual;
- La exigencias de celeridad y flexibilidad que mostraba el surgimiento del comercio, lo que hizo que en los contratos de cambio (venta, permuta, arrendamiento de cosas, de servicios o de obra) se fuera permitiendo la obligación consensual.

La presentación sistemática de este principio, en el modo seguido en los códigos, y que conocemos actualmente, se debe fundamentalmente a la obra de Domat y Pothier, al Código Civil francés de 1804 y la difusión e influencia que estas obras tuvieron durante todo el siglo XIX. Pothier señala que un contrato es una especie de convención; que esta consiste en “el consentimiento de dos o de varias personas para formar entre ellas alguna obligación, para extinguir una anterior o para modificarla”; la convención que tiene por objeto formar obligaciones es la que se llama *contrato*. La única cuestión pendiente es la de saber si el promitente ha tenido intención de obligarse jurídicamente⁽¹¹⁾.

(10) Esta es la tendencia legislativa y de los cuerpos de doctrina que van surgiendo que se preocupan por aclarar a qué tipo de contratos se aplican. La Directiva 31/2000 sobre comercio electrónico interior en la Unión Europea precisa que no se aplica a los contratos de consumo y no deroga ninguna directiva de ese contenido; los principios UNIDROIT disponen que tratan sólo de los contratos comerciales internacionales y no contemplan las relaciones de consumo.

(11) La averiguación de la intención de obligarse jurídicamente se lleva a cabo independientemente de los criterios de la forma y de la *res*; es decir, mediante una interpretación libre, investigando sobre los motivos, circunstancias, etc. del caso concreto. Lo cual está de acuerdo con el principio iusnaturalista del puro consen-

Esta construcción teórica no dejaba de presentar imperfecciones. Tal vez la más notable fue la de los contratos reales, que aún subsiste y que se presenta como una anomalía dentro de la pureza del consensualismo. En los reales, el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa y no con el mero consentimiento, y la obligación restitutoria recién nace a partir de ese acto. Podría haberse afirmado, como lo sostiene gran parte de la doctrina actual, que eran mejor regular a todos los vínculos como consensuales, pero ello significaba un paso demasiado divorciado de las tradiciones y las costumbres negociales de la época.

El principio consensualista, mediante el cual la declaración de voluntad recíproca era suficiente causa para reconocer una obligación contractual, hizo innecesarias muchas distinciones. Careció de todo interés separar los *pacta nuda* y los *pacta non nuda*, pues ambos, por ser consensuales, eran obligatorios. Algo similar ocurrió con los *contractus nominati*, que además exigen *nomen* para obligar, y los *contractus innominati*, que exigen *causa*.

Poco a poco se dejaron de lado estas especies y empezó a emerger la categoría del *contractus* como un concepto general que pretende absorber distinciones derivadas de varias especies con fuerte raíz histórica a partir del principio consensualista. El contrato, que antes era una especie, se convirtió en género: abarca todos los supuestos de obligaciones verbales, concensuales, reales y literales.

La doctrina reconoce la obra de Hugo Grotius (1583-1645) y la de Domat (1625-1696)⁽¹²⁾ como las principales en la elaboración de una noción general de contrato.

La noción de contrato asienta sobre la existencia del “acuerdo o consentimiento”⁽¹³⁾ el que resulta obligatorio para las partes.

timiento o de la voluntad como base de la obligación. El error es considerado como *vicio de la voluntad*, independientemente del daño o de la lesión.

(12) Es interesante reconocer el aporte de Luis DE MOLINA (1535-1600) en su tratado *De justitia et jure* publicado entre 1593 y 1609, referido a la noción de contrato. El autor tuvo el mérito de explorar los diversos sentidos de la palabra *contractus*: un sentido estricto que es el del intercambio (*ultra citroque obligatio*), un sentido más amplio mediante el cual el contrato es un pacto que genera obligación para al menos una de las partes (incluye la donación), y un sentido amplísimo mediante el cual el contrato es cualquier pacto, con lo cual identifica ambos conceptos.

(13) Artículo 1101 del Código Civil francés (“El contrato es una convención...”); artículo 1254 del Código Civil español (El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse...”), § 305 del Código Civil alemán (que ubica al

En la pandectística alemana surge la noción de “negocio jurídico”. Las “Pandectas”, no contenían una noción de este tipo, pero la doctrina alemana en el siglo XVIII adoptó el sistema pandectístico con el sentido de anteponer una parte general a las partes especiales, y en ella introdujo la noción de negocio jurídico. En la búsqueda de conceptos generales, se partió de la noción de “acto humano”, y del negocio como un subconcepto con lo cual se inició un importantísimo proceso de elaboración doctrinaria, fundamentalmente con Savigny⁽¹⁴⁾ y Windscheid⁽¹⁵⁾, en toda la doctrina alemana del siglo XIX⁽¹⁶⁾ y luego en Italia y España⁽¹⁷⁾.

La doctrina del negocio jurídico continúa en la actualidad siendo una de las más tratadas por los autores de la especialidad, en el ámbito europeo.

La voluntad aparece como causa fundamental de la obligación contractual.

El principio general de autodeterminación de la persona fundamenta la libertad de las partes referida a la autoconfiguración de las relaciones jurídicas particulares⁽¹⁸⁾. Es un concepto normativo, en el sentido de que los sujetos sólo pueden desarrollar los tipos de actos autorizados por la ley.

Las definiciones que se han dado son similares en diferentes países: es una declaración de voluntad privada dirigida a la producción de un resultado normativo⁽¹⁹⁾; es una “manifestación o declaración de

contrato dentro de la categoría de *negocios jurídicos*); artículo 1321 del Código Civil italiano (“El contrato es el acuerdo de dos o más partes...”).

(14) SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. Mesia-Poley, Madrid, Centro Editorial de Góngora.

(15) WINDSCHEID, Bernhard, *Tratado de Derecho Civil alemán*, trad. Fernando Hiniestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1987,

(16) *Vid.* por ejemplo, ENNECCERUS, LUDWIG-NIPPERDEY, THEODOR-WOLFF, Martín, *Tratado de Derecho Civil*, trad. Blas Pérez González-José Alguier, Bosch, Barcelona, 1904.

(17) DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1998.

(18) FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, trad. José María Miguel González-Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, p. 23. STOLFI, Giuseppe, *Teoría del negocio jurídico*, trad. de Jaime Santos Bris, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

(19) FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, trad. José María Miguel González-Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, p. 48. LARENZ, lo define diciendo que “es un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, de los cuales al menos un acto es una declaración de voluntad o actuación

voluntad, explícita o resultante de un comportamiento concluyente, dirigida a producir efectos jurídicos, que el ordenamiento realiza “en cuanto queridos”⁽²⁰⁾; es “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”⁽²¹⁾.

Se trata de una construcción conceptual que identifica dos elementos esenciales:

- es una declaración de voluntad⁽²²⁾;
- con la finalidad de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica

Este grado de generalidad permite comprender una gran cantidad de supuestos:

- actos unilaterales, bilaterales o multilaterales;
- negocios obligacionales, reales, familiares o sucesorios;
- negocios obligatorios, de disposición, y jurídico personales.

Las nociones de “contrato” y “negocio jurídico” responden a culturas jurídicas diferentes y representan distintos grados de generalización, pero es importante, a nuestros fines, reconocer justamente esa relatividad.

4. EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO NEGOCIADO

Desde fines del siglo XIX la doctrina ha señalado que puede haber contratos en los que no hay negociación, sino mera adhesión, o mero intercambio.

Haremos un resumen de estas excepciones:

de voluntad dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico” (LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picabea, Edersa, Madrid, 1978, p. 427).

(20) GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 27.

(21) DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, p. 34.

(22) El negocio puede contener: a) una declaración de voluntad unilateral que es fuente de obligaciones, o; b) varias declaraciones de voluntad que dan lugar a un contrato, o; c) una actuación de voluntad, es decir, un acto de ejecución no declarativo, o d) un supuesto de hecho complejo en el que además de la declaración de voluntad se requiera el asentimiento de un tercero, o un acto estatal.

4.1. Contratos predispuestos o “standard”

El primer problema surgió cuando, en lugar de discutir cláusula por cláusula, las partes aprendieron a redactarlas antes de que sean aceptadas o rechazadas. El origen de este fenómeno es la necesidad de bajar costos de transacción: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe hacer muchas contrataciones, necesariamente intentara recurrir a un formulario. Se trata entonces de una *técnica*, pero no un nuevo tipo de contrato.

Los elementos de calificación son los siguientes⁽²³⁾:

a) Predisposición: que se redacten las cláusulas, antes de que las partes realicen su declaración de voluntad de ofertar o aceptar. Esta redacción puede ser efectuada por una de las partes, por las dos, o por un tercero, como cuando se hace un contrato sobre la base de un modelo estándar que provee una cámara empresarial.

b) Generalidad: que la redacción sea con alcance general, es decir, para muchos contratos. Hay dos casos diferentes: una parte redacta cláusulas predispuestas para celebrar una generalidad de contratos con una generalidad de sujetos (contratos masivos), o se trata de un vínculo entre dos partes que van a celebrar muchos contratos futuros y disponen un contenido.

c) Rigidez: es decir que sus cláusulas se establecen en bloque, sin posibilidad de discutir las en forma particularizada.

Por lo tanto podemos decir que la predisposición es una técnica que no nos dice nada claro sobre la situación de las partes (no es un elemento activante de la aplicación del principio protectorio), ni sobre el consentimiento (puede haber negociación sobre el contenido predispuesto o no), salvo que la ley expresamente adopte esta posición⁽²⁴⁾.

(23) GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen, “Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores”, publ. en *Reforma del Derecho Privado y Protección del consumidor*, Junta de Castilla y León, Valladolid, Gráficas Varona, 1994, p. 52. DÍAZ ALABART, Silvia, en *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (Dir. BERCOVITZ, Rodrigo y SALAS, Javier), Civitas, Madrid, España, 1992, p. 255.

(24) “Standard” es la terminología utilizada en los principios UNIDROIT (art. 2.19) al definir las como aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin ser negociadas con la otra parte”. En los comentarios se afirma que no es decisivo si están en un documento separado o no; si están hechas en formularios preimpresos o por

4.2. La adhesión

El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere. El adherente toma el contrato tal como está o lo deja, pero no puede modificarlo⁽²⁵⁾.

Tradicionalmente se han considerado similares las nociones de “contratos predispuestos” y “celebrados por adhesión”.

El proyecto de reformas del Código Civil argentino (1998), los trata separadamente (art. 899). Se considera que es contrato predispuesto “aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes”, condiciones generales son “las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado”, y se define al contrato celebrado por adhesión como “al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación”. La razón de ello es que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes: ello puede ocurrir porque los contratantes disminuyen los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuesto por una de ella o por un tercero. Esta posibilidad hizo que se insistiera en que hay prestar atención a la adhesión, antes que al carácter prerredactado o no de las cláusulas.

La adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una propiedad del contenido, como ocurre en el contrato predispuesto. El primer elemento activa el principio protectorio, mientras que el segundo es neutro, ya que puede o no existir abusividad.

De cualquier modo, esta calificación del proceso de formación del consentimiento mediante un acto de mera adhesión, significa que no hay consentimiento negociado.

Los efectos jurídicos de esta modalidad son significativos: interpretación contra el estipulante (control de incorporación de la cláusula

computadora, ni su extensión; lo relevante es que hayan sido predispuesta para el uso generalizado y repetido de una de las partes y ser usadas en el caso concreto sin ser negociadas. Cf. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, UNIDROIT, Roma, 1995. Esta posición es la que sigue el Proyecto de Reformas del Código Civil argentino de 1998, art. 899.

(25) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, p. 146.

la), posibilidad de declaración de abusividad de las cláusulas (control de contenido). Ambos efectos son claramente diferentes de los que se verifican en el consentimiento pleno.

4.3. Intercambio no negociado

La doctrina ha estudiado una serie de supuestos en los que las partes realizan un contrato pero no hay declaraciones de voluntad claras sobre la celebración, ni sobre las obligaciones que asumen, y sobre todo, no hay negociación.

Los supuestos usualmente mencionados son los siguientes:

- casos en que hay un mero intercambio, como cuando se compra un producto en un supermercado, o en un cajero automático, o se deposita una moneda en una maquina; más allá de que la manifestación de voluntad sea tácitamente deducida, lo cierto es que no se negocian los términos;
- contratos celebrados electrónicamente;
- contratos en los que la costumbre es no negociar: en muchos sectores de la contratación hay conductas sociales muy rígidas, que no admiten la negociación: si una persona va a un restaurante y pretende discutir el precio de los platos que le sirven, va a ser mirado de un modo muy extraño.

En estos supuestos, al igual que en el contrato celebrado por adhesión, se verifica un apartamiento del consentimiento negociado y surgen efectos que tienden a proteger al adherente.

4.4. Intercambio desigual

La categoría de los contratos celebrados con los consumidores, es una aplicación del principio protectorio de la parte débil, que no se basa en un problema del consentimiento, ni de la negociación en sí misma, sino en la desigualdad.

El elemento de calificación no es la adhesión, sino el consumo final o la no profesionalidad del consumidor, según criterios más actuales⁽²⁶⁾.

Es un claro apartamiento de la regla general y en muchos sistemas legales, un microsistema jurídico con un alto grado de autonomía.

(26) Ampliamos en nuestro libro *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, 2003.

4.5. El contrato forzoso

La posibilidad de un contrato admisión de un “contrato forzoso” comenzó con el análisis de aquellas situaciones en las que hay una severa restricción a la libertad de no celebrar un contrato. Así, en el depósito necesario (art. 2187 y 2227 Cód. Civil), el individuo contrata por una necesidad, está constreñido a hacerlo.

El tema adquirió una dimensión enorme con el surgimiento del sector público como contratante. Se han dado los siguientes ejemplos: el transporte obligatorio para los ferrocarriles, los contratos con las obras sociales⁽²⁷⁾, la obligación de pagar una obra pública por parte de los vecinos oponentes, si la mayoría de ellos decidió su realización (así, arts. 2º y 9º, ley 6821 de la Provincia de Buenos Aires)⁽²⁸⁾; la celebración del vínculo con las empresas que cobrar peaje obligatorio en las rutas concesionadas; el contrato de seguro obligatorio de automotores.

Se trata de un intercambio desigual, entre el gobierno y los particulares. La doctrina examinó este problema, primero desde el derecho público y luego desde el derecho privado, considerando los diversos contratos que realiza el Estado con los particulares en el campo del derecho privado.

Los contratos que se celebran con los servicios públicos privatizados han provocado numerosos problemas. En primer lugar, la discusión gira sobre si se trata de relaciones jurídicas contractuales o no: es el caso del vínculo de un afiliado con la obra social⁽²⁹⁾ o el del pago del peaje en rutas concesionadas⁽³⁰⁾. En segundo lugar se discute si hay libertad de celebración y de configuración del contenido, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, se trata de averiguar cuáles son las normas aplicables: el derecho administrativo o el derecho contractual.

(27) TRIGO REPRESAS, Félix y STIGLITZ, Rubén, “El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social”, nota a fallo en La Ley, 1985-B, 401. No hemos compartido esta posición en *La empresa Médica*, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 78.

(28) ALTERINI, Atilio, *Contratos...*, cit.

(29) Ampliamos en *La Empresa Médica*, Rubinzal-Culzoni, inclinándonos por afirmar que se trata de un vínculo de la seguridad social y no un contrato forzoso.

(30) Ampliamos en “Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?”, Rev. Derecho de Daños, núm. 3.

En general estos vínculos son regulados por las leyes de protección de los consumidores y ellas son las que les destinan una serie de normas especiales. De tal modo, el derecho de protección de los consumidores atraviesa transversalmente tanto al derecho contractual como al administrativo⁽³¹⁾, dando lugar a un supuesto especial de vínculos.

Lo cierto es que en ellos no se da, habitualmente, la libertad de celebración ni la de configurar su contenido, propias del contrato clásico.

4.6. Contratos celebrados por medios electrónicos

El contrato celebrado por medios electrónicos presenta diferencias respecto del modelo clásico, en cuanto a la declaración de voluntad, el tiempo y el lugar en que ellas se realizan, y por ello requiere normas particulares.

Puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial: el primer caso las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, sólo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utiliza el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar. En lo que respecta al “medio electrónico”, muchos sistemas legales han extendido esta noción al medio telefónico, electrónico o telemático⁽³²⁾. En algunas legislaciones se le agrega otro elemento de calificación: se celebra sin la presencia física de los contratantes⁽³³⁾.

Estando en presencia de un contrato, se aplican las reglas generales en cuanto a la capacidad, objeto, causa, efectos, que están en cada sistema legislativo⁽³⁴⁾. El principio jurídico aplicable es el de “no discriminación”, es decir que tienen vigencia las reglas generales sin que pueda invocarse la sola presencia del medio digital para desecharlas.

La voluntad de los contratantes se expresa por el medio electrónico, lo que significa que la declaración negocial es transmitida median-

(31) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, en especial el excelente tomo dedicado a la defensa jurídica del administrado.

(32) Posición del Decreto 1906/99 de España.

(33) España, Real Decreto 1906/99, dictada el 17/12/99, vigencia a partir del 1/3/00.

(34) GAGO, Fernando, “Contrato en Internet. Legislación nacional - Aspecto intrínseco. Capacidad. Objeto y consentimiento”, *La Ley*, 7/2/00; AZAR, María J. “El consentimiento en la contratación electrónica”, ponencia publicada en Perú.

te algoritmos que se dirigen a un receptor que los recibe y desde el cual comunica su aceptación. Ello produce una gran despersonalización, ya que el emisor de la voluntad de contratar es un sujeto que puede no ser el dueño de la computadora, ni quien la utilice en el momento concreto⁽³⁵⁾. La regla general puede enunciarse diciendo que: quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que el mismo pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario. Esta regla se complementa con deberes colaterales que se imponen a las partes, como el de informar sobre el medio utilizado para comunicarse, el de utilizar un medio seguro.

Aunque se identifique al autor, existen riesgos de la emisión de la declaración ya que puede ser adulterada, cambiada, borrada, captada por un tercero o enviada por un desconocido. Para ello, la declaración se considera conocida cuando entra en la esfera de control del receptor, y existe una carga de autoinformación y de custodia a cargo del sujeto identificado como titular.

El contrato celebrado por medios electrónicos presenta características diferentes respecto del modelo clásico. Por esta razón hay efectos particulares: la posibilidad de imputar la declaración al computador, en forma objetiva; la posible irrelevancia de los estados subjetivos, como el error, el dolo o la violencia, casi imposibles de probar.

4.7. Condiciones generales conocidas con posterioridad a la celebración (“rolling contracts”, “click and wrap agreements”)

El modelo clásico del consentimiento negociado enseña que las partes discuten los términos del acuerdo y luego de perfeccionado, se abre la etapa de ejecución.

El problema que ha surgido es que hay casos en que las partes cumplen pagando y entregándose el bien, y a posteriori se consiente sobre las cláusulas. Las costumbres muestran el surgimiento de productos que están empaquetados, y contienen las cláusulas generales dentro del paquete. Ese envoltorio está diseñado de manera tal que cuando se abre, importa una forma de asentir tácitamente las condiciones generales de la contratación que contiene. En Internet se utiliza la práctica de hacer un “click” sobre un área que dice “acepto”, o se acepta una vez

(35) DALL'AGLIO, Eduardo, “El consentimiento y los vicios de la voluntad en los contratos concluidos por computadora”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, T. 49, núm. 1, p. 81.

que se “baja” o “carga” un producto o un programa o una forma similar, lo cual implica adherir a condiciones generales.

Los problemas jurídicos que se plantean constituyen un desafío a la regla del consentimiento, y se encaminan hacia la admisión de un control judicial de las cláusulas, aunque hayan sido aprobadas.

5. EL MODELO DEL CONTRATO DE CAMBIO Y SUS EXCEPCIONES

5.1. Contratos de cambio, gratuitos y de colaboración

Como hemos señalado, la teoría general del contrato ha sido construida sobre la base de una especie: el contrato de cambio oneroso⁽³⁶⁾. Esta técnica consiste en partir de un caso que tenga propiedades lo suficientemente genéricas como para abarcar otros supuestos⁽³⁷⁾, es válida en la medida en que exista una cierta homogeneidad. Nuestra interrogación se refiere a si esa identidad esencial subsiste o si, por el contrario hay situaciones que presentan una particularidad demasiado intensa y se aparta del modelo de cambio.

Describiremos con más precisión este aspecto.

Se han identificado tres tipos de promesas⁽³⁸⁾:

- La promesa unilateral, generalmente gratuita, que no espera nada del otro, y no es recíproca;
- La promesa dada en contraprestación de una prestación ya recibida en el pasado: hay reciprocidad;
- La promesa dada porque se recibirá otra promesa en el futuro, es recíproca y generalmente vinculada a un contrato escrito que define con precisión la promesa a recibir en contraprestación.

Los contratos gratuitos generalmente requieren de una forma para asegurarse de que alguien prometió algo, ya que de lo contrario, un simple comentario amistoso podría generar en otro la expectativa de una donación. Los contratos en los que hay una contraprestación ya dada, no requieren muchos elementos escritos, porque incluso, aun

(36) SAVIGNY, *Sistema*, T. 3, parág. 140, toma en cuenta a la venta, y en esa línea continúa Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 1137 del Civil, que define el contrato.

(37) Ha sido utilizada también para regular la representación (genero) a partir del mandato (especie), conforme al artículo 1870 CC.

(38) ADAMS, JOHN-BROWNSWORD, Roger, *Understanding contract law*, Sweet&Maxwell, third edition, London, 2000, p. 15.

cuando no los hubiera, existiría una solución basada en el enriquecimiento injustificado: si alguien dio algo, es justo que otro le devuelva una contraprestación.

El surgimiento del consensualismo y el intercambio de una promesa por otra promesa hizo necesario precisar bien el objeto de la obligación, y por ello hay una estrecha relación con el contrato escrito. También fue imprescindible dar un sentido al intercambio de promesas o declaraciones de voluntad, y por ello se requirió de una causa.

Esta identificación entre “promesas exigibles —causa fuente económica— contrato escrito” es un producto del siglo XIX⁽³⁹⁾.

Este esquema importa hacer presente el futuro, y describir en un solo acto la totalidad de la promesa, para no correr riesgos derivados de su indeterminación. Por ello es tan importante el intercambio de oferta y aceptación, ya que son la base para determinar lo debido.

Desde el punto de vista de la racionalidad de la conducta hay tres modelos⁽⁴⁰⁾:

- *Contratos de cambio*: El individuo se comporta maximizando su interés individual: ello da origen a una lógica adversarial, a la idea de reciprocidad, onerosidad, búsqueda del máximo beneficio, y en general a los contratos onerosos. La conducta utilitarista y el modelo adversarial es el utilizado en la mayoría de los contratos.
- *Contratos gratuitos*: El individuo se comporta poniendo el interés de los demás por encima del suyo: ésta es una conducta altruista, que explica los contratos gratuitos. La conducta altruista da lugar a un importante grupo de actividades económicas que han adquirido mucha relevancia en los últimos tiempos⁽⁴¹⁾.
- *Contratos de colaboración*: El individuo se comporta tomando en cuenta el interés del otro contratante: es una conducta cooperativa, que actúa sobre la base de la confianza y da lugar

(39) ADAMS, John y BROWNSWORD, Roger, *Understanding contract law*, Sweet&Maxwell, third edition, London, 2000, p. 25.

(40) BROWNSWORD, Roger *Contract law-Themes for the twenty-first century*, Butterworths, London, 2000, p. 15.

(41) Las organizaciones no gubernamentales, las fundaciones, y muchas sociedades sin fines de lucro generan cada vez más movimiento económico en derredor de áreas como la protección ambiental, el patrimonio histórico, la defensa del consumidor, la protección de los niños, los refugiados, etc.

a vínculos de colaboración asociativa o gestoría de larga duración. El modelo cooperativo, es diferente al adversarial y merece un estudio más importante en la teoría contractual. Ello fue puesto de relieve por Macaulay al señalar que en estos casos las transacciones no responden a cálculos de coyuntura, sino de largo plazo, y que se traba entre los contratantes una fuerte interdependencia en la que las disputas son suprimidas, ignoradas o bien resueltas para mantener el vínculo vivo⁽⁴²⁾.

5.2. El modelo adversarial (contratos de cambio) y el cooperativo (contratos de colaboración)

Podemos hacer un análisis comparativo entre el modelo adversarial (contratos de cambio onerosos) y el modelo cooperativo (contratos de colaboración) de la siguiente manera:

- En los contratos de cambio, la satisfacción del interés se logra mediante objetivos de corto plazo, mientras que en los de colaboración predomina el largo plazo, lo cual permite sacrificios parciales a favor de la otra parte. Hay contratos de colaboración cuando existe una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato⁽⁴³⁾.
- Esos objetivos compartidos de larga duración hacen que se sancionen con más intensidad aquellos comportamientos destinados a sacar ventaja uno del otro, que son lícitos en el modelo adversarial.
- El deber de comportarse de buena fe en una relación de este tipo es mucho más estricto que en los casos en que hay posiciones contradictorias. En estas últimas, los romanos admitían el “*dolus bonus*”, el capitalismo admitió la “astucia”, mientras que en las primeras la cooperación es esencial para que el contrato produzca sus efectos propios.

(42) MACAULAY, Stewart, “Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study”, *American Sociological Review*, vol. 28, 193, p. 55.

(43) SPOTA, Alberto G. *Instituciones de derecho civil-Contratos*, Depalma, Bs. As., 1974, T. I, p. 124; sobre las múltiples clasificaciones existentes y su significado en relación a los proyectos de reformas ver RICHARD, Efraín Hugo, “Negocios de Participación, Asociaciones y Sociedades”, en *Reformas al Código Civil*, colección dirigida por Alterini-López Cabana, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, T. 9.

- En los contratos de colaboración surge una fuerte interdependencia entre las partes, basada en la confianza, en el control mutuo que dan lugar a deberes de colaboración, lealtad, información, exclusividad. Por esta razón es que el litigio disminuye, ya que el costo del juicio es superior al beneficio que se obtiene de continuar un vínculo que permitirá recuperar de alguna otra manera lo que se pretende en los tribunales.

Por lo expuesto:

- En los contratos de cambio la finalidad inmediata es la circulación de bienes y servicio, mientras que la colaboración es un deber secundario de conducta que califica las obligaciones;
- En los contratos de colaboración, la cooperación es el fin inmediato y lo mediato puede ser el intercambio de bienes y servicios.

Podemos distinguir entre:

- Colaboración gestoría: el titular del interés delega en otro la ejecución de un acto jurídico o material;
- Colaboración asociativa: se comparte el interés y la finalidad común. Presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración gestoría⁽⁴⁴⁾. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, no existiendo disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. Este tipo de colaboración existe en forma cada vez más frecuente porque es muy apto para la flexibilidad de las alianzas estratégicas entre empresas.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica hubo una larga discusión sobre aspectos vinculados a la causa asociativa. El concepto de contrato con partes contrapuestas parecía incompatible con la idea de asociación, y por ello se trató de ubicar a estas figuras como un acto colegial o complejo o una tipicidad especial: el contrato con finalidad común. En este punto se ha criticado que calificación de contrato aso-

(44) Sobre el problema de la adecuación de un contrato de colaboración a la rigidez de la teoría contractual basada en los contratos de cambio ver GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil uruguayo*, Tomo VIII, doctrina general del contrato, vol. I, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, 4ta edición, ps. 14 y ss.

ciativo es usada con la sola finalidad de reagrupar en categorías a los contratos en particular, pero no se deducen particulares consecuencias de ello, ya que resultan aplicables las normas generales de los contratos⁽⁴⁵⁾.

En nuestra opinión, la particularidad no está en que resulten aplicables normas diferentes a los contratos en cuanto a los elementos esenciales, sino en que la teoría contractual tiene que modificar aspectos calcados sobre el contrato de cambio, para comprender los vínculos asociativos.

En la actividad empresaria existen numerosos vínculos de larga duración que responden a un modelo cooperativo antes que a uno adversarial. La globalización económica, la innovación tecnológica permanente, la aparición de nuevos competidores, han generado un proceso de alto dinamismo, flexibilidad, y aceleración temporal⁽⁴⁶⁾. Frente a ello, la organización de sociedades anónimas hiperorganizadas y burocráticas muestra cierta pesadez e inadecuación. Por ello comenzaron a surgir fusiones y adquisiciones para enfrentar la economía de mayor escala⁽⁴⁷⁾ y las alianzas entre empresas para obtener mayor flexibilidad. Es en este último campo donde se sitúan los contratos de colaboración empresaria: las denominadas alianzas tácticas y estratégicas de empresas⁽⁴⁸⁾. El término “alianza” proviene de la disciplina militar y ha sido adoptado por la economía para describir el fenómeno mediante el cual dos empresas se aúnan parcialmente para alcanzar una mayor cuota de mercado, o para disminuir costos, o para realizar un negocio o inversiones específicas.

(45) GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 1992, ps. 188/192.

(46) La bibliografía económica sobre este fenómeno es numerosa y conocida. Por todos ver: PORTER, Michel, *La ventaja competitiva de las naciones*, Bs. As., Vergara, 1991; THUROW, Lester, *La guerra del siglo XXI*, Bs. As., Vergara, 1992. En el aspecto jurídico ver MARZORATTI, Osvaldo, *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Bs. As., Astrea, 1996.

(47) BALLARIN, Eduard; CANALS, Jordi y FERNÁNDEZ, Pablo, *Fusiones y adquisiciones de empresas. Un enfoque integrador*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

(48) La planificación estratégica responde a la pregunta: ¿en qué sectores debe estar presente la empresa y cuál debe ser su posición competitiva en cada uno de ellos? Se trata de saber si la empresa tiene que ampliar su presencia en los sectores en los que ya está, si tiene que aumentar su grado de integración vertical o si tiene que diversificarse en otros sectores.

5.3. El modelo del contrato instantáneo y de larga duración

El modelo contractual “clásico” está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. Sin embargo, cuando la relación se vuelve más duradera, el juego cambia, cuando es sometido a una repetición temporalmente dilatada⁽⁴⁹⁾. Las partes no tienen la información suficiente para prever el futuro, la relación deja de ser de mero intercambio instantáneo puesto que surgen objetivos de mediano plazo.

Veamos algunas características:

a) Consentimiento instantáneo y progresivo

El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo, a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes poscontractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo.

La duración de las relaciones jurídicas es un fenómeno difundido en la actualidad⁽⁵⁰⁾.

(49) Cf. AXELROD, Robert, *The Evolution of cooperation*, N. York, Basic Books, 1984. Por ejemplo, cuando el “dilema del prisionero” (que es un “clásico de la teoría de los juegos, muy utilizado en los contratos), se juega en forma repetida, los jugadores cambian su estrategia con resultados cooperativos, para el autor.

(50) Relaciones que en otros tiempos eran instantáneas, se alongan en el tiempo: la adquisición de bienes industriales se hace a través del leasing, lo que transforma progresivamente una causa de cambio en una en una finalidad rentística de larga duración. Otros vínculos como el depósito, que siempre fueron de duración, presentan nuevos problemas derivados de la evolución tecnológica: ¿debe el Banco depositario de cajas de seguridad incorporar las nuevas tecnologías de seguridad? La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través de la locación o del leasing; adquirir una vivienda con un plazo de treinta años para el pago. De igual modo sucede con los círculos de ahorro para la adquisición de bienes determinados. También en los contratos de suministro entre empresas proveedoras de insumos o mercaderías, y en los contratos de asistencia tecnológica, que mediante cláusulas de exclusividad generan una dependencia de una parte hacia la otra, ocasionan problemas, cuando son de larga duración, por ejemplo, en la determinación arbitraria del precio. La empresa que recibe la asistencia o el suministro no puede discutirlo porque no puede dirigirse a otro proveedor en virtud de la cláusula de exclusividad.

Estos vínculos de larga duración que plantean muchos desafíos, que involucran tanto el precio, como las prestaciones de hacer, de dar y el plazo, y sobre todo, la conmutatividad del negocio, que veremos seguidamente.

b) Reciprocidad estática y dinámica

La noción de “reciprocidad”, o “conmutatividad” es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra.

Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el signalagma original.

Para precisar la cuestión, conviene indicar que el objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, puede prever una operación temporalmente extensa que requiere, de una comprensión dinámica. Las modificaciones no se producen en el objeto del contrato, que sigue siendo la misma operación, ni tampoco se alteran las obligaciones de dar una suma de dinero, de dar una cosa o de hacer, de prestar un servicio, porque estas son definidas en el momento genético.

Los cambios se producen en el objeto de las obligaciones, es decir, en las prestaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda; los medios que se usan para cumplir con el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos; el producto puede estar inserto en un contrato de provisión continua y requerir actualizaciones.

Sin embargo, lo notable, es que los cambios en las prestaciones se reflejan en la ecuación de equilibrio e impactan en la comprensión del objeto.

En los contratos de larga duración, el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica; es típicamente relacional⁽⁵¹⁾.

En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos nítidos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieron que era un buen negocio hacerlo, no es necesario hacer nada más.

En cambio, suministrar bienes a una empresa durante cinco años, o prestar servicios educativos, o pagar un círculo de ahorro para comprar un automóvil en cincuenta cuotas no es un concepto nítido ni es estático, porque los bienes a suministrar sufrirán cambios tecnológicos, porque los contenidos educativos mudarán, y porque habrá nuevos modelos de automóviles que sustituirán al previsto al suscribir el contrato de ahorro.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la commutividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

c) Objeto material y desmaterialización del objeto

Para obtener la característica de “adaptabilidad”, el objeto debe desmaterializarse: no se trata de una cosa o un bien, sino de reglas procedimentales para determinarlo, ya que, como dijimos en el punto anterior, el objeto se transforma en una envoltura, en un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior para ganar adaptabilidad.

El contrato actual, en cambio, presenta un objeto materialmente vacío, porque en realidad se pactan procedimientos de actuación, reglas que unirán a las partes y que se irán especificando a lo largo del proceso de cumplimiento. Los vínculos de larga duración tienen un carácter procesal, en el sentido de que el objeto no es una prestación consistente en un dar o en un hacer determinado, sino determinable.

Resumiendo: se destaca al contrato como un conjunto de reglas que establecen comportamiento procedimentales para lograr un resultado flexible, basado en la cooperación de un conjunto de agentes económicos.

(51) Este término no se usa en el sentido de la teoría de los contratos relacionales, sino en cuanto expresar la desmaterialización del contenido y su sustitución por relaciones que mantienen una ecuación económica.

d) Autonomía privada en el campo extrapatrimonial

En los últimos años se observa que la autonomía privada ha invadido campos que antes le estaban vedados. La idea de estatus regulatorio de orden público se imponía claramente en el campo extrapatrimonial, pero esa hegemonía se fue deteriorando a medida de que las sociedades se volvieron pluralistas y comenzaron a tener cabida legal las diferentes visiones particulares de la vida. El derecho a ser diferente va acompañado de una expansión de la autonomía privada en el campo extrapatrimonial.

Los avances del consentimiento-asentimiento, se ven en:

- La decisión final sobre el mantenimiento artificial de la vida humana, ya que el derecho a rechazar tratamientos médicos es observado desde la perspectiva de la negativa a contratar, y no desde la tradición visión que la consideraba una especie de eutanasia⁽⁵²⁾;
- La disposición de partes del cuerpo, especialmente aquellas que son renovables y que aún no han sido separadas del mismo, muestran el avance de la autonomía privada;
- El control del dato personal es sometido a la regla del consentimiento (Ley 25.326, art. 5º);
- El avance de los derechos individuales en el campo de la familia⁽⁵³⁾ es notable y se habla de contratos antes del casamiento y frente a la crisis del matrimonio, así como la legitimidad de las convenciones matrimoniales;
- La genética se ha transformado en un área de gran debate sobre la patentabilidad de algunos aspectos que, permitirán luego la contratación;
- Los denominados contratos de maternidad sustituta y la posibilidad de su licitud⁽⁵⁴⁾;

(52) Ampliamos en *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Rubinzal-Culzoni, T. I.

(53) Ampliamos en “Teoría General del Derecho de Familia: El conflicto entre los incentivos individuales y grupales”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 12, Sec. Doctrina, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 16/9/1996, ps. 9 a 48.

(54) La licitud fue aceptada en el caso “Johnson vs. Calvert” resuelto por la Suprema Corte de California en el año 199330 que consideró que no es contrario al orden público, por cuanto los pagos hechos en el contrato tenían como objetivo compensar a la madre sustituta por sus servicios en gestar el niño y en someterse a

Estos temas plantean arduos debates principalmente orientados a determinar si se trata de consentimiento, o de mero asentimiento, el equilibrio entre la autonomía privada y el orden público, y la licitud. Pero en los casos en que se admiten estos avances, no hay duda alguna de que el modelo no puede ser el consentimiento negociado ni el contrato de cambio.

e) Contratos de empresa y de consumo

La regulación autónoma de la actividad comercial fue un fenómeno nacido en el Medioevo y que se difundió por todo el derecho occidental.

Era una época en que el Derecho común tenía una gran respetabilidad histórica y se podía admitir una excepción a favor del incentivo de una actividad: era la Mayoría de Edad del Derecho y la Minoría de Edad de la Empresa. Por esa razón surge el Derecho Comercial y los contratos comerciales, dentro de un espectro amplio de normas de subsidio⁽⁵⁵⁾.

El fenómeno que se visualiza actualmente es el de la Mayoría de Edad de la Empresa y la Minoría de Edad de los Derechos⁽⁵⁶⁾.

las labores de parto, antes que compensar a la madre originaria por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño. No establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto y no se explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducir las a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones. La doctrina argentina concuerda en afirmar que los contratos de maternidad por otro, o maternidad por sustitución, son nulos.

(55) Por ejemplo, la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son modos de limitar el riesgo empresario: se le permite arriesgar, cargándose sólo algunos de los daños que causa; los demás, aunque existan, son soportados por otros sectores. Otro subsidio está dado por la comercialización de las relaciones civiles: la actividad comercial tiene un estatuto propio, particular, especial y, sin embargo, se ha considerado que cuando una de las partes es comercial, el acto es comercial (art. 7º C. Com). De este modo, el derecho especial se impone a quienes no forman parte de esta categoría.

(56) Se puede observar que, contrariamente al período anterior, la empresa impulsa una gran cantidad de nuevos institutos jurídicos: la renovación de los contratos es una adaptación al fenómeno empresario; la creación de nuevos derechos reales atípicos, la protección de datos personales, la protección de la intimidad, son todos fenómenos en los que el derecho trata de poner límites a la actividad empresarial.

El ciudadano vive contratando con comerciantes, puesto que la sociedad actual lo ha comercializado todo⁽⁵⁷⁾, lo cual hace impensable que todas estas actividades sean sometidas al derecho comercial⁽⁵⁸⁾ por aplicación la noción subjetiva del acto de comercio.

La actividad empresaria, al encarar la contratación masiva, provoca una de las bifurcaciones más ricas del derecho contemporáneo: los contratos de consumo y los contratos entre empresas⁽⁵⁹⁾. A partir de finales del siglo xx el movimiento consumerista logró el dictado de numerosas leyes que fueron creando nuevas características para los contratos celebrados por los consumidores. Progresivamente se fue construyendo un nuevo microsistema de principios, reglas y casos en los que la contratación presenta particularidades muy diferenciadas respecto del modelo general⁽⁶⁰⁾.

El derecho del consumidor ha sido sin duda factor de creación de un microsistema autónomo, tanto en sus reglas como en sus principios⁽⁶¹⁾. Su influencia ha sido grande, al punto que pareciera haber ad-

(57) La enfermedad se contrata con empresas de servicios médicos, la muerte con las de servicios fúnebres, la educación con los colegios privados, las vacaciones con las de turismo, la alimentación con supermercados, la vivienda con empresas de construcciones, todo es suministrado por empresas y toda la actividad sería comercial.

(58) ASCARELLI, Tulio, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, Barcelona, 1964, p. 84.

(59) BRONSWOOD, Roger, *Contract law - Themes for the twenty-first century*, Butterworths, London, 2000, 59.

(60) Ampliamos en LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, 2003.

(61) Sobre el derecho del consumidor en general, puede consultarse la importantísima bibliografía latinoamericana sobre el tema. En Brasil: BENJAMIN, Antonio, *Comentarios ao Código de Proteção do Consumidor*, Ed. Saraiva, 1991, p. 44; BENJAMIN, Antonio, *Código Brasileiro de defesa do consumidor* Forense, 4ta ed. 1995, p. 163 a 173; LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, 4da ed., cit.; PELLEGRINI GRINOVER-BENJAMIN-FINK-BRITO FILOMENO-WATANABE-NERY JUNIOR-DENARI, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense, 4ta. ed. 1995, p. 30; BRITO FILOMENO, Geraldo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, Pellegrini Grinover et al., cit., p. 37; ULHOA COELHO, Favio, comentario artículo 29, publicado en *Comentarios ao Código de Proteção do consumidor*, Ed. Saraiva, 1991, p. 147; DE LUCCA, Newton, *Direito do consumidor*, Quartier Latin, São Paulo, 2003. En Argentina: STIGLITZ-STIGLITZ, *Protección de los consumidores*, La Rocca; FARINA, Juan, *Defensa del Consumidor y del usuario*, Astrea, Bs. As., 1995, p. 55. BERGEL-PAOLANTONIO, "Anotaciones sobre la ley de defensa del consumidor", ED, 22/11/93. En Chile: ver la obra colectiva *Derecho del consumo y protección al consumidor - Estudios sobre la ley 19.496*, 1999, Corral Talciani, Hernán, editor.

quirido mayoría de edad y regresado al tronco principal de uno de los códigos civiles más citados del mundo: el Código Civil alemán, en su reforma, incluye la noción de consumidor (BGB, parág. 13)⁽⁶²⁾. También el Código Civil italiano define en su artículo 1469-bis, la “Clauseole vessatorie” en el contrato entre el profesional y el consumidor.

Esta constatación nos lleva a considerar que no es necesario tratar los contratos comerciales y civiles en forma separada, y, en cambio, marcar nítidamente los campos disímiles que tienen hoy los contratos entre empresas y los que celebran los consumidores.

f) Contratos colectivos y difusos

El Derecho ha reconocido la existencia de bienes colectivos: el ambiente como macro bien, el patrimonio cultural, la biodiversidad, las relaciones de consumo, la competencia, la no discriminación. Comienzan a surgir contratos que tienen vinculación con ellos y en los cuales la lógica es completamente diferente: predomina la esfera social y la acción colectiva.

La aparición de los intereses difusos también produce fenómenos contractuales que regulan a esta categoría de intereses, como las convenciones colectivas de trabajo y las de consumo.

Estas modalidades conforman un apartamiento del modelo que debe ser estudiada en forma especial.

6. DEL MODELO ÚNICO A UN MODELO GENERAL CON EXCEPCIONES

Estos pasos previos sirven para demostrar que no se trata de la crisis del contrato, sino del modelo del consentimiento basado en la negociación y del modelo de cambio.

Hoy es posible afirmar que no se trata de la única regla, sino la regla general, con excepciones, que se van definiendo por diferencias respecto de la regla general. A lo largo de su construcción histórica, siempre hubo excepciones perturbadoras, como los contratos gratuitos que dieron mucho trabajo a la doctrina, pero el modelo general de

(62) LIMA MARQUES, Claudia, *A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral*, XXVII Curso de Direito Internacional da OEA/2000, Comitê jurídico Interamericano, Ed. OEA/CJI – Secretaria Geral., Washington, p. 28 e seg.; LIMA MARQUEZ, Claudia, “Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor”.

los contratos de cambio terminó por absorberlos. Ocurrió lo mismo con el consentimiento, ya que todas las situaciones anómalas fueron explicadas como modos de consentir tácitamente.

En la actualidad, no se trata solamente de supuestos de hecho que hay que adaptar a la regla general (subsunción), sino de situaciones diferentes que requieren reglas distintas (ampliación). Si bien estos últimos no pueden ser elevados a la categoría de regla general, es necesario que presenten un estatus diferenciado: no parece serio mantener dentro de los mismos moldes rígidos a un contrato internacional entre empresas, la compra en un supermercado, el acuerdo de colaboración empresaria de larga duración, la adquisición de un diario, la construcción de un puente o el vínculo electrónico.

El surgimiento de legislaciones especiales ha fracturado seriamente el modelo originario: el contrato con los consumidores, o el vinculado al Estado, presentan regulaciones muy apartadas de la regla general.

Pueden hacerse las siguientes distinciones como conclusiones:

- El contrato de cambio celebrado entre partes que pueden expresar libremente su consentimiento, requiere el respeto del reparto de riesgos acordado y por lo tanto se aplica la regla de la autonomía de la voluntad en forma plena. En cambio, en los contratos de consumo hay un sistema de reglas completamente diferente, que surge de la aplicación del principio protectorio de la parte débil.
- El contrato de cambio presenta una lógica adversarial, mientras que el de colaboración está sustancialmente orientado a la cooperación.
- El contrato tradicional tiene unas reglas surgidas del consentimiento en forma definitiva, mientras que el contrato de larga duración presenta una desmaterialización de su contenido, que es sustituido por reglas procedimentales para facilitar su adaptabilidad a los cambios que se presentan durante una relación prolongada.
- En cuanto a las causas de la obligación contractual, sostenemos que el consentimiento es la regla general y mayoritaria, pero que existen otros factores que se aplican en situaciones específicas, pudiendo afirmarse la pluralidad de factores de atribución.

- Hay una regla general para consentimiento y otras reglas especiales para la adhesión, para el contrato celebrado por medios electrónicos y aquel en el que sólo interviene la apariencia y la confianza.
- Hay una regla general para la regulación del contrato de cambio instantáneo, y otra especial para los contratos de colaboración y de larga duración.
- Hay reglas especiales para los contratos colectivos y difusos.

Entre todos estos supuestos hay interacción, se influyen mutuamente, pero lo que no puede haber es confusión. Una gran cantidad de libros se esfuerzan por adaptar la regla contractual “clásica” a los nuevos supuestos, lo cual no nos parece una metodología consistente. Es necesario establecer los diferentes ámbitos, las fuentes que los regulan y el diálogo que se produce entre esas fuentes. No puede haber diálogo e intercambio si no hay diferencia y nitidez en las reglas.

7. EL CONTRATO EN EL SUBSISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO

El proceso de globalización de la noción de contrato no elimina las particularidades nacionales, ni los bloques culturales regionales. En este aspecto, es posible indagar acerca de la existencia de una “concepción” del contrato propia del subsistema jurídico latinoamericano.

Dentro de la familia de Derechos de origen romanista, existe un subsistema jurídico latinoamericano⁽⁶³⁾. La historia revela la persistencia de las instituciones romanistas, la influencia del Derecho In-

(63) Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), entendieron que los principios generales del Derecho, en Latinoamérica refieren “fundamentalmente a la obra de las jurisprudencias romanas”; y las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993), al tratar el tema “Los principios romanistas como fondo común del Derecho de integración”, recomendaron insistir en la trascendencia de tales principios generales del Derecho latinoamericano. Ver: *El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años*, Buenos Aires, 1991, p. 57). SCHIPANI, Sandro, “Il codice civile del Perú del 1984 e il sistema giuridico latinoamericano (linee per una ricerca)”, en *Rassegna di diritto civile*, 1987, ps. 186 y ss. (trad. en español en El Código Civil peruano y el Sistema jurídico latinoamericano. Congreso Internacional, Lima 1986, ps. 39 y ss.); del mismo autor, “Il diritto romano nel nuovo mondo”, en *Il diritto dei nuovi mondi* (a cargo de G. Visintini), Padova, ps. 89 y ss.; del mismo autor: “Codificación de los principios generales del derecho latinoamericano”, en *Código Civil peruano*. Diez años, Lima, 1, 1995, ps. 13 y ss.

diano así como las particularidades que se adoptaron en la época de las codificaciones latinoamericanas⁽⁶⁴⁾. Bevilacqua ha sido el gran jurista que identificó los elementos principales de un subsistema jurídico latinoamericano⁽⁶⁵⁾, la existencia de un *mos latinoamericanus iura docendi ac legendi*⁽⁶⁶⁾.

En el campo de los contratos se ha señalado⁽⁶⁷⁾ que las codificaciones americanas se apartaron mucho del modelo francés y del alemán asentándose directamente en la tradición romanista, específicamente en la centralidad que tiene “*utilitas contrahentium* como piedra angular de la responsabilidad en los diversos contratos, como en el mantenimiento del papel de la culpa, como “criterio de imputación” del incumplimiento y del “caso fortuito” como límite de la responsabilidad contractual.

Esta tradición suministra una base común de principios jurídicos de tradición romanista, existente en toda el área latinoamericana.

En la actualidad se están explorando las características que podría tener una “concepción” latinoamericana del contrato, entre las que puede resaltarse las siguientes:

- La interrelación cada vez más estrecha entre contrato y constitución, que se advierte en numerosos países del área, y que

(64) GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El vocabulario de la negociabilidad jurídica. Las codificaciones americanas”, en Universidad Externado de Colombia, *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano Bases para un código latinoamericano tipo*, Panamericana, Formas e Impresos S. A. Colombia, 1998. LÓPEZ DE SANTA MARÍA, *Los contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1986, 2ª edición, actualizada, 1998.

(65) Merece un reconocimiento la obra de los grandes juristas italianos que se ocuparon, muchas veces más que los propios latinoamericanos, de este tema. Vid. SCHIPPANI, Sandro, “El contrato en el sistema jurídico latinoamericano”, en Universidad Externado de Colombia, *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano Bases para un código latinoamericano tipo*, Panamericana, Formas e Impresos S. A. Colombia, 1998. CATALANO, Pierangelo, “Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano”, en P. Catalano, *Diritto e persone*, Torino, 1990, p. 108.

(66) GUZMÁN BRITO, Alejandro, “*Mos latinoamericanus iura legendi*”. Palabras de saludo en la inauguración del IX Congreso Latinoamericano de derecho Romano, Jalapa, 1994, en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 1, 1996, ps. 15 y ss.

(67) CARDILLI, Ricardo, “El papel de la doctrina en la elaboración del ‘sistema’: el ejemplo de la responsabilidad contractual”, en Universidad Externado de Colombia, *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano Bases para un código latinoamericano tipo*, Panamericana, Formas e Impresos S. A. Colombia, 1998.

muestra el activismo en favor de la aplicación de los derechos fundamentales en el sector del mercado.

- Como consecuencia de ello se postula una viva presencia del principio del *favor debitoris*, y de la persona como centro del ordenamiento⁽⁶⁸⁾.
- La interfase entre contrato y ambiente, que es un movimiento muy fuerte en varios países del área, sobre todo en Brasil, que muestra notorios avances en cuanto a la función ambiental del contrato.
- La utilización de cláusulas generales como instrumento para mantener las costumbres contractuales dentro de un marco de socialidad.
- El enlace entre el mecanismo contractual y el acceso a la contratación de los sectores excluidos del mercado, por razones económicas y culturales.

(68) *Vid.*, por ejemplo: en Brasil: LIMA MARQUES, Claudia, “Algunas observaciones sobre la protección del consumidor y el usuario de baja renta en los servicios bancarios brasileños”, en *Obligaciones y Contratos en los Albores del siglo XXI, Homenaje al Prof. Roberto López Cabana*, Abeledo-Perrot Bs. As., 2001, p. 797. En Perú: FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Ed. Jurídicas, Lima, 2002.

LOS RETOS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIDAD LEGISLATIVA

Por Jorge SÁNCHEZ CORDERO⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sus antecedentes históricos. 3. Sus orígenes. 4. Consideraciones generales.

*A Ricardo Luis Lorenzetti.
Jurista de talento y de convicciones.*

1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común hablar del fenómeno de la globalización que ha sido propiciado por los recientes cambios tecnológicos y económicos; previsiblemente estos cambios tecnológicos continuarán sucediéndose⁽²⁾, y con ellos se acendrará la globalización. No lo es tanto, empero, el análisis sistemático de la inflexión que este proceso ha provocado en los sistemas de legalidad que coexisten en regiones de libre comercio en donde el intercambio comercial y la permeabilidad social es particularmente intensa⁽³⁾.

Por ello, resulta de una gran relevancia poder confrontar las experiencias recientes que en materia de armonización y de legislación uniforme se han sucedido a nivel universal. Se puede mencionar sin-

(1) Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro del American *Law Institute*. Vicepresidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT.

(2) BASEDOW, Jürgen, "General Report. Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration", *Uniform Law Review*, UNIDROIT, NS, 2003, vol. VIII, 1/2, p. 36.

(3) *Ibidem*.

gularmente en esta tendencia a la Comunidad de Estados Independientes, cuyo eje central es la Federación Rusa, a los Estados Unidos de América y a la República Popular China, cuyas experiencias son particularmente interesantes ya que son regiones y Estados nacionales que desarrollan sus reglas comerciales en contextos socio-culturales radicalmente diferentes. En la misma forma destaca el caso de la Unión Europea; como es bien sabido la Unión Europea es un conglomerado de Estados nacionales, cuya diversidad se explica por su arraigo a una pluralidad de tradiciones jurídicas nacionales, pero en donde se puede fácilmente identificar actualmente un gran ímpetu en la uniformidad legislativa⁽⁴⁾.

En estos procesos resulta también un lugar obligado mencionar a la región de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). En esta última región no se han registrado aún movimientos significativos de uniformidad legislativa, en gran medida debido a que está constituida por un número de Estados nacionales con estructuras socio-económicas y tradiciones jurídicas sustancialmente diferentes. Existen empero, esfuerzos aislados en los que puede percibirse los primeros intentos en esta tendencia. El Consejo de Cooperación Económica del Pacífico (por sus siglas en inglés PECC), que agrupa veinte Estados nacionales del área, es un organismo independiente no gubernamental asociado a la APEC, en calidad de observador, que fue fundado en 1980, con un secretariado permanente en Singapur desde 1990. El PECC opera por conducto de comités nacionales de composición tripartita: hombres de negocios, académicos y oficiales gubernamentales; su función es promover la cooperación, el intercambio de información y el análisis de casos prácticos. En mayo de 1992 el PECC llegó a proponer una mayor cooperación regional en la armonización del derecho mercantil internacional en la región del pacífico con objetivos muy claros: la reducción de costos en operaciones transfronterizas, una aceleración en el movimiento de armonización en la región y un estímulo al comercio e inversión inter-regional⁽⁵⁾.

En nuestro continente se registran igualmente la emergencia de un número significativo de regiones comerciales, tales como la región del

(4) BONELL, Michael Joachim, *“Modernisation and harmonization of Contract Law: Objectives, Methods and Scope”*, Uniform Law Review, UNIDROIT NS, vol. VIII, 2003, 1/2, p. 91.

(5) ROSE, A. O. y ALAN, D. *“The challenges for Uniform Law in the Twenty-First Century”*, Uniform Law Review, UNIDROIT, vol. 1, 1996, 1, p. 9.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁽⁶⁾, el Mercado Común Centroamericano, el Mercosur⁽⁷⁾, entre otros.

Finalmente, en el continente africano figura en primer término la Organización Regional de Estados Franco Parlantes para la uniformidad legislativa mercantil (por sus siglas en francés OHADA)⁽⁸⁾.

En este recuento sinóptico, la comunidad internacional se visualiza como un mosaico muy complejo de sistemas legales que responden a tradiciones jurídicas muy diversas; para proporcionar a nuestro análisis una mejor perspectiva e introducir un elemento de orden, es indispensable tener presente una clasificación de principio de los diferentes sistemas de legalidad. Actualmente pueden reconocerse en la comunidad internacional ocho grupos diferentes de sistemas de legalidad⁽⁹⁾, que responden a los mismos fundamentos legales en donde se destaca el número de jurisdicciones, con indicación del número aproximado de habitantes que comprenden y su consecuente porcentaje estimado en la población mundial.

El sistema jurídico tradicional inglés-americano del *common law*⁽¹⁰⁾, cuenta con 146 diferentes jurisdicciones con una población estimada de 1, 797 millones de habitantes que representan el 33.4% de la totalidad de la población mundial⁽¹¹⁾.

(6) El Tratado de Libre Comercio de América del Norte fue firmado el 17 de diciembre de 1992 y publicado en los Diarios Oficiales de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos de fechas 20, 21 y 27 de diciembre de 1993, respectivamente, y entró en vigor el 1º de enero de 1994.

(7) El Mercosur se constituyó por el Tratado firmado en la Ciudad de la Asunción el 26 de marzo de 1991 entre los Estados nacionales de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

(8) "L'Organisation pour l'harmonisation" en *Afrique du droit des affaires*, fue fundada mediante el tratado firmado en octubre de 1993 en Port Louis, Islas Mauricio, y entró en vigor en septiembre de 1995. Al 31 de diciembre del 2000 ha sido ratificado por 16 países que son: Guinea-Bissau; Senegal; República Centroafricana; Mali; Comoras; Burkina Faso; Benin; Nigeria; Costa de Marfil; Camerún; Togo; Chad; Congo; Gabón; Guinea Ecuatorial y Guinea.

(9) ROSE A. O. y ALAN, D., ob. cit., nota 4, p. 10.

(10) Los Estados Unidos de América, Australia y el Canadá se contabilizan cada uno en lo individual.

(11) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Anguilla; Antigua y Barbuda; Australia; Bahamas; Bangladesh; Barbados; Belize; Bermuda; Territorio Británico del Océano Índico; Brunei Darussalam; Burma; Canadá (con exclusión de Quebec); Islas Caymán; Islas Navidad/Cocos (Islas Keeling); Islas Cook; Chipre; Dominica; Inglaterra; Islas Malvinas (Falkland); Fiji; Gambia; Ghana; Gibraltar; Granada; Guyana; Hong Kong; Irlanda del Norte; República de Irlanda; Isla del Hombre; Israel; Jamaica; Kenya; Kiribati; Malawi; Malasia; Montse-

El sistema jurídico mixto romano-*common law* que comprende 15 jurisdicciones con un total de 243 millones de habitantes que significan el 4.5% de la totalidad de la población mundial⁽¹²⁾.

El sistema germánico-escandinavo con 13 jurisdicciones que abarca 360 millones de habitantes y representan un total de 6.7% de la población mundial⁽¹³⁾.

El sistema mixto franco-latino germánico con 13 jurisdicciones en la que se agrupan 279 millones de habitantes que significan el 5.2% del total de la población mundial⁽¹⁴⁾.

El sistema franco-latino con 76 jurisdicciones que comprenden 982 millones de habitantes cuyo porcentaje es de 18.3% del total de la población mundial⁽¹⁵⁾.

El sistema de jurisdicciones emergentes en el que pueden identificarse un número de 18 jurisdicciones que comprenden 1, 488 millones de habitantes que totalizan el 27.7%⁽¹⁶⁾.

rrat; Nauru; Nueva Zelandia; Nigeria; Niue; Islas Norfolk; Pakistán; Papúa Nueva Guinea; Islas Pitcairn; Seychelles; Sierra Leona; Singapur; Islas Solomón; Santa Helena; San Kitts y Nevis; Santa Lucía; San Vicente y las Granadinas; Sudán; Tanzania; Tokelau; Tonga; Trinidad y Tobago; Islas Turcas y Caicos; Tuvalu; Uganda; Vanuatu; Islas Vírgenes Británicas; Samoa Occidental; Zambia; Samoa Americana; Guam; Islas Johnston y Sand; Liberia; Islas Marshall e Isla Wake.

(12) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Alderney y Sark; Botswana; Guernsey; Japón; Jersey; República de Corea; Lesotho; Liechtenstein; Islas Mauricio; Namibia; Quebec; Escocia; África del Sur; Sri Lanka y Zwazilandia.

(13) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Aruba; Finlandia; Alemania; Islandia; Indonesia; Países Bajos; Noruega; Polonia; Surinam; Suecia; Suiza y Taiwán.

(14) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Austria; República Checa; Dinamarca; Islas Faeroe; Groenlandia; Hungría; Italia; Louisiana; Panamá; Filipinas; República Eslovaca; Tailandia y Turquía.

(15) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Algeria; Andorra; Angola; Argentina; Bélgica; Benin; Bolivia; Brasil; Burkina Faso; Burundi; Camerún; Cabo Verde; República Centroafricana; Chad; Chile; Colombia; Comoras; Congo; Costa Rica; Cuba; Djibouti; República Dominicana; Ecuador; Egipto; El Salvador; Guinea Ecuatorial; Francia; Guyana Francesa; Polinesia; Gabón; Grecia; Guadalupe; Guatemala; Guinea; Guinea-Bissau; Haití; Honduras; Irán; Iraq; Costa de Marfil; Jordania; Líbano; Libia; Luxemburgo; Macao; Madagascar; Mali; Malta; Martinica; Mauritania; Mayotte; México; Mónaco; Marruecos; Mozambique; Nueva Caledonia; Nicaragua; Níger; Paraguay; Perú; Portugal; Puerto Rico; Reunion; Rumania; Ruanda; San Tomé y Príncipe; Senegal, España; San Pierre y Miquelon; Siria; Togo; Túnez; Uruguay; Venezuela; Islas Wallis y Futura, Zaire.

(16) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Albania; Armenia; Bielorrusia; Bosnia; Bulgaria; China; Croacia; Estonia; Georgia; Latvia;

El sistema islámico que cuenta con 14 jurisdicciones que comprenden 108 millones de habitantes totaliza el 2.7% de la población mundial⁽¹⁷⁾.

Jurisdicciones indiferenciadas entre las que pueden reconocerse 13 jurisdicciones con 116 millones de habitantes que totaliza el 2.2% de la población mundial⁽¹⁸⁾.

En el desarrollo de este trabajo primero se analizará el contexto histórico en donde se han iniciado las nociones de armonización y de uniformidad (II. El contexto histórico); acto continuo seguirá el análisis del origen de ambas nociones (III. El origen de las nociones de armonización y de uniformidad), para concluir con algunas consideraciones generales (IV. Consideraciones generales).

2. SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Antes de iniciar esta exposición, es conveniente dar cuenta de algunas premisas que pueden coadyuvar a darle claridad a este análisis. Si se recurre a diferentes episodios históricos como referencia, se puede con una mejor perspectiva observar el carácter evolutivo de las nociones de uniformidad y de armonización del derecho. En efecto, estas nociones son sustancialmente diferentes según se desarrolle el análisis a fines del siglo XIX, durante el XX o a principios del XXI. Las nociones de armonización y de uniformidad legal tienen acepciones legales distintas en escenarios históricos radicalmente diferentes⁽¹⁹⁾.

A fines del siglo XIX e inicios del XX teníamos en el continente europeo un mosaico de países fuertemente independientes; si bien culturalmente homogéneos tenían una propensión comercial de una gran intensidad. En el continente americano era fácilmente perceptible la existencia de dos subsistemas jurídicos claramente definidos;

Lituania; Moldavia; Mongolia; Federación Rusa; Serbia; Eslovenia; Ucrania y Vietnam.

(17) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Afganistán; Azerbaijón; Bahrain; Kazakstán; Kirghistán; Kuwait; Omán; Qatar; Arabia Saudita y Tajikistan.

(18) Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Antártica; Bhután; Cambodia; Eritrea; Etiopia; Corea del Norte; Laos; Maldivias; Nepal; San Marino; Somalia; Ciudad del Vaticano y Oeste de Sahara.

(19) KRONKE, Herbert, "UNIDROIT 75th Anniversary Congress on Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration: Hypotheses, Certainties and Open Questions", *Uniform Law Review*, UNIDROIT, NS, 2003, vol. VIII, 1 y 2, p. 11.

ambos con profundas y afines raíces europeas, pero sustancialmente diferentes en su composición jurídica⁽²⁰⁾.

África era una región dominada por el colonialismo y las regiones restantes, Asia y el Pacífico eran nociones geográficas imprecisas que se referían a colonias o bien a Estados independientes que participaban marginalmente tanto en el comercio internacional como en la construcción de la cultura jurídica universal⁽²¹⁾.

3. SUS ORÍGENES

La tradición y la necesidad de la armonización y de la uniformidad del derecho no son fenómenos recientes; sus primeros indicios se pueden identificar desde la segunda mitad del siglo XIX en ciertas regiones geográficas específicas. De hecho, los primeros impulsos de la unificación jurídica pueden claramente identificarse en el subsistema jurídico de los países de América Latina; en 1878 se concluye el Tratado de Lima⁽²²⁾, que nunca llegó a entrar en vigor, pero adoptó extrañamente el principio de la nacionalidad como punto de contacto en lo relativo al estado civil y a la capacidad de las personas, contrariamente al principio que regía en la época que era el de la *lex domicilii*, punto de contacto tradicional adoptado en esa época por la mayoría de los países de América del Sur⁽²³⁾. Este tratado contenía objetivos de codificación bastante comprensivos, entre otros, en el derecho privado, en el derecho internacional privado, y en el derecho de procedimientos civiles⁽²⁴⁾. En 1889 en la Conferencia de Montevideo, que se organiza como una secuela de las conferencias diplomáticas de París de 1883 y de Berna de 1886, se firman no menos de ocho convenciones relativas al derecho internacional privado; al procedimiento civil internacional; a los derechos de autor, propiedad artística y literaria; a las marcas y patentes comerciales, al derecho penal internacional; al ejercicio de

(20) *Ídem.*

(21) *Ídem.*

(22) El Congreso de Lima de 1877-1978, concluyó con el Tratado de Lima firmado por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, el Perú y Venezuela, pero nunca entró en vigor, ya que únicamente fue ratificado por el Perú. En PÉREZ NIETO, Leonel, *La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine*, Dordrecht, Martines Nijhoff Publishers, 1985, p. 369.

(23) *Ídem.*

(24) Los países participantes en este congreso fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Únicamente Chile y Brasil no ratificaron esos tratados. *Ídem.*

profesiones liberales y al derecho comercial internacional⁽²⁵⁾. No obstante que estos episodios deben ser considerados como casos aislados, en ellos pueden reconocerse ya los primeros indicios de un movimiento de uniformidad legislativa en el continente americano⁽²⁶⁾.

Por lo tanto, es válido sostener que las tendencias evolutivas del derecho uniforme en una primera fase, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, eran esencialmente regionales y localizadas ya sea en Europa o bien en el continente americano.

A esto hay que agregar que la nota esencial que gobernaba el ánimo de los países latinoamericanos, era el componente nacionalista. En efecto, en los Estados Latinoamericanos a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, dominaba en su ánimo la concepción que su participación en organizaciones internacionales, cuya sede era Europa, limitaría sensiblemente su soberanía, y podría socavar los principios de su legislación nacional⁽²⁷⁾. Esta concepción nacionalista, que fue predominante, perduró por un período prolongado y tuvo una repercusión internacional importante. Las tendencias territorialistas en los países de América Latina tenían como principal propósito la consolidación de su independencia política a través de la unificación del derecho y la elaboración de textos legislativos nacionales. La aplicación del derecho dentro de los límites del Estado era una *conditio sine qua non* en la salvaguardia de la soberanía nacional y consecuentemente la exclusión de la aplicación del derecho extranjero.

A pesar de la vocación universal formal de los organismos internacionales, en la práctica, su actuación era meramente regional. Esto queda evidenciado con la ratificación o adhesión a los instrumentos internacionales que éstos últimos fomentaban y en donde es fácilmente verificable que escasamente figuran en ellos los países latinoamericanos⁽²⁸⁾.

En abono a esta tesis debe también, tenerse presente las conclusiones, del Congreso de Montevideo de 1889 en cita, que constituyen prueba indubitable de este sentimiento nacionalista; una conclusión de especial relevancia es el rechazo como punto de contacto o conexión contractual posible, el de la nacionalidad y la adopción como tal del domicilio de las partes, del establecimiento, sede o lugar de ac-

(25) BASEDOW, Jürgen, ob. cit., *supra* nota 1, p. 32. En ese mismo sentido.

(26) *Ídem*.

(27) *Ídem*.

(28) *Ibidem*, p. 33.

tuación⁽²⁹⁾. En los instrumentos de Montevideo de 1889 se eliminó si no expresamente, sí por exclusión en cuanto al régimen adoptado, el principio de la autonomía de la voluntad como punto de contacto en el vínculo contractual. El argumento de fondo consistió, y así se debatió, que en el comercio internacional prevalecían el poder y la influencia de los agentes económicos internacionales y, consecuentemente, el de sus propios Estados nacionales “...cualquier enfoque del problema que tienda a obviar esta realidad” —se argumentó— “pone en riesgo el interés nacional⁽³⁰⁾. La solución del punto de contacto *lex domicilii*⁽³¹⁾ impulsado por el profesor uruguayo Ramírez, consistía, precisamente, en neutralizar la tentativa de las potencias dominantes en el siglo XIX, de obligar a los nuevos Estados nacionales latinoamericanos a aplicar la ley de la nacionalidad y con ello su orden jurídico. El principio de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado, se estimaba, podía constituir un elemento de dominación. Por ello se llegó a aseverar que la autonomía de la voluntad:

“[...] no puede ser absoluta, porque no puede ejercitarse contra las prescripciones de orden público relativas a los contratos, y en este caso era indispensable que ese orden público se determinase por una ley, ... y esa ley no podía ser otra que la del cumplimiento de las obligaciones... Si esta ley aceptara la autonomía de la voluntad, esta debería respetarse, pero si no la aceptara, ninguna relación jurídica podría ser declarada subsistente en contravención a los principios de orden público del lugar del cumplimiento del contrato. En definitiva, la ley que regularía el contrato sería la del lugar de su cumplimiento, y no la que las partes eligieran...”⁽³²⁾.

Es en esta forma como se adoptó la ley del lugar del cumplimiento o ejecución de las obligaciones, no solamente como la ley que determina el régimen jurídico del contrato, sino como la ley determinante del orden público.

Esta época merece una reflexión final; prevalecía la concepción que la forma de “convenciones internacionales” era la técnica más adecuada para la uniformidad del derecho privado e internacional privado⁽³³⁾.

(29) OPERTI BADÁN, Didier, “El Estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el Continente Americano”. *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?, Congreso Interamericano*, Valencia, Venezuela, UNIDROIT, noviembre de 1996, p. 32.

(30) *Ibidem*, p. 33.

(31) *Ibidem*, p. 30.

(32) *Ibidem*, ps. 33 y 34.

(33) BASEDOW, Jürgen, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, UNIDROIT, NS, vol. V, 2000, 1, p. 129.

En efecto, en una comunidad jurídica internacional relativamente pequeña, en cuanto a Estados nacionales participantes se refiere y “civilizada”, las ratificaciones y aprobaciones por los órganos legislativos eran previsibles, así como su entrada en vigor; incluso la conducción de las negociaciones internacionales se desahogaban en ámbitos diferentes⁽³⁴⁾. Existe un gran contraste con la época actual en la que existe una verdadera explosión de la participación de Estados nacionales en los foros internacionales y, consecuentemente, en la construcción del orden internacional comercial; esta explosión constituye un elemento cuantitativo que modificó sustancialmente la procedencia misma de la Convención internacional como el vehículo idóneo en la redacción de normas de conflicto y materiales y terminó por cuestionarla.

Después de la Segunda Guerra Mundial la noción de la uniformidad del derecho adquiere un mayor grado de universalidad que cobra auge particularmente a partir de la década de los '70. Las causas son variadas: la mengua de la influencia de las potencias europeas a nivel universal, la emergencia de otras potencias, el surgimiento de decenas de nuevos Estados independientes, entre otros⁽³⁵⁾.

Para situar el análisis en perspectiva, la comunidad internacional creció de 58 miembros, que es el mayor número de Estados nacionales registrados en el apogeo de la Liga de las Naciones en 1937, a 184 miembros en las Naciones Unidas en diciembre de 1995; prácticamente todos los Estados nacionales están en el sistema de las Naciones Unidas, salvo algunas excepciones como una serie de micro-estados, tales como Tuvalu y Kiribati en el Pacífico que aún no son miembros. En la gran mayoría de estos nuevos estados es el sentimiento nacionalista, el que se refleja en su legislación, independientemente de su legado jurídico; aun así en gran medida su sistema de derecho privado proviene de las antiguas metrópolis coloniales.

Es justamente, después de la Segunda Guerra Mundial cuando los países latinoamericanos y los Estados Unidos de América acceden a los organismos internacionales especializados, como son la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya⁽³⁶⁾ y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT);⁽³⁷⁾ es en esta época en donde se crean nuevas organizaciones interna-

(34) *Ídem*.

(35) BASEDOW, Jürgen, ob. cit., *supra* nota 1, p. 33.

(36) Para mayor información consultase la página www.hcch.net.

(37) Para mayor información consultase la página www.UNIDROIT.org.

cionales *ad hoc* como son entre otras la Organización Marítima Internacional⁽³⁸⁾, la Organización para la Aviación Civil Internacional (OACI)⁽³⁹⁾ y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)⁽⁴⁰⁾, en el sistema de las Naciones Unidas. Es precisamente en este último foro en el que se aprueba en Viena, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías que se encuentra en vigor actualmente en 62 países, México incluido, y que comprende las dos terceras partes del comercio mundial. Esta Convención es el primer gran esfuerzo en la sistematización universal de los principios generales de los contratos⁽⁴¹⁾.

Finalmente, en el último cuarto del siglo XX y el inicio del XXI se han venido reconociendo la emergencia de regiones comerciales; unas perfectamente definidas y otras en vías de estarlo. En efecto, paralelamente a la Unión Europea, epónimo de las regiones comerciales, pueden identificarse la de la Comunidad de los Estados Independientes, la Organización para la Armonización en la África francófona del Derecho Mercantil (OHADA)⁽⁴²⁾ y en el continente americano la región del tratado de libre comercio de América del Norte⁽⁴³⁾, el Mercado Común Centroamericano, el Mercosur⁽⁴⁴⁾, para sólo mencionar unos ejemplos, así como una amplia gama de tratados y acuerdos comerciales bilaterales de libre comercio; la circunlocución *spaghetti comercial latinoamericano*, que ha hecho fortuna, describe con puntualidad este enjambre de relaciones comerciales⁽⁴⁵⁾.

Se ha observado que en esta última etapa existe en las regiones comerciales con vocación institucional una franca tendencia en la transferencia de facultades legislativas comerciales a órganos supra-

(38) Para mayor información consúltese la página www.imo.org.

(39) Para mayor información consúltese la página www.icao.int.

(40) Para mayor información consúltese la página www.uncitral.org.

(41) BASEDOW, Jürgen, ob. cit., *supra* nota 1, p. 35.

(42) L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, fue fundada mediante el tratado firmado en octubre de 1993 en Port Louis, Islas Mauricio, y entró en vigor en septiembre de 1995. Al 31 de diciembre del 2000 ha sido ratificado por 16 países que son: Guinea-Bissau; Senegal; República Centroafricana; Mali; Comoras; Burkina Faso; Benín; Nigeria; Costa de Marfil; Camerún; Togo; Chad; Congo; Gabán; Guinea Ecuatorial y Guinea.

(43) El Tratado de Libre Comercio de América del Norte..., ob. cit., *supra* nota 5.

(44) El Mercosur se constituyó por el Tratado..., ob. cit., *supra* nota 6.

(45) Para consultar los tratados y acuerdos comerciales de los que México es parte consúltese la página www.sre.gob.mx.

nacionales⁽⁴⁶⁾, cuyos efectos son, entre otros, una redefinición en las negociaciones comerciales, y una recomposición en la estructura de los organismos internacionales *ad hoc*. Es precisamente en la integración jurídica en donde se observa con mayor claridad la transferencia de competencias estatales a una organización internacional dotada de poderes de decisión y de competencia supranacionales⁽⁴⁷⁾. En la medida en que este proceso de integración jurídica se profundice, se fortalecerán las negociaciones comerciales con los órganos representativos de las regiones comerciales, quienes empiezan a tener, precisamente, en tanto tales un mayor peso específico en las mismas organizaciones internacionales; concomitantemente, se observa una mengua significativa en el interés de las negociaciones comerciales aisladas con Estados nacionales pertenecientes a estas regiones comerciales. Resulta obvio que las nociones de armonización y de uniformidad del derecho en este nuevo contexto tienen también una transformación de sustancia.

Basta mencionar el caso de la Unión Europea a quien se le confiere personalidad jurídica⁽⁴⁸⁾ con poderes para concluir convenciones internacionales con uno o más Estados u organizaciones internacionales⁽⁴⁹⁾. A lo anterior debe agregarse que la Corte de Justicia europea ha extendido incluso los poderes de negociación de la Unión a través del llamado mecanismo de los poderes “implícitos”⁽⁵⁰⁾, de tal suerte que la Unión Europea es competente para concluir acuerdos internacionales aun ante la ausencia de texto expreso en el Tratado de la Unión Europea, si ésta tiene competencia en esas materias específicas;⁽⁵¹⁾ más aún, la Corte de Justicia Europea ha sostenido

(46) Véase al respecto el artículo 61 del Tratado de Ámsterdam que entró en vigor el 1 o. de enero de 1999. Diario Oficial de la Comunidad Europea N° C340 del 10 de noviembre de 1997.

(47) CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8ª ed., París, Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1987, p. 468.

(48) Véase el artículo 281 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas número C325 del 24 de diciembre del 2002 que preceptúa: “La Comunidad tendrá personalidad jurídica”.

(49) Véase el artículo 310 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea número C325 del 24 de diciembre del 2002 que preceptúa: “La Comunidad podrá celebrar con uno o varios Estados u organizaciones internacionales acuerdos que establezcan una asociación que entrañe derechos y obligaciones recíprocos, acciones comunes y procedimientos particulares”.

(50) BASEDOW, Jürgen, *General Report. Worldwide harmonization...*, ob. cit., *supra* nota 1, p. 36.

(51) *Ibidem*, p. 36.

que los tratados concluidos por la Unión Europea ya sea con terceros países o con organizaciones internacionales forma parte del derecho comunitario⁽⁵²⁾. Estas Convenciones se consideran como “actos de las instituciones de la Comunidad Europea”; y en esa forma entran en el ámbito de la jurisdicción de la Corte de Justicia Europea que tiene como mandato garantizar su aplicación uniforme⁽⁵³⁾, en todo el territorio de la comunidad⁽⁵⁴⁾.

Por lo tanto, es válido afirmar que en determinados casos, los Estados nacionales que pertenezcan a regiones comerciales perfectamente definidas y que convengan obligaciones internacionales comerciales con terceros Estados podrían estar actuando incluso *ultra vires*⁽⁵⁵⁾.

4. CONSIDERACIONES GENERALES

Una consecuencia clara del fenómeno de la globalización, es el incremento de la intensidad del debate sobre las nociones básicas de la armonización y de la uniformidad de la legislación, que se encuentran inexorablemente ligadas al comercio interestatal o transfronterizo⁽⁵⁶⁾, según sea el caso.

A este respecto se ha venido polemizando, si la unificación de los principios contractuales, de manera más general, del derecho de las

(52) *Ibidem*, p. 47.

(53) Véase el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea número C325 del 24 de diciembre del 2002 que preceptúa: “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) Sobre la interpretación del presente Tratado; b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad o por el BCE; c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia”.

(54) BASEDOW, Jürgen, *General Report. Worldwide harmonization...*, ob. cit., *supra* nota 1, p. 47.

(55) *Ibidem.*, p. 41.

(56) Existen, sin embargo, algunos autores que sostienen que la armonización no resulta necesariamente de los imperativos económicos o bien de mandatos estatutarios. En KRONKE, Herbert, *UNIDROIT 75th Anniversary Congress on Worldwide Harmonization...*, ob. cit., *supra* nota 18, p. 15.

obligaciones, facilita el comercio internacional, estimula el sentido de la competencia en el libre mercado y, por lo tanto, si la armonización o unificación legislativa tiende a propiciar una mayor prosperidad económica.⁽⁵⁷⁾ Más aún, la uniformidad reduce en forma considerable, la competencia entre sistemas de legalidad y disposiciones regulatorias; no obstante lo anterior, no debe pasar desapercibido que la competencia de sistemas legales ha sido y continúa siendo determinante para evitar fosilizaciones jurídicas generadoras de ineficiencias nocivas que se perpetúan en un sistema legal⁽⁵⁸⁾.

En la actualidad, la recepción de mecanismos de legalidad no es atribuible a elementos de nacionalidad, sino de conveniencia y de necesidad⁽⁵⁹⁾. En todo análisis debe considerarse que el derecho uniforme no es un fin en sí mismo, sino una respuesta a necesidades prácticas⁽⁶⁰⁾. De manera más general debe partirse del postulado que el derecho, y en la especie el derecho mercantil, tampoco es un valor en sí mismo⁽⁶¹⁾, sino que coadyuva al fortalecimiento de los valores económicos y culturales de una sociedad. Aun así, la unificación del derecho no obedece solamente a intereses económicos o financieros, sino también reconoce intereses políticos y culturales. En todo proceso de integración jurídica como lo es *verbi gratia* el europeo, la unificación legislativa tiene un valor político y social indiscutible. En suma, la armonización y la unificación legislativa, cuando se producen, constituyen un activo cultural de una gran relevancia⁽⁶²⁾.

Para posibilitar una mejor comprensión del pretendido alcance de nuestro análisis, debe avanzarse una precisión en las nociones mismas de armonización y de uniformidad, aun cuando debe admitirse que ellas mismas están sujetas a intensas controversias⁽⁶³⁾.

(57) HARTCAMP, Arthur S. "Modernisation and Harmonization of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", Uniform Law Review, UNIDROIT, NS, 2003, vol. VIII, I/2, p. 82.

(58) KRONKE, Herbert, "International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice". Uniform Law Review, NS, UNIDROIT, vol. V, 2000, I, p. 19.

(59) BORBA Casella, Paulo, "Economic integration and Legal Harmonization, with special reference to Brazil", Uniform Law Review, NS, UNIDROIT, vol. III, 2 y 3, 1998, p. 293.

(60) *Ibidem.*, p. 304.

(61) HARTCAMP, Arthur S. ob. cit., *supra* nota 56, p. 84.

(62) *Ídem.*

(63) En este contexto se ha llegado a postular que las nociones básicas son la armonización, la unificación y la uniformidad. En BORBA CASELLA, Paulo, ob. cit., nota 58, p. 288.

A pesar de sus cambios semánticos constantes, se puede sostener que la noción de la armonización consiste en unificar conjuntos legislativos, ya sea mediante la elaboración de un nuevo derecho, ya sea a través del diseño de normas que posibiliten una aproximación entre dos o más sistemas jurídicos. La armonización conlleva un proceso legislativo consistente en compatibilizar disposiciones que provienen de orígenes y, frecuentemente, de épocas diferentes. La armonización modifica legislaciones en vigor con el propósito de darles mayor coherencia mediante nuevas disposiciones⁽⁶⁴⁾. El efecto inmediato de la armonización es el de reducir las diferencias y las divergencias entre las legislaciones⁽⁶⁵⁾. Se ha llegado a sostener que el proceso de la armonización debe referirse exclusivamente a las reglas de conflicto que son propias del derecho internacional privado y que no alteran, ni tampoco se refieren al derecho sustantivo⁽⁶⁶⁾.

En el proceso de la uniformidad legislativa se ha querido distinguir conceptualmente la unificación de la uniformidad propiamente dicha. La unificación reemplaza a la legislación nacional con normas previamente consensuadas; al ser el texto idéntico se pretende eliminar cualquier conflicto de leyes. El problema conflictual empero, no se elimina totalmente ya que es difícil que la unificación alcance una aplicación absoluta o universal⁽⁶⁷⁾.

La unificación sustituye, por un texto único, a legislaciones disímboles anteriormente en vigor. La noción de unificación es más comprensiva y se observa en integraciones jurídicas substantivas ya que tiende a eliminar las diferencias de textos legislativos mediante la introducción de un texto único, redactado en términos idénticos por los Estados nacionales miembros de una región comercial específica o de una organización internacional. En suma, la unificación postula en una materia específica, una reglamentación idéntica. La viabilidad de la identidad del texto legal único depende de un sinnúmero de factores de gran diversidad: el grado de integración económica, la naturaleza jurídica de la estructura de los Estados miembros de la región económica y de sus sistemas jurídicos⁽⁶⁸⁾, la naturaleza de la materia

(64) CORNU, Gerard, ob. cit., *supra* nota 46, p. 423.

(65) ISSA-SAYEH, Joseph, "Quelques aspects techniques de l'intégration juridique. L'exemple des Actes Uniformes d'OHADA", *Revue de Droit Uniforme, UNIDROIT*, 1999, vol. IV, 1, p. 6.

(66) BORBA CASELLA, Paulo, ob. cit., *supra* nota 58, p. 288.

(67) *Ídem*.

(68) CORNU, Gerard, ob. cit., *supra* nota 46, p. 884.

que se pretende uniformar, entre otras. Finalmente, y como bien lo expresa el profesor Tallon⁽⁶⁹⁾, la integración en su apogeo va terminar por socavar a las autarquías jurídicas.

El caso de la OHADA⁽⁷⁰⁾ es singular en un proceso de unificación, ya que conforme a los artículos 5º y 10 del Tratado de su creación⁽⁷¹⁾, las actas uniformes son válidas en todo el territorio de los Estados miembros. A este efecto el Secretariado permanente propone al Consejo de Ministros el programa anual de armonización y elabora los proyectos de actas uniformes en conformidad con los Estados miembros, con previa opinión de la Corte Común de Justicia y Arbitraje. Las actas de derecho uniforme entran en vigor en el territorio de los Estados nacionales miembros, dentro de los siguientes 90 días después de su adopción y pueden ser recurridas 30 días después de su publicación en el periódico oficial de la OHADA⁽⁷²⁾.

En el ámbito regional, con vocación institucional, es en donde se observa con mayor vigor la integración jurídica. La experiencia de la Unión Europea ha probado a través de sus directivas ser la más exitosa, aun cuando su aplicación se encuentre limitada por la carencia de facultades legislativas generales, como en el caso de la OHADA⁽⁷³⁾. Las directivas destinadas a todos los Estados miembros, son particularmente valiosas en la armonización del derecho privado, en especial, del derecho de las obligaciones. Si se contrasta la construcción de normas legales como resultado de la implementación de una directiva

(69) TALLON, Denise, " *Quel droit comparé pour le XXI^{ème} siècle ?* " *Revue de Droit Uniforme*. UNIDROIT, NS, vol. III, 2y 3. 1998, p. 704.

(70) *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires...*, ob. cit., *supra* nota 7.

(71) El artículo 5º del tratado de creación de la OHADA preceptúa: "Les actes pris pour l'adoption des réglés communes prévues á l'article premier du présent Traité sont qualifiés 'Actes uniformes'. Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent á déterminer les sanctions pénales encourues". El artículo 10 del Tratado de creación preceptúa: "Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États-Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure."

(72) El artículo 9º del Tratado relativo a la Armonización del Derecho Mercantil en África preceptúa: "Les actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur par l'Acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel de l'OHADA. Ils sont également publiés au Journal Officiel des États Parties ou par tout autre moyen approprié".

(73) *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires...*, ob. cit., *supra* nota 7.

europaea con aquellas que se han realizado de conformidad con convenciones internacionales, es fácilmente perceptible que las directivas en áreas específicas tienen una mayor posibilidad de ser efectivamente aplicadas.

La uniformidad por su parte tiene dos vertientes ya que puede referirse tanto a normas de conflicto como substantivas. La uniformidad es gradualmente más profunda que la armonización, pero lo es menos que la unificación. La uniformidad es más flexible y por ello más comprensiva⁽⁷⁴⁾.

Las Convenciones interamericanas son fácilmente catalogarles en la vertiente de la uniformidad y se refieren tanto a normas conflictuales como substantivas.

La uniformidad también adopta la vía de la supranacionalidad que permite introducir en un sistema pluri-jurídico directamente normas en el orden jurídico de cada uno de los Estados miembros⁽⁷⁵⁾, ya sea que deben ser adoptados por sus parlamentos o congresos o directamente cuando exista una transferencia de facultades legislativas a los órganos supranacionales.

Debe diferenciarse en todo proceso de armonización o de uniformidad las normas imperativas de las normas facultativas o supletorias; aun cuando, frecuentemente, debe atenderse en estos procesos a normas imperativas, cuya naturaleza no es estrictamente de derecho privado, pero que exigen una aplicación inmediata con abstracción de la determinación de la ley aplicable de un contrato determinado⁽⁷⁶⁾. En estos procesos la ponderación del origen de la armonización o de la uniformidad es substantiva; deben dar igualmente respuestas a interrogantes básicas tales como el entorno del origen de las normas sujetas a armonización o uniformidad; las causas económicas que impulsaron su creación; si éstas normas pertenecen y en qué medida a un conjunto normativo tradicional; si deben ser adaptadas para satisfacer nuevas condiciones económicas⁽⁷⁷⁾, entre otras. También requiere considerarse si las normas que se pretende armonizar o uniformar están destinadas a satisfacer nuevas expectativas sociales o bien permanecen “neutrales” con relación a estas expectativas.

(74) BORBA CASELLA, Paulo, ob. cit., nota 58, p. 291.

(75) ISSA-SAYEH, Joseph, ob. cit., *supra* nota 64, p. 6.

(76) CALUS, Andrzej, “*Modernisation and Harmonization of contract law: focus on selected Issues*”, Uniform Law Review, Undroit, NS, vol. III, 1 y 2, 2003, p. 158.

(77) *Ibidem*, p. 159.

La armonización y la uniformidad pueden tener diferentes enfoques; pueden ser universales o simplemente regionales. En este último extremo convergen igualmente una multitud de elementos de diversidad; en efecto las diferencias en una región determinada bien pueden ser geográficas, económicas, culturales o bien ser propias de un sistema de derecho que pertenecen a una realidad socio-económica de una nación específica⁽⁷⁸⁾.

La armonización puede tener varios grados; puede tener como propósito la eliminación de las principales diferencias entre disposiciones nacionales; o bien inducir únicamente un mínimo de soluciones comunes; su alcance también puede ser muy diverso: crear reglas comunes en áreas específicas del derecho de las obligaciones o inclusive reducirse al tratamiento de contratos especiales.

Uno de los aspectos cruciales del proceso de armonización es la elección del área jurídica a ser considerada; con frecuencia se había observado que en el ámbito universal esta elección había correspondido a líderes académicos o intelectuales, que presidían centros de decisión ya sea en gobiernos o en organizaciones internacionales⁽⁷⁹⁾. Si bien el área jurídica elegida podría tener una fascinación académica, se daba el caso de su rechazo, si no es el de una franca indiferencia por parte de los actores del mercado. La consecuencia era predecible: los instrumentos internacionales o bien no entraban en vigor, o bien los agentes del mercado no los consideraban como punto de referencia de legalidad para normar sus relaciones contractuales. A lo anterior había que agregar que en múltiples casos los parámetros de áreas en estudio estaban sujetos a cambios constantes.

En suma como bien lo expresa el profesor Goode:⁽⁸⁰⁾

“...treaty collections are littered with conventions that have never come into force, for want of the number of required ratifications, or have been eschewed by the major trading States. There are several reasons for this: failure to establish from potential interest groups at the outset that there is a serious problem which the proposed convention will help to resolve; hostility from powerful pressure groups, lack of sufficient interest of, or pressure on, governments to induce them to burden still further an already over-crowded legislative timetable; mutual hold-backs, each State waiting to see what others will do, so that in the end none of them does anything...”

(78) *Ídem*.

(79) KRONKE, Herbert, ob. cit., *supra* nota 57, p. 17.

(80) GOODE, Roy, “*International Restatements of contract in English contract law*”, Uniform Law Review, UNIDROIT, NS, II, vol. II, 2, 1997, p. 232.

El planteamiento final consiste en destacar que si bien es trascendente la elección de un ámbito legal específico que sea viable para su armonización o uniformidad, importa igualmente considerar si las políticas de los Estados nacionales son también conciliables en estas áreas específicas.

Sería, sin embargo, un error asociar el destino de la armonización o de la unificación del derecho privado a los intereses de los operadores del mercado o bien intentar redactar instrumentos muy flexibles de *soft law*, en áreas de alta sensibilidad. En los procesos de armonización debe atenderse aspectos íntimamente relacionados con la cultura jurídica y por su naturaleza deben ser redactados con un gran detalle para asegurar su coherencia⁽⁸¹⁾.

Las Convenciones internacionales de derecho privado, o de internacional privado para ser exitosas, deben ser innovativas y aportar soluciones a las necesidades tanto de individuos como de agentes económicos involucrados en el comercio internacional⁽⁸²⁾.

En este contexto hace más de un siglo Manzini⁽⁸³⁾ sostenía que un sistema legal universal, aun cuando limitado a ciertos ámbitos, para ser efectivo debería de circunscribirse a principios y reglas generales, independientemente de las circunstancias nacionales específicas. Pareciera que esta argumentación podría ser válida actualmente: la uniformidad requiere de identidades culturales y valores compartidos⁽⁸⁴⁾.

Si bien los argumentos anteriores son válidos, no lo son menos las experiencias recientes. En el ámbito universal⁽⁸⁵⁾, es necesario admitirlo, las convenciones internacionales *hard law*, cuya ortodoxia proviene de épocas anteriores, no han sido lo suficientemente eficientes en la armonización del derecho privado e internacional privado. Las causas son muy variadas y su análisis escapa a los límites de este trabajo. Se podría sin embargo, dar cuenta de algunas que se mencionan con mayor frecuencia. La preparación de una convención multilateral requiere de un consumo de tiempo significativo que es generalmente, altamente oneroso, si se atiende a los resultados que se obtienen. En

(81) KRONKE, Herbert, ob. cit., *supra* nota 57, p. 17.

(82) *Ibidem*, p. 20.

(83) Citado por BORBA CASELLA, Paulo, ob. cit., *supra* nota 58, p. 291.

(84) *Ibidem*, p. 20.

(85) CALUS, Andrzej, ob. cit., *supra* nota 75, p. 159.

las negociaciones comerciales son las fórmulas de compromiso⁽⁸⁶⁾, las que prevalecen y reflejan en las convenciones internacionales la expresión del mínimo común denominador⁽⁸⁷⁾ de intereses nacionales, al que están dispuestos a conceder⁽⁸⁸⁾ los negociadores internacionales. A esta fórmula de compromiso de los negociadores internacionales se le ha calificado con razón como de alcance “minimalista”. La expresión “minimalista” conlleva las siguientes notas distintivas: *a)* El levantamiento de un listado de términos equivalentes en los Estados nacionales en los que se pretende uniformar la legislación; *b)* La clasificación de códigos y disposiciones estatutarias que corresponden a esos términos; *c)* La identificación del común denominador de las reglas clasificadas y finalmente *d)* La formulación de nuevas reglas consistentes en esos comunes denominadores⁽⁸⁹⁾. Este enfoque “minimalista” que priva en las convenciones *hard law* se resume en la redacción de normas “oficiales” o “positivas” (vinculantes); en este enfoque cualquier otro tipo de normas se consideran inciertas para ser uniformadas; este enfoque igualmente soslaya la disparidad proveniente de interpretaciones contradictorias de las mismas leyes o de la de sus comunes denominadores por tribunales, árbitros o partes contratantes y con ello la de un derecho transnacional, *verbi gratia* el derecho creado por las partes contratantes; e ignora finalmente el derecho que en forma cotidiana se forma en la práctica contractual o jurisdiccional.

Estas características de las convenciones internacionales *hard law*, limitan seriamente su potencial creativo; su ratificación también provoca un problema singular: pocas son las convenciones que entran en vigor ya que para ello requieren de un número determinado de ratificaciones⁽⁹⁰⁾. Finalmente, cuando se considera que la Convención multilateral deba ser modificada, es necesario repetir el mismo proceso;

(86) GOLDRING, John, “Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws”. *Uniform Law Review*, UNIDROIT, NS, vol. III, 2/3, 1998, p. 448.

(87) BONELL, Michael Joachim, “Modernisation and harmonization of contract law: objectives, methods and scope”, *Uniform Law Review*, UNIDROIT NS, vol. VIII, 2003, 1/2, p. 94.

(88) GOLDRING, John, ob. cit., *supra* nota 85, p. 448.

(89) KOZOLCHYK, Boris, “The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas”, En *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Congreso Interamericano. Valencia, Venezuela, 6 al 9 de noviembre de 1996. Actas, p. 98.

(90) FARNSWORTH, E. Allan, “Modernization and Harmonization of Contract Law: An American Perspective”, *Uniform Law Review*, NS, UNIDROIT, vol. VIII, 1/2, 2003, p. 106. En este mismo sentido, *Vid.* CALUS, Andrzej, ob. cit., *supra* nota 75, p. 160.

su flexibilidad para su actualización es por tanto muy reducida. A esto hay que agregar que la comunidad internacional ha mostrado muy poca habilidad para actualizar los instrumentos internacionales aun cuando se hayan experimentado cambios de sustancia⁽⁹¹⁾.

El enfoque “minimalista” contrasta con el enfoque de la consecución de la mejor regla comercial. Los actores en el comercio internacional anhelan la máxima uniformidad posible. Este enfoque sostiene que la uniformidad no debe agotarse en la que proviene del Estado, sino sustentarse en las prácticas, usos y costumbres comerciales⁽⁹²⁾.

Es por ello que se han explorado otras formas en la creación del orden internacional comercial. Se ha intentado proponer a sistemas jurídicos o regiones comerciales, que no tienen vocación institucional, la forma de “ley modelo” que debe ser discutida, antes de adoptarse, por los órganos legislativos de cada Estado nacional; o bien la formulación de instrumentos internacionales ya sea de derecho material o conflictual, en los que se intenta sistematizar prácticas comerciales como los Términos de Comercio Internacional (INCOTERMS), elaborados por la Cámara Internacional de Comercio de París, modelo de cláusulas contractuales tipo, relatorías (*Restatements*) o guías legislativas o contractuales.

A este respecto, es de mencionarse la ley modelo y el reglamento de arbitraje, documentos que se elaboraron en el seno de UNCITRAL⁽⁹³⁾ y cuyos resultados han sido sensiblemente exitosos⁽⁹⁴⁾.

La Cámara de Comercio Internacional con sede en París dentro del régimen de los usos previstos por el artículo 9o. inciso 2 de la Convención de Viena de 1980⁽⁹⁵⁾, desarrolló los llamados términos interna-

(91) KRONKE, Herbert, ob. cit., *supra* nota 57, p. 18.

(92) KOZOLCHYK, Boris, ob. cit., *supra* nota 88, p. 94.

(93) Vid. la página www.uncitral.org.

(94) México incorporó la ley modelo de arbitraje en su Código de Comercio conforme al Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 22 de julio de 1993.

(95) Véase el artículo 9o. inciso 2 de la Convención de Viena publicado en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos el día 17 de marzo de 1988, cuya fe de erratas fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos el día 25 de abril de 1988. El artículo 9o. fracción 2a. preceptúa: “...Salvo pacto en contrario, se considerara que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate...”.

cionales de comercio (INCOTERMS) de amplia aceptación por parte de los agentes económicos en el comercio internacional, tales como importadores, exportadores, compañías transportistas, aseguradores, agentes aduanales, consultores en comercio internacional, entre otros. Las INCOTERMS⁽⁹⁶⁾ aportan definiciones comunes en el comercio internacional con respecto al momento y lugar preciso en que la parte vendedora transmitirá a la compradora los riesgos y las responsabilidades sobre las mercancías, al objeto del contrato, a las definiciones de las obligaciones relativas al precio tales como el envase, el empaque, la carga de la mercancía a bordo del vehículo de transporte, el flete local y el internacional, el seguro de mercancía, el tipo específico de cobertura, los aranceles, los trámites y gastos para el despacho de exportación e importación, el costo por las maniobras de carga y descarga de la mercancía, entre otros.

La importación de los INCOTERMS es su aceptabilidad por un gran número de Estados nacionales y es un claro ejemplo de los instrumentos legales sujetos al régimen de *soft law*. El efecto de su uniformidad en la legislación relativa en la comunidad internacional no solamente es formal, sino que sirve de marco legal de referencia para la solución de controversias, generalmente arbitral que es su vocación natural, en términos y usos internacionalmente aceptados. En la solución de controversias se provee de la uniformidad legal necesaria que permite un alto grado de predictibilidad en las transacciones de comercio exterior y con ello de certeza jurídica.

Por su parte, la justipreciación de las guías legislativas, radica, justamente, en el balance de su contenido legal y económico. En efecto, las guías legislativas en su punto de origen consideran las diversidades de los sistemas legales para poder ofrecer soluciones alternativas para las partes en contratos específicos. En esta forma se intenta superar las consecuencias adversas provenientes de las diferencias en las normas legales⁽⁹⁷⁾.

La guía legislativa proporciona fundamentos importantes para las valoraciones económicas de elementos contractuales en transacciones específicas. En este contexto, los elementos jurídicos que se introducen en la guía legislativa, no se agotan en la perspectiva de eli-

(96) La Cámara Internacional de Comercio se ha encargado desde 1936 de su elaboración y actualización de acuerdo con los cambios que va experimentando el comercio internacional. Actualmente están en vigor los INCOTERMS 2000 en la Publicación 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

(97) CALAS, Andrzej, ob. cit., *supra* nota 75, p. 161.

minar las consecuencias resultantes de las diferencias provenientes de legislaciones domésticas, sino son constitutivas de un método para singularizar cláusulas contractuales que son de una gran relevancia jurídica⁽⁹⁸⁾.

En la misma forma, la guía contractual es de especial utilidad. Uno de los documentos más exitosos en este ámbito es la guía de franquicias internacionales elaboradas por el UNIDROIT⁽⁹⁹⁾. La composición de su grupo de trabajo⁽¹⁰⁰⁾ y la aprobación final por el Consejo de Dirección de composición plural⁽¹⁰¹⁾, le asegura un alto grado de inter-

(98) *Ídem.*

(99) UNIDROIT Franchising Guide.

(100) El grupo de trabajo compuesto por: Dr. Alan ROSE. Presidente, miembro de la *Australian Law Reform Commission*, Canberra, Miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT, Presidente del Grupo de Estudio y Relator del Capítulo 17; Dr. Andrzej CALUS. Profesor de Derecho y Director del *Institute of International Law*, en el Departamento de la Escuela de Economía de Varsovia; Dr. Aldo FRIGNANI Profesor de derecho de la Universidad de Turín y miembro del Bufete *Frignani y Pivano*, Turín, Relator del Capítulo 11; Dr. Franklin C. JESSE Jr. Miembro de Bufete *Gray Plant Mooty & Bennett*, en la Ciudad Minneapolis; Vice-Presidente del Comité sobre Franquicias Internacionales en la Sección de *Business Law* de la International Bar Association; Relator del Capítulo 9 y del Capítulo 13; Dr. Istvan KISS, Secretario General y Director de la Asociación de Franquicias de Budapest; Dr. Alexander S. KONIGSBERG, Q. C. miembro del Bufete *Lapointe Rosenstein*, Montreal; Ex Presidente del Comité de Franquicias Internacionales de la Sección de *Business Law* de la International Bar Association; Relator del Capítulo 3 y del Capítulo 10; Dr. Martin MENDELSON. Eversheds, Londres Londres; Ex Presidente del Comité de Franquicias Internacionales de la Sección de *Business Law* de la International Bar Association; Relator del Capítulo 4, Capítulo 6, Capítulo 15 y Capítulo 16; Dr. B. SEN. Abogado de la Suprema Corte de Justicia de la India, en Nueva Delhi; Miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT; Dr. Albert SCHULZ. Miembro del Bufete *Sigle Loose Schmidt-Diemitz* en Stuttgart, Presidente del Comité de Franquicias Internacionales de la Sección *Business Law* de la International Bar Association; Relator del Capítulo 5, Capítulo 7 y Capítulo 14; Dr. John VERNON. Miembro del Bufete *Strasburger & Price, L. L. P.* en Dallas, Texas; Relator del Capítulo 2; Dr. Philip F. ZEIDMAN. Miembro del Bufete *Rudnick, Wolfe, Epstein & Zeidman*, en Washington D. C.; Consultor General General de la Asociación Internacional de Franquicias, en Washington D. C.; Ex Presidente del Comité de Franquicias Internacionales de la Sección *Business Law* de la International Bar Association, Relator del Capítulo 8, del Capítulo 12 y del Capítulo 19; Dra. Lena PETERS. Oficial de la Secretaría del UNIDROIT; Secretaria del grupo de estudio; relatora de la Introducción del Capítulo 1, del Capítulo 18, del Capítulo 20 y de los Anexos 1-3. Editora General.

(101) El Consejo de Dirección estaba compuesto en ese momento por: Omer I. AKIPEK/Turquía; Antonio BOGGIANO/Argentina; Isabel de MAGALHAES COLLADO/Portugal; Charles R. M. DLAMINI/África del Sur; E. Allan FARNSWORTH/Estados Unidos de América; Royston M. GOODE/Reino Unido; Yasuo FLAMASAKI/Japón; Arthur S. HARTKAMP/Países Bajos; Tsvetana KAMENOVA/Bulgaria; Roland LÖWE/Austria; Lyou BYUNG-HWA/República de Corea; Ferenc MADL/Hungría; Vicente

nacionalidad y equilibrio. Los argumentos hechos valer en favor de la elección de guía legislativa, dan buena cuenta del debate en torno al régimen de *soft law*. En efecto, al decidirse por la elaboración de una guía contractual fueron varios los elementos de convicción que se analizaron: la guía ilustraría problemas que pudieran surgir con temas ya regulados en una u otra forma por las legislaciones nacionales, pero que fuesen de importancia capital en el contexto de las franquicias (*verbi gratia* situaciones relacionadas con la propiedad intelectual). Igualmente podría ilustrar las ventajas y desventajas de las diferentes opciones que se ofrecen a los operadores del mercado y los prevendría de las dificultades que pudieran surgir en la confección de un contrato de franquicias; la exposición de esta guía se hubiera visto frustrada si UNIDROIT hubiese optado por la forma tradicional de una convención *hard law*. Esta guía contractual pudo ser elaborada en un corto período de tiempo; en contraposición el método y el tiempo requerido para la elaboración de una convención *hard law* son, sustancialmente, diferentes. Esta guía se pudo proponer inmediatamente después de concluida, al mercado y en consecuencia ponerla a disposición de los operadores del mercado; en tanto que la Convención Internacional hubiera requerido de un número determinado de ratificaciones para entrar en vigor seguida de la preparación de legislaciones nacionales que la implementasen. Es así como se determinó que si el propósito de la elaboración de un instrumento internacional era que fuera adoptada a la brevedad por la comunidad franquisataria o bien que le pudiese proporcionar un marco legal de referencia, en donde desarrollan sus prácticas contractuales, la forma de guía contractual sería la forma más apropiada.

Todas estas son formas de textos legales no vinculantes que se han llamado “normas narrativas” y que se integran al mencionado régimen de *soft law*⁽¹⁰²⁾.

Los textos legales sujetos a este régimen si bien están desprovistos de un carácter jurídico obligatorio, comienzan a ejercer un enorme ascendiente sobre la conducta de los agentes del mercado y a provocar

MAROTTA RANCEL/Brasil; Jorg PIRRUNG/Alemania; Jean-Pierre PLANTARD/Francia; Jacques PUTZEYS/Bélgica; Alan D. ROSE/Australia; Jorge SÁNCHEZ CORDERO/México; Biswanath B. SEN/India; Leif SEVON/Finlandia; Anne-Marie TRAHAN/Canadá; Ioannis VOULGARIS/Grecia; Pierre WIDMER/Suiza; Zhang YUE-JJIAO/República Popular de China.

(102) JAYME, Eric, *Rechtsbegriffe und Kunstgeschichte: En neues Recht zum Schutz von Kulturgut*, Internationales Kulturelrgüterschutz.

cambios significativos en las prácticas comerciales, por lo que no se puede soslayar su importancia.

La construcción de normas narrativas o de *soft law* ha sido muy recurrida en el pasado reciente. Es el proceso de eliminación de barreras para el comercio internacional, el que ha inducido a los Estados nacionales a modificar su derecho de obligaciones y de contratos y adoptar o aplicar estas leyes modelo, relatorías (*restatements*) o guías legislativas o contractuales elaboradas por organizaciones internacionales prestigiosas como lo son UNIDROIT o UNCITRAL.

Estos instrumentos satisfacen, además, otras finalidades: asisten a las partes en transacciones internacionales y ofrecen diversas soluciones a los derechos nacionales, tanto en la formación como en la aplicación de los contratos. En estos casos, la importancia de esta armonización “indirecta” radica en la adopción de soluciones uniformes, especialmente por la que respecta a normas facultativas o supletorias que difieren sensiblemente de un sistema legal a otro⁽¹⁰³⁾.

Igualmente, y en forma muy señalada como normas narrativas sujetas al régimen del *soft law*, pueden citarse los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de UNIDROIT) aprobados en mayo de 1994 por el Consejo de Dirección del UNIDROIT⁽¹⁰⁴⁾.

Sin entrar al análisis de la naturaleza que se contiene en lo particular de cada disposición de los Principios de UNIDROIT, que escapa totalmente a los límites de este trabajo, en términos generales, se puede sostener que este cuerpo normativo, ofrece un sistema “neutral” de reglas. Bajo esta consideración se puede recurrir a ellos cuando se trate de suplir deficiencias u omisiones en convenciones de derecho privado; significan igualmente una alternativa a las leyes nacionales que están diseñadas para resolver situaciones locales y que difícilmente al confeccionarse se repara en transacciones comerciales internacionales⁽¹⁰⁵⁾.

Los argumentos anteriores encuentran uno de sus puntos de apoyo en el origen de estos Principios de UNIDROIT; el grupo inicial de trabajo⁽¹⁰⁶⁾ estuvo compuesto por distinguidos juristas, provenientes

(103) CALUS, Andrzej, ob. cit., *supra* nota 75, p. 161.

(104) Principios de UNIDROIT.

(105) BASEDOW, Jürgen, ob. cit., *supra* nota 32, p. 137.

(106) El primer grupo de trabajo estuvo constituido por los siguientes juristas: Michael Joachim BONELL. Profesor de Derecho, Universidad de Roma I, “*La Sapienza*”; Presidente del Grupo de Trabajo; Relator del Capítulo I (incluye el Preámbulo).

de diferentes jurisdicciones, cuya óptica fue esencialmente transnacional y por lo mismo excluyó cualquier preeminencia de derecho positivo proveniente de un sistema legal particular, y asegurar su carácter internacional. La convergencia de diferentes mentalidades jurídicas y su conciliación en la obtención de la mejor regla comercial es uno de las grandes aportaciones en esta obra colectiva que se enriqueció sensiblemente en el 2004⁽¹⁰⁷⁾.

lo), Capítulo 2 y Capítulo 4; Patrick BRAZIL. Abogado en Canberra; Ex Secretario, Abogado General del Departamento de Justicia, ex miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT. Paul-André, CREPEAU. Director, Centro de Investigaciones en Derecho Privado y Comparado del Québec; Profesor de Derecho en la Universidad McGill, Montreal; Samuel K. DATE-BAH. Profesor de Derecho. Universidad de Accra; Consejero especial jurídico de la Secretaría del Commonwealth, en Londres; Adolfo DI MAJO. Profesor de Derecho de la Universidad de Roma I “La Sapienza” Ulrich DROBING. Director del Max-Planck-Institute für und internacionales Privatrecht, Hamburgo; Relator del Capítulo 7, Sección 2 y Correlator del Capítulo 3; E. Allan FARNSWORTH. Profesor de Derecho de la Universidad de Columbia de la Ciudad de Nueva York. Escuela de Derecho; Miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT; Presidente del Comité Editorial; Marcel FONTAINE. Profesor de Derecho. Centro de Derecho de las Obligaciones, Universidad Católica de Louvain. Louvain la Neuve; Relator del Capítulo 5 y del Capítulo 6, Sección 1 (con exclusión de los artículos 6.1.14 y 6.1.17); Michael P. FUNNSTON. Profesor de Derecho, Universidad de Bristol; Relator del Capítulo 7, Sección 1 (con exclusión de los artículos 7.1.4 y 7.1.6). Alejandro GARRO. Profesor de la Universidad de Columbia en la Ciudad de Nueva York. Escuela de derecho; Ex abogado en Buenos Aires; Arthur S. HARTKAMP. Abogado General de la Suprema Corte de Justicia de los Países Bajos, La Haya, Profesor de Derecho en la Universidad de Utrecht; miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT; Hisakazu HIROSE. Profesor de Derecho, Universidad de Tokyo, Komaba; Huang DANHAN. Profesor de Derecho, Universidad de Negocios Internacionales y Económicos; Ex Director Adjunto del Departamento de Tratados y Derecho del Ministerio de Relaciones Económicas y Comercio de la República Popular China, en Beijing; Alexander S. KOMOROV. Presidente de la Corte de Arbitraje de Comercio Internacional de la República de la Federación Rusa. Cámara de Comercio e Industria; Jefe del Departamento de Derecho. Academia Rusa de Comercio Exterior, Moscú; Ole LANDO. Profesor de Derecho del Instituto Europea del derecho del mercado, Copenhague, Escuela de Economía y Administración de Negocios; Relator del Capítulo 7, Sección 3, Co-Relator del Capítulo 3; Dietrich MASKOW. Abogado en Berlín; Ex Director del *Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung* de la Ex República Democrática Alemana; Relator de los artículos 6.1.14 al 6.1.17 y del Capítulo 6, Sección. 2; Denis TALLON. Profesor de Derecho; Ex Director del Instituto de Derecho Comparado de París; Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales (París II); Relator del artículo 7.1.6 y del Capítulo 7, Sección 4. La secretaria del grupo de trabajo fue la Dra. Lena Peters de la Secretaría del UNIDROIT.

(107) El segundo grupo de trabajo estuvo constituido por los siguientes juristas: Luiz OLAVO BAPTISTA. Profesor de Derecho. Universidad de São Paulo; Michel Joachim BONELL. Profesor de Derecho de la Universidad de Roma I. “*La Sapienza*”; Consultor del UNIDROIT; Relator del Capítulo 2 Sección 2 y de los párrafos 4 y 6 del Preámbulo; Presidente del Grupo de Trabajo. Paul André CREPEAU. Profesor

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de los Principios de UNIDROIT. En su preámbulo se determina su ámbito de validez:

Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “Principios Generales del Derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

de Derecho (Emérito). Quebec. Director del Centro de Investigaciones de Derecho Privado y Comparado, en la Universidad McGill, Montreal; Samuel K. DATE-BAH. Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de Ghana; Adolfo DI MAJO. Profesor de Derecho de la Universidad de Roma III; Aktharn EL KHOLI Abogado en la Suprema Corte de Justicia de El Cairo; E. Allan FARNSWORTH. Profesor de derecho y titular de la cátedra *McCormack* en la Universidad de Columbia de la Ciudad de Nueva York. Escuela de Derecho; Presidente del Comité Editorial; Relator de la Cláusula Modelo; Paul FINN. Juez de la Corte Federal de Australia; Relator del artículo 1.8. Marcel FONTAINE. Profesor de Derecho (Emérito), Centro de las Obligaciones, Universidad Católica de Louvain, Louvain-la Neuve; Relator del Capítulo 9. Michael P. FINNSTON. Profesor de Derecho (Emérito), Universidad de Bristol; Relator del Capítulo 5, Sección 2. Arthur S. HARTKAMP. Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de los Países Bajos; Profesor de Derecho de la Universidad de Ámsterdam; Miembro del Consejo de Dirección del UNIDROIT; Relator del artículo 5.1.9; Huang DANHAN. Abogado. Profesor de Derecho. Vice-Presidente de la Sociedad China de Derecho Internacional Privado, Beijing; Camille JAUFFRET-SPINOSI. Profesor de Derecho. Universidad de París, Relatora del Capítulo 8; Alexander S. KOMAROV. Titular de la Cátedra de Derecho Privado de la Academia Rusa de Comercio Exterior; Presidente de la Cámara Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa; Ole LANDO. Profesor de Derecho (Emérito), Copenhague. Escuela de Economía y Administración de Negocios; Presidente de la Comisión Europea sobre el Derecho de los Contratos (1980-2001); Peter SCHLECHTRIEM. Profesor de Derecho (Emérito), Universidad de Friburgo; Relator del Capítulo 10; Takashi UCHIDA. Profesor de Derecho. Universidad de Tokyo. Observadores: François DESSEMONTET. Profesor de Derecho, Universidad de Lausanne; Observador de la Asociación Suiza de Arbitraje; Horacio Grigera Naón. Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (1998-2001). Gerald HERRMANN. Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL); Observador por parte del UNCITRAL (1998-2000); Giorgio SCHIAVON. Vice Presidente de la Cámara Nacional e Internacional de Arbitraje; Jernej SEKOLEC. Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL); Observador por UNCITRAL (2001-2003); Anne Marie WHITESELL. Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2002-2003). Las secretarías del grupo de trabajo fueron las oficiales Paula Howarth y Lena Peters de la Secretaría del UNIDROIT.

Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

Al margen de cualquier polémica relativa a su naturaleza, se estimó que los Principios de UNIDROIT tienen como finalidad la consecución de las diferentes funciones para las que fueron creados.

Igualmente se cuestiona si los Principios de UNIDROIT son suficientemente generales para poder concluir que son efectivamente Principios Generales de derecho. Puede sostenerse en este contexto que su carácter general no proviene de su contenido, sino de su aceptabilidad por diferentes Estados⁽¹⁰⁸⁾. En suma, los Principios de UNIDROIT podrán, válidamente ser considerados como Principios Generales de Derecho, en la medida en la que existan evidencias de su recepción por la comunidad internacional. El debate sobre naturaleza jurídica queda sintetizado en palabras del profesor Basedow⁽¹⁰⁹⁾, en la siguiente forma:

“[...] Their normative quality can only be assessed by a new theoretical reflection. It has to cross the traditional borderline between law and fact, between precepts and habits, and it must overcome the positivist concept that lawmaking is the exclusive prerogative of the State, to the effect that normative texts can only produce a binding effect if they have been approved in the proper constitutional manner...”

Desde una óptica diferente se ha sostenido como uno de los planteamientos básicos en este proceso de armonización que la adopción de la forma es parte del dilema que se plantea entre la certeza jurídica por una parte y la flexibilidad y la adaptabilidad por la otra. La forma de Convención, que en términos generales debe ser entendida como una codificación legal, satisface la primera proposición, en tanto las diferentes formas de régimen de *soft law*, satisfacen las exigencias de la segunda proposición⁽¹¹⁰⁾.

(108) BASEDOW, Jürgen, ob. cit., nota 32, p. 138.

(109) *Ibidem*, p. 132.

(110) KRONKE, Herbert, ob. cit., nota 57, p. 19.

Con el planteamiento anterior se ha considerado en debatir la conveniencia de elaborar normas conflictuales o normas substantivas en el proceso de armonización. A este respecto, se ha reflexionado que en la medida en la que la elaboración de reglas conflictuales resulten menos satisfactorias, se fortalece la necesidad de convenciones de derecho uniforme⁽¹¹¹⁾.

Finalmente, la armonización o uniformidad legislativa requiere de una política de armonización o uniformidad, y, por consecuencia, de una reconcepción de la noción de soberanía. La armonización o uniformidad legislativa únicamente puede conciliarse con la soberanía nacional, cuando el órgano legislativo de un Estado acepta adoptar una ley que puede ser idéntica o similar a la de otro u otros Estados nacionales. Esto es únicamente posible si el Estado actúa conforme a los intereses de su sociedad; así uno de los intereses substantivos podría ser la eliminación de los obstáculos para el comercio internacional⁽¹¹²⁾. En esta forma al armonizar o uniformar su legislación interna el Estado declina su derecho de implementar objetivos diferentes en su política interna.

Posiblemente, las ideas del profesor Jayme nos pueden ayudar a concluir y además darnos una mayor claridad en el análisis. "...El derecho privado no puede cambiar los eventos políticos. Sin embargo, en alguna forma, puede mitigar sus efectos nocivos. El reconocimiento del individuo y de su identidad cultural como una de las bases para la solución pacífica de conflictos, figura entre las estrategias para mantener la paz. Igualmente el equilibrio entre la protección a esta identidad y la necesidad de la integración de una persona en la sociedad puede servir como modelo jurídico en otros contextos. Esta prueba la utilidad del derecho internacional privado⁽¹¹³⁾.

(111) *Ídem.*

(112) GOLDRING, John, ob. cit., nota 85, p. 449.

(113) BORBA CASELLA, Paulo, ob. cit., nota 58, p. 303.

UN CÓDIGO DE LAS OBLIGACIONES PARA AMÉRICA LATINA. RELEER LOS “DIGESTA” DE JUSTINIANO⁽¹⁾

Por Sandro SCHIPANI⁽²⁾

SUMARIO: 1. Premisa. Referencias bibliográficas. 2. La importancia de los “Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa” del Parlamento Latinoamericano. 3. Las implicancias del reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano como subsistema del sistema jurídico romanista: a) La armonización interpretativa. b) La integración de las lagunas (entre las cuales aquella dependiente de las novedades de los actuales procesos de integración supranacional). c) El aporte para la unificación del derecho en el continente. d) El aporte para la formación del *ius gentium* actual en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos. 4. La necesidad de un ‘código’. 5. Centralidad de la obligación. La relectura de los *Digesta* y la tutela de los derechos humanos en la dinámica de la obligación. 6. Las fuentes de las obligaciones entre figuras generales y tipicidad: la relectura de los *Digesta* y el enfoque de Gayo (D. 44, 7, 1 pr.) y de Labeón (D. 50,16,19 y las reglas operativas conexas), y el empleo de la analogía.

1. PREMISA. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

La unificación del derecho de las obligaciones en América Latina ya desde hace tiempo viene siendo objeto de numerosos aportes científicos, de los cuales se han elegido algunos para este Coloquio cuya lectura se encuentra facilitada gracias al *sitio-web* de la organización del mismo. Quisiera también recordar la contribución de L. De Gásperi (La Ley, 1936, II, 131), y las aparecidas en el *Boletín del Instituto de derecho civil de la Universidad de Córdoba* (1943-1944-1945). Yo

(1) El presente artículo fue publicado en la “Revista Roma e América. Diritto romano comune. Rivista dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina”, 26/2008, ps. 49 y ss.

(2) Profesor en la Facultad de Derecho de la *Università di Roma “La Sapienza”*, Italia.

mismo comencé a participar de esta temática en los Congresos Latinoamericanos de derecho romano (Buenos Aires, 1976; Jalapa, 1978, nótese que en esta segunda ocasión fue aprobado un documento propuesto por el jurista brasileño Limongi França). Así es que maduraba en América Latina la idea de los ‘códigos tipo/códigos modelo’. La iniciativa fue recepcionada en algunos sectores disciplinarios de la ciencia jurídica, tales como el derecho penal, el derecho procesal, el derecho tributario, el derecho del trabajo, e incluso en el ámbito del derecho comercial (recuerdo en este sentido el estatuto para la empresa del Mercosur). En materia de derecho de las obligaciones se ha discutido la idea de adoptar el *Proyecto franco-italiano de código de las obligaciones* de 1927⁽³⁾. En Bogotá fueron realizados tres Coloquios científicos expresamente dedicados a un código tipo (1996, 1999 y 2001⁽⁴⁾); y mediante una actividad de cooperación interuniversitaria sostenida en el marco del programa “*América Latina Formazione Accademica (ALFA)*”, un significativo grupo de universidades latinoamericanas y europeas contribuyeron para la realización de tres cursos de Máster sobre este tema que han tenido sede en Roma, y con motivo de los cuales oportunamente también se llevaron a cabo respectivos Coloquios científicos.

En orden al derecho de las obligaciones, las dificultades constatadas —en un esfuerzo de síntesis— se refieren a la difundida separación entre codificación civil y comercial, que luego se traduce en una serie de problemas puntuales: al orden sistemático de la materia, tanto por la inclusión o no en los códigos civiles de una parte relativa al negocio jurídico, como por la adopción en algunos ordenamientos de la eficacia real del contrato, y, en general, por las reelaboraciones dogmáticas de algunas partes de la materia, con el consecuente problema de la colocación sistemática. Sin embargo, a estas dificultades no le es reconocida una relevancia tal como para ser consideradas un impedimento insalvable, sino que —por el contrario— se trata de simples problemas que no deben soslayarse, existiendo concordia en sostener la factibilidad de la obra. Quizá las dificultades principales son, por un lado, la debilidad del apoyo que se requiere de la voluntad política y de las convenciones relativas a los procesos de integración en marcha (en primer lugar las instituciones del Mercosur), colocándose a la par

(3) M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato*, 8, Padova, 1980.

(4) AA VV, *El Contrato en el sistema Jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, Bogotá, 1998; AA.VV., *El Contrato en el sistema Jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, II, Bogotá, 2001.

la 'fuerza residual' y la 'viscosidad' del orden actual, así como la idea que la integración no exija un derecho común que supere los actuales particularismos; y, por otro lado, las presiones de origen diverso que contrastan con la consciencia acerca de la importancia de la dimensión latinoamericana en el contexto de la denominada globalización económica.

Entiendo, además, que el movimiento impulsado mediante los eventos científicos anteriormente recordados pueda expandirse, y confío en que el presente Coloquio sea un momento demostrativo de esta expansión en una perspectiva de búsqueda de la eficacia, que requiere de *qualitas doctrinae* y de una recepción de las propuestas a través de un consenso extendido entre los colegas.

A esta altura de la exposición las conclusiones que podemos formular son las siguientes:

a) sobre el tema se han ocupado tanto civilistas como romanistas, e inclusive algunos valiosos aportes relativos al sistema y a la unificación del derecho provienen de los teóricos generales o filósofos del derecho. Por lo tanto, será provechoso proseguir con esta fórmula de colaboración interdisciplinaria, afirmando e intentado extender la consistencia del presente núcleo inicial de estudiosos del derecho civil y del derecho romano, en esta doble composición de base;

b) de gran utilidad será elaborar un archivo electrónico que incluya los escritos más significativos sobre la materia, de modo que pueda ser accesible para la consulta por todos los participantes del proyecto y/o por todos aquellos que estuvieren interesados. Se trata de la necesidad de conservar los aportes ya efectuados (algunos de los cuales son verdaderamente preciosos) y de reflexionar a su respecto, lo cual me parece de importancia capital (cf. *infra*);

c) es posible y útil además organizar cursos de post-grado (de Máster) o dirigir tesis de Doctorado sobre el tema. La Universidad de Roma "Tor Vergata" (a la cual ahora se ha sumado la Universidad "La Sapienza") viene trabajando en este sentido; y, mientras agradece a quienes ya han colaborado, solicita a ellos y también a los otros colegas Latinoamericanos de proseguir con este esfuerzo de colaboración en aras de lograr una multiplicación de las iniciativas, para lo cual también resulta importante una adecuada coordinación de las mismas;

d) desde un punto de vista general, un gran aporte confieren y lo seguirán haciendo los cursos sobre 'Principios/Fundamentos' de derecho latinoamericano que progresivamente se van difundiendo en América Latina.

2. LA IMPORTANCIA DE LOS “LINEAMIENTOS METODOLÓGICOS PARA LA REALIZACIÓN DE ESTUDIOS DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA” DEL PARLAMENTO LATINOAMERICANO

El documento que en el año 2003 emitió el Parlamento Latinoamericano y lleva por título: “*Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa*” (que se encuentra a disposición de los participantes de este Coloquio en el *sitio web* respectivo, como he anticipado), constituye a mi criterio una importante contribución para iniciar nuestros trabajos.

No me detengo en referencias relativas a los procesos de integración en América Latina. La aspiración hacia formas de unidad política en el continente ya estaban presentes mientras tenía lugar la gran Revolución por la Independencia; posteriormente (en la segunda mitad de 1800), el nombre mismo ‘América Latina’ emerge en los escritos de Francisco Bilbao y José María Torres Caicedo, justamente en alusión a proyectos dirigidos a concretar dicha unidad⁽⁵⁾. Si bien el Parlamento Latinoamericano cuenta con un sistema de elección de segundo grado, que reduce la relación con los ciudadanos (aunque cabe apuntar que este sistema también ha caracterizado al Parlamento Europeo por muchos años), en definitiva representa a todos los pueblos del continente, y por consiguiente constituye —a partir de los últimos decenios del siglo pasado— la expresión emblemáticamente más elevada e incluyente de tales diseños. Aún con los límites de competencia que actualmente tiene, el mismo —representando los pueblos y su potestad— constituye también el poder legislativo que, para nuestro sistema jurídico, las leyes de las XII Tablas ya en el V siglo a.C. confirmaban que residía en el pueblo.

El esfuerzo por simplificar al máximo la indicación de los motivos por los cuales corresponde continuar la “armonización legislativa” en América Latina, la ambición de los objetivos y la prudencia en la graduación de los mismos, son todos aspectos que caracterizan al documento en examen y, entiendo por tanto que expresan una actitud realista que nosotros deberíamos también asumir.

En el documento en cuestión se individualizan diversos niveles que puede proponerse el legislador en su actividad cuando opera en el actual contexto institucional Latinoamericano. En este sentido, se

(5) Cf. BILBAO, FRANCISCO, *El Evangelio Americano*, 1864; TORRES CAICEDO, J. M. *Unión Latino-Americana. Pensamiento de Bolívar para formar una Liga Americana*.

enuncian las siguientes tareas: “a) estudios de legislación comparada”, precisándose a propósito, a través de la identificación de dos niveles sucesivos, que “(...) consiste en la recopilación, revisión y análisis, tanto de los cuerpos jurídicos que norman la acción sobre la materia de que se trate, en los países Latinoamericanos, como de todo estudio o antecedente que exista”; “b) definición de los grandes principios y fundamentos”; “c) propuestas de armonización relativa”; “d) propuestas de armonización absoluta”; y, “e) elaboración de códigos y otros cuerpos jurídicos de carácter *marco* que para los efectos de este documento denominaremos simplemente como *código o código marco*“. Estas actividades representan momentos ideales del trabajo, es decir desde la comparación, pasando por la individualización de los principios y fundamentos comunes, hasta la elección de una solución unificadora en una perspectiva Latinoamericanocéntrica.

De todos estos momentos que el documento luego puntualiza, quiero destacar la correspondencia sustancial que existe con textos Latinoamericanos bien conocidos y utilizados por todos ustedes. Así, pienso —en orden cronológico— en la comparación e individualización de la solución mejor que resulta de las notas puestas por Tristán Narvaja al Proyecto de Código Civil para la República Oriental del Uruguay; en aquella desarrollada con mayor amplitud por Freitas en las notas a su *Consolidação* y después al *Esboço*; por Vélez Sarsfield al Código Civil argentino; por Clovis Bevilacqua a la Edición histórica del Código Civil brasileño de 1916; inclusive recientemente por el documento inédito sobre los trabajos preparatorios del Código Civil de Cuba (1983); o bien por el texto al cuidado de C. Morales Guillén del Código Civil boliviano de 1976 (otros textos pueden escapar de mi memoria). Ahora bien, con excepción del último texto citado, tales precedentes reflejan el recorrido —esquemático y sedimentado— transitado por el autor del articulado.

En Europa el conocido *Proyecto* de García Goyena es un texto de índole similar; y también cabría mencionar el denominado Proyecto Lando de los *Principios de derecho europeo de los contratos* [en italiano ed. Giuffrè, Milán], cuya actualidad y el propósito que lo inspira hacen que se encuentre mucho más cercano a los problemas que aquí estamos tratando. Si bien los comentarios y notas del Proyecto Lando resultan por lo general de carácter descriptivo, ofrecen una documentación —y creo que esto es importante— aun con mayor extensión que la que nos proporcionan Freitas, Vélez Sarsfield o Bevilacqua. Empero, a diferencia de éstos últimos, entiendo que procuren en menor medida una reconstrucción de los ‘principios y fundamentos’ y de las soluciones consecuentes.

Este método guarda una cierta y no casual correspondencia con aquel que fuera propuesto por Justiniano a sus juristas para que, frente al *ius controversum* presente en los escritos científicos de los juristas anteriores y por tanto a la pluralidad de soluciones, no aplicasen más el método de la denominada ‘ley de citas’. Como sabemos, esta última recurría al criterio formal representado por la mayoría de adhesiones a una solución y en base una jerarquía preestablecida entre los juristas, mientras que Justiniano —en cambio— proponía comparar todas las soluciones y extraer aquello que se considerara para cada problema específico “mejor y más justo”⁽⁶⁾.

Asimismo, considero importante destacar la dimensión latinoamericanocéntrica que se caracteriza ante todo por un enfoque que reconoce su eje en el sistema jurídico Latinoamericano con sus coherencias y potencialidades, y posteriormente por el ensanchamiento de la visión en miras de incluir otros aportes que pueden ser valiosos. Estos deberían ser buscados en primer lugar en el cuadro del sistema jurídico romanista en su conjunto (es decir en el ámbito de la comunicación entre las experiencias de los ordenamientos y de los subsistemas que se encuentran más próximos⁽⁷⁾), y luego en cada uno de los restantes complejos de experiencia jurídica, pero siempre conservando la capacidad de resistencia asimiladora de los principios propios a fin de que no se resienta la coherencia interna del sistema⁽⁸⁾.

En mérito a este primero examen sumario sumaria del documento del Parlatino se pueden formular las siguientes observaciones:

a) en primer término, pienso que será fundamental informar al Parlatino de la actividad que estamos realizando, y si —como espero— la misma tendrá seguida, corresponderá actuar para madurar un contacto tal a fin de incorporar formalmente dichas actividades dentro de los objetivos del Parlatino;

(6) Cf. C. 1, 17, 1, 6 (Constitución *Deo autore*).

(7) Sobre la ‘comunicación’ con los ordenamientos más próximos, cf. G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un “luogo vicino” nell’ambito del diritto comune europeo*, in *Foro italiano*, 1973, V, 89 ss.

(8) Nótese que esta atención prioritaria al sistema jurídico Latinoamericano no emerge evidentemente de las notas colocadas en los códigos civiles citados que han sido los instrumentos mediante los cuales quedó perfeccionada la ‘transfusión’ [A. Díaz Biallet] del derecho romano en América Latina. Así, a través de dichos códigos, fue puesta en marcha la idea de hacer definitivamente propio el sistema jurídico romanista para la América Latina independiente, portadora de un centro autónomo de desarrollo de aquel, que funda y exige la perspectiva Latinoamericanocéntrica de la que estamos hablando.

b) el trabajo a desarrollar podría iniciarse con el reconocimiento e identificación de la peculiaridad del sistema jurídico Latinoamericano en sus diversos aspectos, materializándose las conclusiones en 'fichas.' Estas serían redactadas según el esquema de las notas de Bevilacqua: derecho romano, derecho intermedio, códigos latinoamericanos (u otros textos legislativos, o convenciones internacionales, etc.) con su correspondiente doctrina, sin excluir la doctrina que pueda deducirse mediante el examen crítico de las decisiones de los tribunales superiores. De esta manera quedaría explicitada la tarea de reconstrucción-elaboración de los conceptos, principios, institutos y normas con el objeto de alcanzar la determinación de la mejor solución, con un tránsito que va desde la recopilación de los datos, pasando por su organización y elaboración reconstructiva. Este reconocimiento deberá estar también atento a la comunicación particular y privilegiada que se verifica dentro del sistema jurídico romanista. Se examinarán posteriormente eventuales aportes que pueden inferirse de los institutos y normas presentes en otros complejos de experiencia jurídica;

c) en definitiva, la perspectiva Latinoamericanocéntrica no importa un límite a la recopilación de informaciones, sino que simplemente es expresiva de la adhesión a la realidad del sistema (de sus principios y de sus coherencias internas) que corresponde llevar a efecto.

3. LAS IMPLICANCIAS DEL RECONOCIMIENTO DE LA UNIDAD Y ESPECIFICIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO COMO SUBSISTEMA DEL SISTEMA JURÍDICO ROMANISTA

El sistema jurídico Latinoamericano comienza la etapa de su formación a partir del arribo de Cristóbal Colón en tierra americana. Asistimos, entonces, al encuentro entre sistema jurídico romanista; tradición ibérica del mismo, representada esta última ante todo por las *Siete Partidas*; y *costumbres y formas de vivir* de origen pre-colombino que fueron reconocidas e incluidas en una cornisa unitaria sistemática. Este proceso, luego, con la Independencia alcanza su maduración, y en el contexto de la reflexión sistemológica iniciada en la segunda mitad de 1800 por obra de la doctrina jurídica latinoamericana, viene definitivamente formulado el reconocimiento a nivel científico de su unidad y especificidad en el interior del sistema jurídico romanista.

Una de las características salientes del sistema Latinoamericano es que en su seno el nacionalismo jurídico estatal-legalista jamás ha llegado a tener un rol preponderante, y así la operatividad del derecho común Latinoamericano logró ser preservada sin que haya sido nunca negada. En otras palabras, en el sistema Latinoamericano si bien está

presente el modelo del estado moderno territorial nacional, no ha sido acogido el planteo del cierre del ordenamiento jurídico sobre sí mismo y del monopolio del estado en la producción e interpretación del derecho. Esta solución fue introducida por primera vez de manera aislada en Prusia (ALR/1794, precedido del *privilegium de non appellando*) y luego deviene hegemónica en Europa a fines de 1800 a causa de dicho nacionalismo, que produjo un nuevo particularismo y no estuvo en condiciones de resistir a los abusos de tal monopolio del estado.

a) La armonización interpretativa

El reconocimiento del sistema tiene implicancias operativas en el sentido de que el desarrollo del derecho en su interior está orientado por principios y fundamentos comunes, y esto se verifica especialmente en relación a la interpretación que —por tanto— debe presuponer y propender a la *consonantia*/'armonía y coherencia sistemática' de todas las normas del sistema. Se puede decir —simplificando mucho— que, desde el reconocimiento del sistema, consigue que la interpretación e integración de las normas sea hecha a la luz del mismo, de la cual se obtiene su armonización hermenéutica.

b) La integración de las lagunas (entre las cuales aquella dependiente de las novedades de los actuales procesos de integración supranacional)

Además, en los actuales procesos de integración supranacional (que no habían sido previstos en 1800), se verifica una actividad negocial entre sujetos que pertenecen a los países involucrados en dichos procesos, y esta no coincide con la actividad de los sujetos de un mismo país, ni con aquella que presenta elementos de internacionalidad en sentido propio. Las normas de derecho internacional privado no han contemplado esta situación y por ende se debe reconocer la existencia de una laguna en las leyes sobre el punto. Es singular como a veces estamos demasiado atentos a pequeñas novedades y como se nos pasa por alto en cambio esta excepcional novedad, dada por las relaciones entre sujetos pertenecientes a los ordenamientos comprendidos en los procesos de integración en marcha, y que —por lo general— se busca de reconducirlas dentro de los esquemas del derecho internacional privado clásico (interestatal). Después del fracaso del Congreso de Lima de 1875, en el cual se discutió sobre la posibilidad de adoptar un derecho civil común para América Latina, se pasó a la idea de un derecho internacional privado uniforme. Empero, esta solución ignora la específica dimensión de las relaciones con elementos de internacionalidad que se producen dentro de América Latina, y

tampoco es una solución adecuada en orden a la específica dimensión de los procesos de integración en los cuales tales relaciones asumen una especificidad que estrictamente no es interna ni internacional⁽⁹⁾. Si se reconoce que los procesos de integración hoy en marcha no están previstos en el ámbito del Derecho internacional privado, se debe admitir que nos encontramos frente a una laguna, y como en los supuestos de lagunas corresponde recurrir a los principios generales, así se debería hacer en este caso echando mano a los principios propios del sistema jurídico latinoamericano⁽¹⁰⁾.

c) El aporte para la unificación del derecho en el continente

En fin, es cierto que el común sistema del derecho romano no configura un derecho generalmente uniforme, sino que incluye una variedad de derechos civiles, y aunque pareciera que son ámbitos en los cuales una uniformidad no es recomendable ni factible, en algunos sectores la uniformidad es perfectamente posible y más aún aconsejable, tal como en el de las obligaciones. El reconocimiento de la unidad y especificidad del sistema jurídico Latinoamericano, entonces, constituye —como ha sido admitido en diversas ocasiones— la base para la unificación del derecho en materia de obligaciones. Aquí encuentra un camino más fácil que en otros contextos, como por ejemplo el europeo donde coexisten sistemas jurídicos diversos, o aquel a escala universal que también es de gran importancia y para el cual —como es sabido— hay valiosas iniciativas en curso.

d) El aporte para la formación del *ius gentium* actual en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos

Justamente en relación a la elaboración de un derecho universal uniforme, pienso que también deba ser tenido en consideración el reconocimiento del sistema jurídico Latinoamericano. En orden a los *Principios* de UNIDROIT ya se había abierto esta discusión, destacándose —entre otras cosas— la asimetría a veces presente en las posiciones de las partes contratantes y la necesidad de ponderarlas especial-

(9) Sobre la Conferencia de Lima cf. J. SAMTLEBEN, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, I, Buenos Aires, 1983, 10 ss.

(10) Se podría trazar un paralelo con el derecho romano, cuando entre los ciudadanos y los extranjeros existía la categoría de los que gozaban entre sí del *ius commercii*, que era un derecho común a ellos y así formaban parte de un proceso de integración: el *foedus Cassianum*.

mente⁽¹¹⁾. La experiencia de la deuda internacional y de las modalidades sobre la base de las cuales la misma ha sido tratada, llevó asimismo a evidenciar puntos críticos de tales modalidades de gestión, así como también principios fundamentales que no han sido respetados y los daños causados por la forzada renuncia al propio derecho. De aquí, la importancia de una tempestiva y unitaria afirmación de los principios del derecho latinoamericano en el contexto internacional, de su reconocimiento y respeto en estos tipos particulares de actividad comercial e incluso —no vacilo en decir— en las actividades comerciales en general. El sistema Latinoamericano ha dado claras muestras de su capacidad para ser portador de un patrimonio que se evidencia más adecuado para la tutela de los derechos humanos, en especial de las partes más débiles y/o pertenecientes a los países económicamente más vulnerables, y este aporte es sumamente importante en la formación del *ius gentium* que corre en nuestros días⁽¹²⁾.

4. LA NECESIDAD DE UN ‘CÓDIGO’

A fin de que el sistema pueda desarrollar toda su potencialidad en los diversos niveles que esquemáticamente he enunciado, falta aún el instrumento representado por el esfuerzo constructivo que cabe exigir de la ciencia jurídica, y así poder materializar definitivamente los resultados en un *corpus* unitario.

Nuestro sistema jurídico se funda en la ley, en el edicto del *pretor* (el gran ausente ya en la época de Justiniano), en la obra de los juristas y en la costumbre.

Los códigos esencialmente son el fruto de la convergencia de la actividad científica de los juristas y de la voluntad del legislador. Así es que la ciencia jurídica latinoamericana, en tanto ya ha reconocido la especificidad y unidad del propio sistema, debe hacerse cargo de elaborar el renovado derecho común de América Latina. Un *corpus* de principios y reglas producido por la misma, el texto de un articulado por ella redactado e integrado en el sistema, haría practicable en lo cotidiano la ‘realidad’ del mismo en sus diversas dimensiones. Y luego,

(11) Cf. los Congresos de Roma (AA VV, *I ‘Principi per i contratti commerciali internazionali’ e il sistema latinoamericano*, al cuidado de M. J. BONELL-S. SCHIPANI, Padua, 1996), y de VALENCIA (AA VV, *Los Principios de UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Roma 1998, 256 ss.).

(12) Cf. Parlamento Latinoamericano, *Conclusões do Seminário sobre: “Divida externa dos Países em desenvolvimento”* (São Paulo, 11/11/2007), en *Roma e America. Diritto romano comune*, 23/2007, 323 s.

el apoyo del Parlamento Latinoamericano resultará fundamental para la consolidación de estos objetivos.

Sobre este punto las conclusiones son que:

a) el código Latinoamericano de las obligaciones encuentra aplicación en los países de América Latina entre los cuales están en marcha (o entrarán en lo sucesivo) procesos de integración supranacional o bien otras formas de unión tendientes a facilitar e intensificar las relaciones entre los ciudadanos de los países comprometidos;

b) dicho código encuentre aplicación incluso fuera de tal ámbito, siempre que las partes reenvíen voluntariamente al mismo;

c) los principios dispuestos en la base de este código sean funcionales asimismo para orientar y armonizar unitariamente la interpretación de los respectivos ordenamientos estatales:

d) y finalmente, como '*código marco*', sirva para guiar la producción de eventuales reformas en los respectivos códigos.

5. CENTRALIDAD DE LAS OBLIGACIONES. LA RELECTURA DE LOS "DIGESTA" Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DINÁMICA DE LA OBLIGACIÓN

La individualización de las obligaciones es un importante y característico aporte del derecho romano. El más antiguo sistema de relaciones sociales y jurídicas parece constituido en gran medida por posiciones potestativas, y se discute si también aquel que posteriormente llegó a ser el vínculo obligatorio pudo haber aparecido originariamente en el seno de este tipo de relaciones. En esta discusión se hace referencia a la situación en la cual el 'ob-ligado', es decir 'ligado en razón del' cumplimiento de una prestación, lo estaba en virtud de 'vínculos materiales' (jurídicamente regulados), y —por tanto— si bien continuaba siendo hombre libre quedaba sometido al poder del acreedor, mientras que el cumplimiento debía ser llevado a cabo por un tercero que, teniendo en cuenta la conducta debida, 'disolvía' al 'responsable' de tal vínculo material de sujeción. Omitiendo considerar los pasos intermedios, es cierto que la 'obligación' en sentido propio nace recién cuando dicho vínculo material pasa a ser un vínculo meramente jurídico, y —en consecuencia— queda puesta en primer plano ya no la sujeción personal a una potestad ajena, sino la necesidad jurídica de cumplir. Así es que esta última viene adosada a la misma persona 'obligada' que resulta constreñida a una colaboración, y que —en caso de eventual incumplimiento— responde

exclusivamente con su patrimonio, sin que su libertad personal sufra restricciones aun en la hipótesis de insuficiencia de dicho patrimonio en relación al valor de la prestación. La obligación, así separada de las relaciones de sujeción, se distingue de los diversos deberes jurídicos (generales o particulares), cargas, etc. La obligación, toda vez que hace jurídicamente necesarias las conductas del obligado que es precisamente compelido a cumplir las prestaciones (principales y accesorias), viene definida, delimitada en sus posibles contenidos y alcances, a través de una constante labor de interpretación jurídica y de control de dichas prestaciones —en nombre de la licitud, la buena fe, la equidad, la diligencia, los usos, las leyes, etc.—, que variadamente los distintos sujetos proponen con su voluntad. En esta obra de ‘construcción-definición’ se evidencia como emerge el aporte de las luchas sociales, así como el valor de la ley (sólo basta recordar las leyes para limitar los intereses y la famosa *lex Poetelia* que ha afirmado que los deudores no debían más estar sujetos a vínculos materiales) y también el de la ciencia jurídica.

Elaborada unitariamente en primer lugar a través de la acción *in personam*, luego incorporada en las Instituciones de Gayo (Gai. 3, 88), y posteriormente en las de Justiniano (J. 3, 13 pr.), como uno de los institutos sistemáticos de base para la organización de la materia en el ámbito de las relaciones patrimoniales (*res corporales-incorporales*), en torno a la definición de obligación se ha construido su respectiva parte general que constantemente continúa a desarrollarse y perfeccionarse, encontrando amplia acogida en el sistema jurídico Latinoamericano.

La ciencia jurídica que ha elaborado la “parte general” de las obligaciones en los códigos Latinoamericanos, ha luego proseguido su trabajo adecuándola a las exigencias prácticas en continua mutación. Si bien es verdad que la obligación cuyo objeto es una prestación de ‘dar’ haya prevalecido en la primera fase de elaboración de dicha parte general (condicionando por ende algunas de las reglas), es igualmente verdad que la relevancia de las actividades que venían incluidas en el ‘hacer’ ha después hecho sentir su voz. Por último, el extraordinario crecimiento de los ‘servicios’ ha modificado la realidad, comprometiéndole una mayor atención por determinados aspectos y exigencias de la conducta debida, incluso tipificando otras prestaciones además de las principales. En este sentido, considero fundamental y proficuo efectuar una ‘relectura’ de los Digestos de Justiniano que vaya más allá tanto —por ejemplo— de Pothier o del Pandectismo alemán, como de Bello, de Freitas o de Vélez. Así por ejemplo, el problema de la denominada ‘imposibilidad de la prestación’ ha sido ya agudamente discu-

tido a la luz de tal relectura⁽¹³⁾, como también el rol de la diligencia, la llamada obligación de resultado, la garantía por la calidad del producto, la aprobación de la obra, la *datio in solutum*, etc.

Sin embargo, quiero ahora indicar la importancia del hecho que la mentada ‘relectura’ concierna a institutos que han aparecidos en otros momentos obsoletos y no fueron recogidos en los códigos. Puramente a título de ejemplo, se puede leer D. 17,2,63 pr. En este texto se hace referencia al *beneficium competentiae/condemnatio in id quod facere potest* (“condena a lo que pueden hacer”), sobre la base del cual el ya recordado límite de la patrimonialidad de la responsabilidad del obligado, que no respondía más —como ya he destacado— con su persona sino solamente con su patrimonio, encuentra un posterior desarrollo en nombre de la *fraternitas*/'fraternidad', por lo cual la salvaguardia de la persona exige que no quede reducida a la miseria, y paraliza la ejecución patrimonial dentro de ciertos límites que los tiempos y las situaciones generales variamente concretizan y que hoy podemos indicar en la garantía que exige el respeto por la vida, la salud, la familia y la vivienda⁽¹⁴⁾.

6. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES ENTRE FIGURAS GENERALES Y TIPCIDAD: LA RELECTURA DE LOS “DIGESTA” Y EL ENFOQUE DE GAYO (D. 44, 7, 1 PR.) Y DE LABEÓN (D. 50,16,19 Y LAS REGLAS OPERATIVAS CONEXAS), Y EL EMPLEO DE LA ANALOGÍA

La unificación del derecho ha tenido lugar generalmente con relación a institutos bien circunscriptos. Pensemos, por ejemplo, en la letra de cambio, en la compraventa de cosas muebles, o en la tutela del consumidor (si bien este ámbito goza de mayor extensión que los anteriores).

La problemática de las obligaciones nos remite al examen de sus fuentes, y en este sentido juega un papel dominante el ya citado texto de las Instituciones de Gayo (Gai. 3, 88), con la conocida bipartición: ‘contrato-delito’, cuyo carácter sumario en principio se inspira en razones didácticas, aunque tales formulaciones simplificadas se usan a veces también por brevedad⁽¹⁵⁾. Dicha bipartición, de todos modos viene

(13) Cf. CARDILLI, R. “*Bona fides*” tra storia e sistema, Turín, 2004.

(14) Este tema ha sido tratado por V. ABELENDA en su tesis de doctorado, la cual espero sea próximamente publicada.

(15) Cf., por ejemplo, en los mismos textos justinianos J. 4,6,1. Puede también señalarse que la bipartición tiende asimismo a ser exhaustiva a través de un uso del término ‘contrato’ bastante genérico, por lo cual queda incluida en el mismo la *negotiorum gestio* en D. 3,5,15 (16), la tutela en D. 13,5,1,6, la *communio* en D. 42,4,3

luego corregida e integrada en las Instituciones de Justiniano (3,13,2), que la transforman en la cuatripartición ‘contrato-como de contrato-delito-como de delito.’

La relectura de los Digestos, sin embargo, nos ofrece también otro modo de corregir la bipartición en D. 44,7,1 pr., texto que también corresponde a Gayo, extraído de sus *res cottidianae* (obra posterior y más profundizada que las Instituciones), en el que propone la tripartición ‘contrato-delito-varias causas típicas.’

En realidad, este texto ha sido objeto de muchas discusiones e inclusive se ha impugnado que su autoría correspondiese a Gayo. No obstante, tanto la imposibilidad de atribuir a Gayo la idea de que dicha bipartición fuese exhaustiva y que no fuese sólo una simplificación didáctica, como en particular el modo de proceder de Gayo en la ejemplificación sucesiva⁽¹⁶⁾, inducen a considerar que es genuina la tripartición. La misma se encuentra, pues, en sintonía con un uso equilibrado de la analogía, como parece derivar de la fijación del edicto perpetuo que había acaecido pocos decenios antes⁽¹⁷⁾.

Este planteamiento tiene seguramente ventajas, a saber: se renuncia a reconducir las *fattispecies* que no constituyen contratos o delitos dentro de las categorías generales de las cuales no puedan definirse sus elementos constitutivos comunes; y se adecua por tanto explícitamente a la tipicidad y a la posibilidad de aplicar la analogía sobre la base de una verificación atenta de la efectiva presencia de los presupuestos en cada instituto típico para que aquella proceda. A primera vista parece que los códigos sigan las Instituciones de Justiniano, pero luego a menudo funden en una sola las dos categorías de delito y de cuasi-delito, y, al mismo tiempo, no ofrecen indicaciones para precisar cuáles sean los elementos constitutivos comunes del cuasi-contrato, por lo cual éste viene a corresponder —no obstante la denominación— a la categoría de las varias causas típicas.

En suma, entiendo que dicha tripartición pueda ser de utilidad para nuestro trabajo, aunque esta conclusión requiere al menos otras dos puntualizaciones.

pr., el testamento en D. 45,2,9 pr., el legado en D. 50,17,19 pr. No obstante, no es este empleo del vocablo ‘contrato’ que técnicamente se fija.

(16) Cf. D. 44,7,5.

(17) Cf. *Const. Tanta*, § 18 (*in fine*): “...si algo no se encontrara consignado en el edicto, pudiese resolverlo una nueva autoridad, según las reglas, las conjeturas y las analogías de aquél”.

En primer lugar, cabe tener presente que el sistema jurídico Latinoamericano ha elaborado y fijado en algunos de sus códigos asimismo la categoría del acto/negocio jurídico, cuyos efectos pueden ser diversos. Es verdad también que en tales códigos, dentro de dicha categoría científica de mayor extensión y generalidad, se distinguen los institutos que son fuente de obligaciones (o que inciden sobre las vicisitudes de las obligaciones) de los restantes, como aquellos acuerdos con eficacia real o el testamento. Es, pues, igualmente verdad que en un significativo grupo de los códigos que no han acogido la mencionada categoría general, el contrato no se ha desarrollado en una dirección que tienda a generalizarlo (es decir, no se ha desarrollado hacia la asunción del rol de acto jurídico bilateral, como *v.gr.* ha sucedido en Italia). No obstante algunas importantes orientaciones, se debe decir que el sistema Latinoamericano está caracterizado por una perspectiva más directamente romanista que marca una separación entre los actos con eficacia real y los contratos, estos últimos con eficacia obligatoria⁽¹⁸⁾.

La posibilidad de atribuir al contrato una eficacia más extendida —tanto real como obligatoria— propia de la experiencia ítalo-francesa, podría estar sometida a la voluntad explícita de las partes, o podría también ser presunta (salvo prueba en contrario), en los casos que ambas partes pertenezcan a ordenamientos cuyos códigos la prevén⁽¹⁹⁾.

En segundo lugar, la tripartición en examen impone un orden de la materia que no incluye el tratamiento del hecho, del acto o del negocio jurídico, volviendo a incluir en la parte relativa al contrato también aquellos argumentos que han sido incluidos en la disciplina de tales categorías más generales, con generalizaciones que son todavía objeto de incertidumbres o de críticas, o que requieren enunciados normativos que derogan las mismas. De este modo se enfoca además la distinción entre las materias que se refieren a la obligación y aquellas que se refieren al contrato que comportará ciertamente, en cuantos casos, discusiones. Adviértase que entre los códigos Latinoamericanos más ilustres, una vez eliminada una parte general sobre el hecho, acto, negocio jurídico, es sin dudas el de A. Bello aquel al cual es dable referirse como punto de partida para la sistematización de la materia.

(18) Cf. S. SCHIPANI, *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*, en AA.VV., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un código latinoamericano tipo*, Bogotá, 2001, 13 ss.

(19) Este enfoque por tanto sería diferente de aquel del *Code européen* de GANDOLFI, que en cambio prevé la posibilidad de otros efectos, a más de aquellos obligatorios, en un idéntico plano (art. 1º, inc. 1).

Es cierto que los desarrollos de la ciencia jurídica siguen modificando en varios aspectos la sistematización de la materia, y, a este respecto, el índice del Código Civil italiano ofrece un esquema que ha recogido resultados ampliamente difundidos y aceptados en el sistema romanista, y por lo tanto puede ser utilizado para la integración y modificación del código de Bello como potencial nuevo punto de partida para nuestro trabajo.

En fin, una comprobación debe tal vez realizarse en relación a otro problema.

En la romanística reciente ha sido realizada una relectura de la noción de contrato que evidencia una riqueza de posibles implicancias⁽²⁰⁾. Releyendo los Digestos de Justiniano, es sabido que encontramos en aquella de Labeón la única definición de contrato formulada por los juristas romanos.

D. 50,16,19 Ulpiano, *Comentarios al Edicto, libro XI*: “Labeón define en el libro primero del edicto del pretor urbano, que unas cosas (asuntos) se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que “lo actuado” (*actum*) es una palabra general, ya sea que alguna cosa (asunto) se haga (*agitur*) de manera verbal (*verbis*), <ya sea con documentos escritos>, ya sea mediante la entrega de una cosa (*re*), como en la estipulación (*stipulatio*), <o en las transcripciones de obligaciones en el libro de las entradas y de las salidas (*nomina transcripticia*)>, o en la entrega de dinero (*numeratione*); pero “lo contraído” (*contractum*) significa la obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman “synállagma” (συνάλλαγμα), como la compra, venta, locación, conducción, sociedad <y mandato>; “lo gestionado” (*gestum*) significa alguna cosa (asunto) hecha sin palabras”.

Esta definición ‘explícita’ (ya que las otras se infieren de los discursos y razonamientos que podemos deducir de las fuentes y por ende son ‘implícitas’) concentra la noción de contrato sobre aquel acto bilateral/plurilateral del cual emanen obligaciones corresponsivas, reconociendo entre ellas un vínculo de interdependencia que —por ejemplo— concurre a precisar la operatividad de la buena fe. Así, se individualiza un ligamen recíproco entre las obligaciones, en cuya virtud no pudiendo surgir una de ellas no surgiría tampoco la otra (salvo la

(20) Cf. F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, 7/1999, 17 ss. (trad. esp. en *Sistema Jurídico latinoamericano y Derecho de los Contratos*, al cuidado de D. F. ESBORRAZ, 17 ss.); D. F. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema en América Latina*, Santa Fe, 2006.

hipótesis de los denominados contratos claudicantes⁽²¹⁾. Este ligamen se prolonga a lo largo del curso de la vida del contrato, por lo cual las vicisitudes de una obligación se reflejan sobre la otra con un atento balance de las razones y de la misma consistencia de aquellas⁽²²⁾. Y se recoge —en tal ligamen recíproco— el presupuesto para la posible superación de la tipicidad contractual que caracterizaba el sistema romano de los contratos durante la época de Labeón, y, por tanto, cobra impulso la formación del instituto jurídico del contrato con eficacia bilateral, que incluye además las convenciones atípicas, aquellas en las cuales podía ser dudoso el encuadramiento del tipo concluido⁽²³⁾, y también las figuras con bilateralidad llamada imperfecta o potencial⁽²⁴⁾, permaneciendo en el ámbito de la tipicidad las demás figuras generadoras de obligaciones no correspectivas⁽²⁵⁾. A esta definición parece que en las fuentes puedan vincularse otras reglas operativas que también emergen de la relectura de los Digestos: así *v.gr.* la resolución del contrato por incumplimiento⁽²⁶⁾, o la *exceptio non adimpleti contractus*⁽²⁷⁾, o la misma responsabilidad por imposibilidad sobrevenida⁽²⁸⁾, o la lesión enorme⁽²⁹⁾; las cuales merecen una renovada reflexión crítica.

Un desarrollo parcialmente distinto al propuesto por Labeón es el que encontramos en Aristón:

D. 2,14,7 pr. Ulpiano, *Comentarios al edicto*, lib. IV: “Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras, excepciones. 1. Las (convenciones) que producen acciones, no subsisten con su nombre (genérico de convenciones), sino que pasan a (asumen) el nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, so-

(21) Cf. D. 19,1,13,29; pero *Vid.*, 18, 5,7,1; D. 16,2,9 pr.

(22) Cf. D. 19,1,50; D. 19,2,28; D. 19,2,60. Sobre el punto F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano*, I, Turín, 1992, 214 ss.

(23) Cf. por ej. D. 19,5,1,1; D. 18,1,50 (cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., 190 ss.).

(24) Cf. por ej., D. 17,1,8 pr. relativo al mandato y al depósito, sobre lo cual F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., 210 ss.

(25) F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., 251, observa: “L’attività negoziale ha bisogno di uno spazio di atipicità: l’atto giuridico bilaterale produttivo di obbligazioni reciproche corrisponde ad esigenze non eliminabili nelle relazioni umane e presenta una propria individualità (viene sottoposto ad apposite regole) in ogni sistema giuridico”.

(26) Cf. D. 12,4,3,2.3.

(27) Cf. D. 19,1,13,8; D. 44,4,5,4.

(28) Cf. D. 19,1,50; D. 19,2,9, 4.19,1,50; 19,2,9,4.

(29) Cf. C. 4,44,2.

ciudad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes. 2. Si la cosa (la convención) no pasare (no diese lugar) a otro contrato, y subsistiere (hubiere sido ejecutada), sin embargo, la causa, respondió acertadamente Aristón a Celso <hijo>, que había obligación (o mejor dicho, un acto generador de obligaciones); por ejemplo te di una cosa, para que me dieras otra; di para que hagas algo, esto es *συνάλλαγμα*, y de aquí nace una obligación (acción) civil. Y por ello opino que con razón fue Juliano reprendido por Mauriciano en esto: te di a Stico, para que manumitas a Pánfilo; lo manumitiste; Stico fue vindicado. Juliano escribe que se ha de dar por el pretor la acción del hecho (*in factum actionem*); aquel <Mauriciano> dice que basta la acción civil de cosa incierta (*civilem incerti actionem*), esto es, la *praescriptis verbis*; pues que hay un contrato, que Aristón llama sinalagma (*συνάλλαγμα*), de donde nace esta acción”.

Este planteamiento de Aristón se inserta en un sistema que no pone en discusión la regla de la tipicidad, y se preocupa —en cambio— por integrar la serie de los contratos típicos ya acuñados con el reconocimiento de efectos civiles a aquellos acuerdos concluidos entre las partes a los cuales haya seguido la ejecución de la prestación por una de ellas; esta ejecución, en efecto, hace civilmente exigible la otra prestación prevista. Y todo esto en nombre del equilibrio que debe ser garantizado entre los patrimonios durante el desenvolvimiento de la actividad negocial.

Estas perspectivas están presentes también en el ámbito de aquellas elaboraciones más sensibles al perfil del acuerdo, como en el texto de las Instituciones de Gayo relativo a los contratos consensuales, y permiten tener debida cuenta de todos los matices posibles:

Gayo, *Institutas*, libro III; 135: “Se contraen obligaciones mediante el consentimiento en las compraventas, en los arrendamientos, en las sociedades, en los mandatos; 136. Y decimos que por estos modos se contraen las obligaciones mediante el consentimiento porque no se requiere ninguna formalidad ni de palabras ni de escritura, sino que es suficiente con que consientan aquellos que realizan el negocio; (...) 137. Además, en estos contratos una persona se obliga con la otra por aquello que debe hacer una a la otra de acuerdo con la equidad, mientras que, por el contrario, en las obligaciones por las palabras una estipula y la otra promete, y en las transferencias de créditos, una obliga anotando el desembolso y la otra queda obligada”⁽³⁰⁾.

(30) *Vid.*, también GAI. 3, 155: “El mandato tiene lugar... y quedamos obligados recíprocamente el uno con el otro en lo que se deba hacer de buena fe...”.

Para concluir, entiendo que todas estas perspectivas merecen ser atentamente ponderadas y en alguna medida es factible que sean combinadas, eventualmente desplazando el acento puesto en las obligaciones (presente en la definición de Labeón) hacia las prestaciones, como fue propuesto recientemente⁽³¹⁾. Sin que implique tomar directamente posición en esta sede sobre la noción científica de contrato, a los fines de la predisposición de un código, quizá sería útil verificar si no pueda ser proficua una noción de contrato aún más restringida de las habituales, pero que igualmente sirva para poner de resalto las exigencias fundamentales de equidad y transparencia. Las mismas podrían encontrar debido resguardo en una convención de los contratantes expresiva de un ‘querer’ cumplir prestaciones recíprocas, donde —por consiguiente— la prestación (o las prestaciones) de una de las partes haya su justificación y justa medida en aquella (o aquellas) de la otra⁽³²⁾. A este ‘contrato’ se podría sumar una norma relativa a la aplicación analógica, cuya utilidad ya he indicado a propósito del problema general de las fuentes de las obligaciones y de la eficacia del contrato. A título de ejemplo, se podría prever que el Código se aplique por analogía —en la medida de lo posible y con las oportunas adecuaciones— a los otros acuerdos dirigidos a constituir, modificar o extinguir obligaciones de una sola de las partes, o bien un derecho real, e inclusive a las promesas unilaterales, y, en suma, a todos aquellos comportamientos jurídicamente relevantes que evidencien la presencia de una voluntad negocial⁽³³⁾.

(31) F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone* cit.; D. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema*, cit.

(32) La definición propuesta por F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., 55, reza: “Il contratto è l’atto plurilaterale produttivo di prestazioni patrimoniali corrispettive”; mientras que D. ESBORRAZ, *Contrato y Sistema* cit., 240 (*vid.* también 252 y 258) sugiere la siguiente: “El contrato es el acto jurídico plurilateral que tiene por fin inmediato constituir entre las partes relaciones jurídicas creditorias recíprocas de naturaleza patrimonial, así como su regulación, modificación, interpretación, transmisión o extinción; pudiéndose también beneficiar con él a terceros”.

(33) Cf. un enfoque semejante en los *Principios Lando*, art. 1:107.

LA PROPUESTA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por Carlos VATTIER FUENZALIDA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Órgano proponente. 2. Características de la Propuesta. 3. Presupuestos, objetivos y fuentes. 4. Síntesis del contenido. a) La relación obligatoria. b) El contrato en general. 5. Conclusión y perspectivas.

1. ÓRGANO PROPONENTE

La Comisión General de Codificación ha tenido desde su creación, en 1843, un papel extremadamente importante en la constante labor de renovación del Derecho civil en España. En su primera época, se gestó en ella el célebre Proyecto de Código Civil de 1851, animado por F. García Goyena, cuyas *Concordancias* constituyen la obra científica más sólida de nuestra literatura decimonónica⁽²⁾. Este Proyecto se publicó en *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, pero fracasó y no llegó a ser acogido por el Gobierno; no obstante, es la base del Código vigente y proceden de él aproximadamente dos tercios de su contenido. Restablecida la Comisión en 1875, se nombró presidente de la Sección de Derecho Civil a M. Alonso Martínez, quien fue el impulsor de numerosas leyes que están todavía en vigor, entre las que destaca el Código Civil, cuya versión definitiva de 1889 fue redactada por la mencionada Sección⁽³⁾, y por eso se le ha atribuido, no sin cierta exageración, una función colegisladora.

(1) Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Burgos.

(2) GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reimpresión, con nota preliminar de J. L. LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, 1974, y una útil tabla de concordancias con el texto en vigor.

(3) Sobre su papel en la Comisión, F. LASSO GAITE, Alonso Martínez, codificador, y su protagonismo la redacción del Código Civil, C. VATTIER FUENZALIDA, Alonso Martínez, la codificación y la ciencia del Derecho Civil en el siglo XIX, am-

En la actualidad, la Comisión es un órgano administrativo de carácter asesor que formula propuestas no vinculantes al Ministerio de Justicia, el cual puede asumirlas como anteproyectos de ley o no; en caso afirmativo, la propuesta adquiere naturaleza oficial y es trasladada luego al Consejo de Ministros, al que incumbe su aprobación como proyecto de ley y su presentación a las Cortes Generales⁽⁴⁾. Ha sido la Sección Primera, de Derecho Civil la que ha llevado a cabo los trabajos preparatorios de las grandes reformas del Código, como la del Título preliminar, de 1974, o las del Derecho de familia de 1981. En esta línea se inscribe, entre otras, la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos que ha sido publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, pero no se ha convertido aún en anteproyecto de ley⁽⁵⁾.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA PROPUESTA

Con todo, la Propuesta adopta el estilo propio de los proyectos de ley. Tras una relativamente amplia Exposición de Motivos, en su artículo primero se sugiere modificar por completo los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil; mientras el primero se ocupa de las obligaciones, el segundo versa sobre los contratos, aunque el texto actual lo mismo que la Propuesta se refieren aquí al contrato, así en singular, esto es, las reglas generales y comunes aplicables a todos los contratos, a las que se añade en los Títulos siguientes la disciplina de cada contrato en particular, desde la compraventa (Tít. IV) hasta los contratos constitutivos de las garantías reales (Tít. XV). A continuación, dos artículos proponen amplias modificaciones del contrato de compraventa; otros dos retocan, con el fin de acomodar las remisiones a los Títulos modificados, los contratos de arrendamiento de cosas, censo, sociedad, préstamo simple de dinero, comodato, transacción

bos en *Manuel Alonso Martínez. Vida y obra*, coord. C. ROGEL y C. VATTIER, Madrid, 1991, ps. 371 y ss., y 453 y ss.

(4) Para el estatuto vigente, C. JEREZ DELGADO y M. J. PÉREZ GARCÍA, La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2009-I, ps. 155 y ss., donde se estudian las propuestas sobre la compraventa de 2005, reforma del Código de Comercio de 2006 y la del Código Civil de 2009, que nos ocupa.

(5) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXII, enero 2009. Suplemento, texto que para facilitar su consulta reproducimos en el anexo; también se ha publicado como libro por la Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2009, versión que utilizamos nuestro estudio, en la existe la llamativa errata de mantener el artículo 1460, que ha sido suprimido y sustituido por el nuevo artículo 1450 (EM, par. XV), aparte de alguna pequeña variación en el título, índice y disposiciones finales.

y también la prescripción extintiva, al tiempo que los dos siguientes dan nueva denominación a las rúbricas de la compraventa, en tanto el último precepto consagra la aplicación general en todo el territorio español por tratarse de una materia civil que está reservada por la Constitución a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª).

Además, en la Propuesta se ha querido dejar constancia de los vocales de la Sección de Derecho Civil, que ha trabajado casi quince años bajo la presidencia del Profesor L. Díez-Picazo y Ponce de León, Catedrático Emérito de la Universidad Autónoma de Madrid⁽⁶⁾, si bien la autoría material de las distintas ponencias, en su fase final, se ha encomendado con preferencia a miembros que son además profesores de dicha Universidad, una de las más prestigiosas del país.

3. PRESUPUESTOS, OBJETIVOS Y FUENTES

Conocido su aspecto externo, podemos adentrarnos en los presupuestos, objetivos y fuentes de la Propuesta. A tenor de la Exposición de Motivos, surge ante todo la necesidad de actualizar el Libro IV del Código Civil no sólo por ser el menos logrado en la versión original (par. II), sino por ser el que ha sufrido los avatares económicos y sociales del siglo XX con más intensidad, hasta desembocar en la globalización de la centuria actual (par. III). Esta actualización es palpable en la renovación que se propone del régimen aplicable a la relación obligatoria, en el que resalta la presunción de solidaridad pasiva, las cláusulas penales, los remedios del incumplimiento o la alteración extraordinaria de las bases del contrato (par. V).

Por otro lado, en lo que concierne al Derecho de consumo, se ha optado por la “gran solución”, de manera que la Propuesta recoge el núcleo esencial de las Directivas comunitarias protectoras de los consumidores en materia contractual (par. IX); en particular, alcanza especial relieve la nueva disciplina del contrato de compraventa dado que la Propuesta confiere un alcance general, para cualquier clase de contratantes, al régimen previsto por la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, ya incorporado al ordenamiento español, con ciertas deficiencias, por la ley 23/2003, de 10 de julio, e integrado en el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En este punto, la Exposición de Motivos es sumamente amplia y pormenorizada (par. XI a XXXVI) y las reformas parciales

(6) Un anticipo de la Propuesta ofrece L. Díez-Picazo, Reforma de los Códigos y Derecho Europeo, en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, p. 1565 y ss.

propuestas han sido previamente divulgadas⁽⁷⁾. En general, debe destacarse que la Propuesta busca la mayor aproximación posible a los ordenamientos europeos, tal como se conciben hoy, a la espera de la futura unificación del Derecho Europeo de Contratos (par. IV). Meta que es ampliamente compartida por la civilística española, aunque existen opiniones dispares sobre los métodos más idóneos para alcanzarla.

Asimismo, otro propósito confesado por la Propuesta es facilitar en lo posible la contratación con vistas a favorecer el desarrollo económico; de aquí que se atenúen los elementos esenciales del contrato, se entienda que se ha celebrado por el comienzo de ejecución, se regule el consentimiento por el cruce de oferta y aceptación o se acepte que la imposibilidad inicial de la prestación no invalida necesariamente el contrato (par. VI). En el mismo sentido, la Propuesta trata de compaginar los vicios de la voluntad con el principio de buena fe, al tiempo que mitiga el rigor de la causa (par. VII); además, conforme al modelo anglosajón, regula el incumplimiento con un carácter netamente objetivo, de modo que el deudor responde siempre que la prestación no sea imposible o especialmente onerosa y el acreedor puede resolver el contrato, al menos cuando hay un incumplimiento esencial; y de acuerdo al mismo modelo, caben ante el incumplimiento los remedios de la acción de cumplimiento, resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios (par. VIII).

En suma, para la Propuesta que nos ocupa el Código Civil “moderno” debe ser convenientemente actualizado tras más de un siglo de evolución doctrinal y jurisprudencial, debe aproximarse a los restantes ordenamientos europeos que han sido ya reformados y debe acoger múltiples soluciones provenientes del *Common Law*. Por eso, según la Exposición de Motivos, sus principales fuentes son, ante todo, la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 1980, en vigor en España desde 1991; en seguida, los Principios sobre contratos comerciales internacionales publicados por UNIDROIT en 1994, así como los Principios del Derecho contractual europeo publicados y revisados por O. Lando y H. Beale en 2000; por fin, la Ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones de 2001, en vigor desde 2002 (par. IV)⁽⁸⁾.

(7) MORALES MORENO, A. M. “Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, p. 1609 y ss.

(8) En la literatura española destacan: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coord. por L. Díez-Picazo y Ponce

Además, es fácil constatar del influjo de otros Códigos, como el italiano o el alemán, cuya recepción por la Propuesta es ostensible tanto en las normas sobre obligaciones como en las relativas al contrato. Esto quiere decir que no se han tenido en cuenta el Anteproyecto de Código europeo de contratos elaborado por la Academia de Pavía⁽⁹⁾, ni el Proyecto (académico) de Marco Común de Referencia⁽¹⁰⁾; con la posible salvedad del llamado Anteproyecto Catala, parece que tampoco se han atendido las demás propuestas francesas debido sobre todo a razones cronológicas⁽¹¹⁾.

4. SÍNTESIS DEL CONTENIDO

Por lo que respecta al contenido, la Propuesta es extensa y contiene algunos preceptos de redacción bastante densa; nos limitamos aquí naturalmente a destacar las sugerencias que resultan más relevantes e innovadoras respecto al texto actual del Código Civil. La genealogía y la crítica de las nuevas normas deben quedar para otra ocasión; por ahora, de acuerdo al orden sistemático, las novedades se refieren a la

de León, Madrid, 1998; *Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, coord. D. Morán Bovio, Pamplona, 1998, 2ª ed. 2003; *Principios de Derecho contractual europeo, Partes I y II*, trad. P. Barres Benlloch, J. M. Embid Irujo y F. Martínez Sáenz, Madrid, 2003 y 2007, sobre los cuales el breve estudio de L. Díez-PICAZO, E. ROCA i TRIAS y A. M. MORALES MORENO, *Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, y las obras colectivas *Derecho Privado Europeo: Estado actual y Perspectivas*, coord. M. R. Díaz Romero *et al.*, Madrid, 2008, *Principios de Derecho contractual europeo y Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, dir. P. FERRER VANRELL y A. MARTÍNEZ CANELLAS, Palma de Mallorca, 2009 y *Derecho contractual europeo*, dir. Esteve Bosch Capdevilla, Barcelona, 2009.

(9) Mencionado por Díez-PICAZO, *ob. cit.*, p. 1568, no figura, en cambio, en la Exposición de Motivos; literatura española: *Código europeo de contratos*, coord. C. VATTIER, J. M. DE LA CUESTA y J. M. CABALLERO, Madrid, 2003; *Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía*, coord. G. García Cantero, Zaragoza, 2005, y C. VATTIER FUENZALIDA, "El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía", en *Anuario de Derecho Civil*, 2008, p. 1841 y ss.

(10) *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, ed. C. v. BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE, Munich, ed. abreviada 2008 y completa 2009.

(11) Para el primero, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)", en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, ps. 621 y ss.; además, entre otros, *Principes contractuelles communs*, coord. B. FAVARQUE-COSSON y D. MAZEAUD, París, 2008 y F. TERRÉ, *Pour un réforme du droit de contrats*, París, 2008. Sobre estos proyectos, I. PICOD, « Les projet français sur la réforme du droit des obligations », en *Indret* (electrónica) 10, 2009, 12 ps.

relación obligatoria (A), al contrato en general (B), debiendo prescindir de las relativas al contrato de compraventa en particular.

a) La relación obligatoria

Ya en la primera disposición general se aprecia el influjo anglosajón, dado que la relación obligatoria se enfoca desde la perspectiva del acreedor, aunque convive con la noción clásica de obligación puesto que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa; y a esto se une que la prestación, acaso por influencia italiana, debe satisfacer siempre un interés legítimo del mismo acreedor (art. 1088)⁽¹²⁾. Lo que repercute luego en la noción de incumplimiento, que se concibe como la frustración de una promesa, por cualquier motivo y con independencia de la culpa del deudor, salvo imposibilidad, fuerza mayor o alteración de las circunstancias. Consiguientemente, aparece la responsabilidad patrimonial universal inmediatamente después y se nos dice que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1089). A continuación se plantea la posible sustitución de las partes, tanto del deudor por medio de la acción subrogatoria, que se concede también al acreedor bajo condición o término (art. 1090), como de cualquiera de ellas, consagrándose la libre transmisión de los derechos adquiridos, salvo disposición o pacto contrario (art. 1091), lo que se regula al final del Libro de las obligaciones, tras el régimen del incumplimiento. En fin, las disposiciones generales terminan con una referencia a las fuentes de las obligaciones, que son los contratos, los daños, el enriquecimiento sin causa y cualquier otro hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto, incluida la promesa unilateral (art. 1092), regulándose la promesa pública de recompensa (art. 1093) y la de un premio mediante concurso (arts. 1094).

Tras las disposiciones generales, la Propuesta sigue el molde de Pothier y distingue las diferentes clases de obligación⁽¹³⁾. Sobre las obligaciones de dar, se reitera la regla conocida según la cual hay derecho a los frutos desde que es exigible y la entrega comprende todos los accesorios (art. 195). Acerca de las obligaciones genéricas, la elección corresponde al deudor (art. 1096) y se convierten en específicas desde que este haga cuanto le incumba para la entrega (art. 1098), de modo que el acreedor

(12) Para este cambio de óptica, A. M. MORALES MORENO, Evolución del concepto de obligación en el Derecho español, en *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Cizur Menor, 2006, ps. 17 y ss. Sin embargo, la Propuesta mantiene el concepto clásico de prestación del actual art. 1088 CC, que procede de POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, trad. esp., Madrid, 1872, p. 2.

(13) POTHIER, ob. cit., ps. 81 y ss., igual que los arts. 1113 y ss. CC.

está obligado a colaborar para facilitar el cumplimiento de la obligación. Las obligaciones pecuniarias se rigen por el nominalismo, pero cuando se trate de indemnizar un daño o restituir un valor han de ser cumplidas con la suma de dinero equivalente (art. 1096) en tanto se excluye el anatocismo salvo pacto o desde la reclamación judicial o extrajudicial del acreedor (art. 1105), sin que se contemplen las cláusulas o módulos de actualización. Las obligaciones alternativas son no sólo las que recaigan sobre objetos distintos, sino aquellas cuyas prestaciones difieran por sus circunstancias, como el lugar y tiempo del pago (art. 1106), mientras la imposibilidad de cualquiera de ellas se rige, según los casos, por la responsabilidad contractual o la resolución por incumplimiento, sin que el deudor pueda elegir una prestación imposible, a no ser que lo sea por causa imputable al acreedor (art. 1109).

Por su parte, las obligaciones sujetas a condición suspensiva o resolutoria se regulan conjuntamente; en la fase de pendencia, cada parte puede actuar para conservar sus derechos, el deudor ha de ser diligente, bajo su responsabilidad, en la salvaguarda del derecho del acreedor, y puede repetir lo pagado por error, mientras se permite la transmisión de los derechos sujetos a condición (art. 1115), fase que termina cuando se cumple la condición, cuando sea indudable su incumplimiento, cuando transcurra el plazo en que se debió cumplir o, en fin, el que se hubiera debido señalar según la naturaleza de la obligación (art. 1113). En las obligaciones a plazo, el pago anticipado no es indebido, pero si hay error excusable y reconocible por el acreedor, éste debe descontar el interés legal o los frutos percibidos desde el momento del pago hasta el vencimiento de la obligación (art. 1118), al tiempo que si la duración fuere indefinida se estas obligaciones se extinguen por la denuncia por cualquiera de las partes hecha de buena fe (art. 1121).

Además, en las obligaciones con pluralidad de sujetos, se presume la solidaridad pasiva, salvo que los deudores sean consumidores frente a un profesional, presunción que se extiende al daño extracontractual que sea objetivamente imputable a varias personas sin que se pueda determinar su respectivo grado de participación, mientras que entre los acreedores sólo existe solidaridad por determinación del título o de la ley; solidaridad que se da entre acreedores y deudores aunque no estén ligados del propio modo o por distintos plazos o condiciones (art. 1122) y que se rige por un bien articulado régimen en cuyos detalles no podemos entrar.

Por último, se consagra con claridad el carácter netamente indemnizatorio tanto de la cláusula penal como de las arras. En cuan-

to a la primera, prevista para el caso de incumplimiento o de cumplimiento retrasado o defectuoso, exime de la necesidad de probar los daños, salvo que las partes la acordaran con carácter penal, y sin que sustituya a la prestación principal a no ser que se conceda la facultad de sustitución al deudor (art. 1146); igualmente, fijada la indemnización, el acreedor no puede pedir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo pacto (art. 1147) y el hecho causante del daño debe ser imputable a culpa del deudor (art. 1148); asimismo, ejercida la acción de cumplimiento, no cabe acumular la indemnización convenida y la pena convencional, salvo que resulte imposible o se trate de retraso, mientras que, si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, puede acumular la indemnización y la pena por el retraso (art. 1149); en fin, se admite la modificación judicial conforme a la equidad tanto de las indemnizaciones desproporcionadas como de las penas excesivas (art. 1150). Por lo que atañe a las arras, la señal constituye prueba de la celebración del contrato, se imputa a la obligación principal, permite el desistimiento mediante su pérdida o duplicación, en cuyo caso es una liquidación anticipada de los daños por pacto expreso (art. 1151)⁽¹⁴⁾.

Pocas novedades hay en materia de cumplimiento. Acaso las más sobresalientes sean el pago hecho por tercero y la subrogación, el lugar del pago, la dación en pago, la cesión para pago, la consignación notarial y la compensación extrajudicial. En efecto, el pago del tercero es posible aunque el acreedor puede recharzarlo si no cabe la subrogación y el deudor no se opone, al cual el tercero podrá reclamar lo que resulte de la relación de valuta o la medida de su enriquecimiento (art. 1156), mientras que la subrogación se extiende a las garantías y privilegios, aunque limitada a lo efectivamente pagado, y procede lo mismo por acuerdo con el acreedor que por aprobación del deudor, pago al acreedor preferente, pago hecho por el deudor garante o interesado, o a favor del prestamista; en caso de pago parcial, el acreedor conserva lógicamente su preferencia ante el tercero (art. 1156).

Por otro lado, el lugar del pago depende del tipo de obligación; si es de dar cosa determinada, será donde se encontraba al contraerse la obligación, mientras que si es pecuniaria, en el domicilio del acreedor, siendo de su cargo los gastos en caso de cambio de domicilio, en tanto

(14) Para el régimen propuesto, I. MARÍN LÓPEZ, "La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos", en *Indret*, 2, 2009, 17 ps. e I. ARANA DE LA FUENTE, Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, *Ibidem*, 10, 2010, 19 ps.

en los demás casos es el domicilio del deudor, pero, si fuera distinto del que tenía a constituirse la obligación, será el lugar de cumplimiento, salvo que el deudor comunique al acreedor su nuevo domicilio y le indemnice los perjuicios (art. 1162).

Además, la dación en pago se admite, si bien exige consentimiento del acreedor; si la cosa dada en pago no es conforme o adolece de vicios jurídicos, rige la disciplina de la compraventa, salvo que el acreedor opte por revocarla y exija la prestación primitiva, con indemnización de los daños, lo mismo que ocurre en caso de invalidez del convenio de dación en pago, en cuyo caso se extinguen las garantías otorgadas por terceros que conozcan o hubieran debido conocer tanto los defectos como las causas de invalidez (art. 1166). En cambio, en la cesión de bienes para pago, la obligación se extingue sólo en la medida en que el acreedor quede satisfecho tras la realización de la cosa cedida, mientras la obligación primitiva permanece en suspenso; esta cesión se presume si el objeto de la misma consiste en la asunción de una deuda o en la cesión de un crédito (art. 1167).

Por último, en la consignación notarial, el Notario levanta acta a petición del oferente, en la que deja constancia del depósito de las cosas debidas y del ofrecimiento o del anuncio previo, lo que notifica al acreedor, al tiempo que le requiere para que las reciba y quede enterado de la consignación realizada, recogiendo lo que manifieste ante el ofrecimiento y el requerimiento (art. 1172). La principal sugerencia en materia de compensación es concebirla como una especie de garantía voluntaria que asegura el cumplimiento, consagrando la posibilidad de invocarla fuera de juicio mediante una declaración, que será ineficaz si se sujeta a condición o término, de manera que el juez no puede declararla de oficio. No obstante, hecha efectiva la compensación, quedan extinguidos los créditos desde el momento en que se hicieron compensables (art. 1177), retroactivamente (art. 1178) y por el simple hecho de concurrir los requisitos legales (art. 1179).

Dados los antecedentes de la Propuesta, se comprende bien que el régimen del incumplimiento responda al modelo anglosajón, de incumplimiento único y objetivo⁽¹⁵⁾, aun cuando se sugiere alguna importación proveniente del Código alemán. De acuerdo con esto, hay

(15) Para un estudio pormenorizado, N. FENOY PICÓN, La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación: Aspectos generales. El incumplimiento, en *Anuario de Derecho Civil*, 2010, ps. 47 y ss.

incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o los deberes derivados de la relación obligatoria (art. 1188)⁽¹⁶⁾, cuyos remedios son la acción de cumplimiento, la reducción del precio, la resolución del contrato y además la indemnización de los daños y perjuicios (art. 1190) y, en las obligaciones sinalagmáticas, la suspensión preventiva del propio cumplimiento (art. 1191).

En particular, la acción de cumplimiento no procede en caso de imposibilidad, siempre que sea física o jurídica, excesivamente onerosa para el deudor, contraria de la buena o se trate de una prestación personalísima (art. 1192)⁽¹⁷⁾ y comprende la reparación, la rectificación o la sustitución de la prestación incorrecta (art. 1193). Además, la resolución exige un incumplimiento esencial, atendida la finalidad del contrato, y se puede ejercitar mediante una simple notificación (1199), tras un plazo razonable en los casos de retraso y falta de conformidad, salvo riesgo patente o declaración de incumplimiento (art. 1200). Por fin, la indemnización es compatible con los remedios anteriores (art. 1205) y se extiende a los daños que sean objetivamente imputables al deudor, a no ser que sea doloso, en cuyo caso responde de los previstos o que sean una razonable consecuencia del incumplimiento al momento de la celebración del contrato (art. 1208), pero no de los daños que el acreedor haya podido evitar o reducir adoptando las medidas exigidas por la buena fe, salvo los gastos, aun cuando tales medidas resulten infructuosas (art. 1211).

Seguidamente, la responsabilidad contractual cesa por fuerza mayor y por la alteración de las circunstancias. El primer supuesto se presenta cuando el incumplimiento obedece a un impedimento ajeno a la voluntad del deudor y extraño a su esfera de control —lo que excluye el caso fortuito— o que el pacto, la buena fe o los usos le obligaran a prevenirlo, a evitarlo o a superar sus consecuencias; el impedimento, que exonera del cumplimiento mientras dure, debe ser notificado apenas se conozca, con la carga de reparar los daños causados por su omisión, y admite cualquier otro remedio, salvo la indemnización de los daños derivados de la exoneración (art. 1209). La alteración, por su parte, debe modificar de forma extraordinaria e imprevisible las circunstancias que sirvieron de base al contrato, de manera que su cumplimiento sea excesivamente oneroso o se haya frustrado el fin del contrato, atendidas las circunstancias del caso y especialmente a la distribución legal o contractual del riesgo, en términos tales que no sea razonable

(16) Sobre estos deberes, cf. § 241 BGB.

(17) Cf. § 275 BGB.

mantener el contrato; verificados estos presupuestos, procede la revisión del contrato en orden a restaurar la reciprocidad y, si ésta no es posible, la resolución (art. 1213)⁽¹⁸⁾.

Por último, la Propuesta, sin solución de continuidad, pero en capítulos separados, contempla las restantes vicisitudes de la relación obligatoria, que nos limitamos a mencionar, pues, aparte de la introducción de algunas de ellas en el Código Civil, su regulación no presenta grandes novedades. Se trata de la cesión de créditos (art. 1214), la asunción de deuda (art. 1222), la delegación (art. 1226), la cesión de la posición contractual (art. 1227), así como de la novación (art. 1228), la remisión (art. 1231) y la confusión (art. 1233).

b) El contrato en general

A continuación la Propuesta se ocupa del contrato en general, cuya disciplina es exhaustiva y ofrece algunas innovaciones que conviene destacar. Se despliega en diez capítulos que se refieren a las disposiciones generales, la formación del contrato —que abarca las negociaciones previas, la oferta y aceptación, las subastas, las condiciones generales de la contratación, la contratación fuera de establecimientos mercantiles, la celebrada a distancia y la electrónica— los documentos públicos y privados, el contenido, la interpretación, la representación, el contrato a favor de tercero y para persona por designar, terminando con la nulidad, la anulación y la rescisión del contrato.

Ante todo, llama la atención que el acento se ponga en ocasiones más en la función antes que en la estructura. Así, el contrato se define por su función, esto es, el acuerdo por dos o más personas para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales y para establecer determinadas reglas sobre estas relaciones (art. 1236). Con el mismo enfoque se regula la causa, a saber: Ante todo, son nulos los contratos sin causa o con causa torpe, es decir, contraria a la ley o a la moral, sin que se pueda reclamar la restitución si existe el mismo grado de torpeza; por otra parte, se presume la existencia y licitud de la causa, mientras la expresión de una causa falsa da lugar a la nulidad, si no se prueba otra verdadera y lícita; en fin, el régimen aplicable al contrato no es el determinado por las partes, sino el que corresponde al conjunto de propósitos prácticos acordados por ellas y, si se combi-

(18) Para un estudio amplio, P. SALVADOR CODERCH, “Alteración de las circunstancias en el artículo 1129 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Indret*, 4, 2009, 60 ps., quien echa en falta una instancia de renegociación.

nan distintos contratos típicos, el más adecuado a la causa del contrato celebrado (art. 1238).

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento, cualquiera que sea su forma, incluidos los actos concluyentes, salvo que se exija que consten por escrito u otro requisito adicional (art. 1239). Tras el requisito de forma (art. 1240), aparecen dos normas que se corresponden mejor con el contenido del contrato, tal como lo regula la Propuesta, a cuyo tenor, si una cláusula sólo se puede modificar o extinguir de común acuerdo y por escrito, no se puede alterar de otro modo, salvo que se haya creado la confianza en que no habrá alteración (art. 1241); del mismo modo, una vez acordados los elementos esenciales, el contrato se perfecciona, aunque quede algún punto pendiente, a no ser que una de las partes exija a la otra el acuerdo sobre determinadas cláusulas o la suscripción de un documento, en cuyo caso se perfecciona cuando se satisfagan tales requisitos (art. 1242).

En lo concerniente a la formación del contrato, se parte de la premisa según cual las partes son libres para entablar negociaciones o para abandonarlas, debiendo actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe; aunque no aparece un deber expreso de información, la de índole confidencial sólo puede utilizarse en el contrato celebrado y que quien las entabla o interrumpe, o actúa sin intención de pactar, procede de mala fe y debe indemnizar los daños producidos en la medida en que deje a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones (art. 1245). Además, el régimen de la oferta y la aceptación no difiere en lo fundamental del previsto por la Convención de Viena, con dos salvedades que destacar. La primera es que, en caso de contraoferta, si las modificaciones de la respuesta a la oferta no la alteran significativamente —cualquiera que sea el objeto de las mismas— puede constituir aceptación, a no ser que el oferente hubiera exigido aceptación pura y simple o que proteste sin demora (art. 1251). Y la segunda se refiere a la “batalla de los formularios”, que se resuelve, una vez alcanzado el acuerdo sobre los elementos esenciales y las condiciones particulares, a favor de las condiciones generales sustancialmente comunes, integradas en su caso por la buena fe, el uso o la ley, salvo la protesta inmediata al acuerdo o la voluntad previamente expresada por una parte de no quedar vinculada sino por sus propias condiciones generales (art. 1252).

Por otro lado, en cuanto a los otros procedimientos de formación del contrato, la Propuesta pretende incorporar al Código Civil los aspectos esenciales de las Directivas comunitarias que protegen a los consumidores y usuarios —que no se definen— ante los contratos

celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (art. 1265), los contratos a distancia (art. 1267) y los contratos celebrados por vía electrónica (art. 1268). Cabe señalar que el derecho de desistimiento previsto en los dos primeros supuestos se puede ejercer en el plazo de siete días, el mismo que se ha establecido con carácter general por el precitado Texto Refundido de 2007 (art. 71). En cambio, la Propuesta es sumamente innovadora en lo que atañe a las condiciones generales cuyas reglas se aplican a toda clase de adherentes, sean consumidores o no, al menos, en dos extremos relevantes, que recuperan normas procedentes de los anteproyectos que precedieron a la ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; por una parte, se establece que no se pueden incorporar al contrato las cláusulas tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera contar razonablemente con ellas en los contratos de las características del celebrado (art. 1261.3.1) y, por otra, se presumen que son abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, serían aplicables al contrato (art. 1262.4).

A continuación, la Propuesta contiene una insólita sugerencia de mantener en el Código la regulación de los documentos públicos y privados, así como su valor probatorio (arts. 1269 a 1275), con lo que se aparta de sus modelos, si bien concuerda con los preceptos del Código Civil que no han sido derogados por la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Es evidente que esto, aunque cuenta con un venerable precedente⁽¹⁹⁾, no es una materia civil, ni se aplica solamente a las obligaciones y los contratos, por lo que debería desaparecer del Libro IV del Código Civil.

No menos sorprendentes son las reglas sobre el contenido de los contratos dado que se refieren a dos supuestos concretos de integración. En primer lugar, la publicidad de un producto o servicio, u otras actividades promocionales, son vinculantes si las hace el profesional, a no ser que la otra parte conozca o deba conocer que son incorrectas y si las realiza un tercero, siempre que el profesional las conociera o hubiera debido conocer, o pertenezca a su misma cadena de producción o comercialización (art. 1276). En segundo lugar, aunque no se fije el precio, el contrato se perfecciona si existe voluntad inequívoca de concluir el contrato o se entienda implícito el precio generalmente pactado. En caso que el precio u otra circunstancia quede a la voluntad de una de las partes su declaración se integra en el contrato siempre

(19) Aludimos a POTHIER, ob. cit., ps. 245 y ss.

que se atenga a los criterios prefijados o a los usuales, siendo revisable ante los tribunales; en caso que quede al arbitrio de un tercero, y éste no se pronuncie, el juez puede sustituirlo y su declaración es revisable asimismo ante los tribunales (art. 1277).

Fiel a sus modelos, la Propuesta es novedosa sobre la interpretación del contrato. Ante todo, se debe interpretar según la intención común de las partes, que debe prevalecer sobre el sentido literal de las palabras, mientras que si una parte le otorgó un determinado sentido, que la otra no puede desconocer, debe prevalecer aquél, en tanto que si estas reglas se frustran, se debe dar al contrato el sentido objetivo que personas de similar condición que las partes le hubieran dado en las mismas circunstancias (1279). Entre las circunstancias relevantes, figuran los actos anteriores de las partes (art. 1280.1), por lo que parece que, en principio, se excluyen las llamadas cláusulas de integración (*Merger Clauses*), al tiempo que se ha de preferir la versión original cuando existan versiones en diferentes idiomas (art. 1281)⁽²⁰⁾.

Por su parte, no debe extrañar que el régimen de la representación sea uno de los mejor logrados de la Propuesta. Por regla general, todos los contratos que pueden celebrarse por sí mismo se pueden realizar también por medio de un representante, que no sea un mero encargado de transmitir una declaración de voluntad enteramente formada (art. 1282). La declaración unilateral del poderdante produce su efecto si ha llegado al apoderado o a la persona con quien este haya de contratar, apoderamiento que puede ser tácito, siempre que resulte de actos concluyentes, o sólo aparente, cuando el representado suscita la confianza razonable y fundada de que otra persona es su representante, en cuyo caso no puede pretender después la inexistencia del poder (art. 1284). Mientras que los actos del representante realizados dentro de sus facultades vinculan al representado, los actos realizados sin poder o extralimitados no vinculan al representado y al tercero a menos que haya ratificación, lo mismo expresa que tácita, al tiempo que el tercero puede revocarlos mediante comunicación al representado (art. 1288), o bien pedirle confirmación o ratificación (art. 1289). El representado puede anular el contrato concertado por el representante cuando haya un conflicto de intereses entre ambos, siempre que el tercero lo conociera o no hubiera podido ignorar, conflicto que se presume si el representante ha contratado consigo mismo por

(20) Para más detalles, C. VATTIER FUENZALIDA, "La interpretación del contrato, entre la intención común de las partes y el criterio de una persona razonable", en *Homenaje al Profesor V. L. Montés Penadés*, pendiente de publicación.

su propia cuenta o si ha actuado a la vez como representante de otro (art. 1291). En cambio, cuando el representante actúa por cuenta del representado pero no en su nombre, el contrato vincula sólo al representante y al tercero; si el representante es insolvente o es manifiesto que incurrirá en incumplimiento esencial, tanto el representado como el tercero pueden ejercer los derechos adquiridos por el representante en virtud del contrato celebrado, sin perjuicio de las excepciones que aquél pueda oponer (art. 1292). En fin, cabe por excepción un poder especial irrevocable para el cumplimiento de una obligación del representado con el representante o con un tercero; este poder no puede ser revocado sin consentimiento del acreedor, salvo que exista causa justa (art. 1293.2).

Por último, la Propuesta presenta novedades dignas de mención en materia de invalidez del contrato, aun cuando no se la denomine así; conforme a sus modelos, distingue tres tipos, la nulidad, la anulación —no anulabilidad— y la rescisión⁽²¹⁾.

En cuanto a la nulidad, la Propuesta recoge la doctrina común que, pese a las deficiencias del Código, prevalece en la actualidad, y se aparta de sus propias fuentes en este punto. Sin contemplar la hipótesis problemática de la inexistencia, se proclama que el contrato es nulo por carecer de causa, ser ilícita, contradecir una norma imperativa, falta total de consentimiento y omisión de una forma esencial; la legitimación se extiende a cualquier interesado y la acción es imprescriptible. La simulación es también causa de nulidad, pero no impide la validez del contrato disimulado, que se rige por el régimen aplicable, y es inoponible al tercero adquirente a título oneroso del titular aparente, siempre que ignore la simulación. Aunque la nulidad no admite convalidación, cabe la conversión del contrato en otro cuyos requisitos se cumplan y responda a la voluntad de las partes (art. 1296). Asimismo, la nulidad de una cláusula no se propaga a todo el contrato, salvo cuando se frustre esencialmente la causa según criterios de buena o la subsistencia venga impuesta por una norma imperativa (art. 1309-I), lo que se parece a la cláusula de separabilidad (*Severance Clause*), sólo que aquí la persistencia del contrato parcialmente nulo depende de lo sólo acordado por las partes. En cambio, como ya sabemos, no afecta a la validez del contrato

(21) Para los aludidos modelos, C. VATTIER FUENZALIDA, “Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de Derecho de contratos”, en *Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, coord. J. Delgado Echeverría, Cizur Menor, 2007, ps. 13 y ss.

el mero hecho de la imposibilidad inicial del cumplir o la falta de legitimación actual sobre los bienes objeto del contrato (art. 1303).

En lo que respecta a la anulación, se mantienen las causas clásicas de incapacidad de obrar y de querer o entender, error, violencia e intimidación o dolo, pero se añade la lesión. Sobre el error, se requiere sea que esencial y además que sea provocado por la información suministrada por la otra parte, o que esta parte conozca o debiera conocer el error y fuera contrario a la buena fe mantener a la otra vinculada al contrato o que, por fin, la otra parte hubiera incidido en el mismo error. Es esencial el error cuando una persona razonable habría contratado en términos sustancialmente diferentes, si bien no cabe la anulación en caso de ser un error inexcusable o de haber asumido el riesgo, o que el causante del error se ajuste a los términos pretendidos por quien lo ha padecido. El error obstativo se asimila al error vicio si no se puede salvar mediante la interpretación del contrato (art. 1298).

Destaca aquí que la Propuesta consagre la lesión o el perjuicio sufrido por un contratante como causa de anulación, con lo cual se reviste de una protección más eficaz que la simple rescisión, lo que comporta una importante novedad de cara al Código Civil vigente. En efecto, una parte puede anular el contrato que otorga una ventaja excesiva a la otra, según su naturaleza o finalidad, si esta se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, dificultad económica, necesidad apremiante o de su ignorancia, inexperiencia o imprevisión. Pero se admite que el juez, a petición del perjudicado, modifique el contrato para adaptarlo a la buena fe y a los usos del tráfico (art. 1301). Nótese que el supuesto es restrictivo a la vez que imperativo. Aunque el texto plantea alguna duda, parece que no basta el beneficio excesivo, sino que el perjuicio ha de obedecer a la situación o a las circunstancias personales del perjudicado, de manera que no se consagra aquí la lesión objetiva, sino la de carácter subjetivo. Sin embargo, la lesión se puede superar, no por voluntad del causante, sino por la adaptación judicial del contrato que es, a primera vista, obligatoria para esta parte contratante.

Además, la acción de nulidad caduca en el breve plazo de dos años (art. 1304), puede ejercitarse extrajudicialmente por una comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde, así como una excepción procesal que se puede invocar en cualquier momento (art. 1306); además de ser confirmable expresa o tácitamente (art. 1307), se extingue por pérdida de la cosa objeto del contrato debida a culpa o dolo del que padece el vicio o de su representante legal (art. 1308). Puede, en fin, afectar a alguna estipulación

sin propagarse al resto del contrato, igual que en el caso de la nulidad (art. 1309-II).

Por último, son rescindibles los contratos celebrados por tutores y representantes del ausente, siempre que los representados sufran una lesión de más de la cuarta parte del valor de las cosas, así como los celebrados en fraude de acreedores y estos no puedan cobrar sus créditos y los contratos que versen sobre cosas litigiosas (art. 1310.1). A estos efectos, son fraudulentos los actos dispositivos a título gratuito, los pagos inexigibles realizados en situación de insolvencia, los actos a título oneroso en perjuicio de terceros, mientras que los actos desequilibrados en perjuicio del deudor se consideran gratuitos en la medida del enriquecimiento de la otra parte, en tanto se presumen fraudulentas las disposiciones onerosas a favor de personas especialmente relacionadas con el deudor que se halla en situación de insolvencia, condena o embargo (art. 1310.2). Los contratos fraudulentos se invalidan sólo a favor del acreedor que los impugna y en la medida necesaria para que pueda cobrar, pudiendo ejecutar los bienes transmitidos en el patrimonio del adquirente, el cual, si es de mala fe, responde del perjuicio producido por la enajenación, pérdida o deterioro de los bienes y si es de buena fe, sólo en cuanto se haya enriquecido. Lo que se extiende a los subadquirentes posteriores a título gratuito o de mala fe (art. 1314). Sin embargo, la acción de rescisión puede enervarse indemnizando el perjuicio producido, es subsidiaria (art. 1311) y caduca a los dos años también desde que cesa la incapacidad o la ausencia, o desde que se conoce o se debe conocer el acto fraudulento o lesivo (art. 1312).

5. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVAS

En conclusión, salta a la vista que estamos ante una Propuesta seria, muy bien elaborada, completa y cuya redacción es, por regla general, clara y concisa. Pero es una obra ciertamente mejorable. Así, no faltan expresiones confusas; por ejemplo, las palabras cláusulas, estipulaciones y términos del contrato se utilizan de forma indistinta, en sentido vulgar y sin rigor técnico, o en varios lugares se habla de indemnizar o resarcir los gastos cuando lo correcto es el reembolso o la devolución. Por otra parte, hay aspectos que requieren una detenida revisión, en lo que concierne especialmente a las cláusulas penales, el lugar del cumplimiento, el juego de la pena convencional en el cumplimiento forzoso y en la resolución o la alteración de las circunstancias, así como a la perfección, el contenido y la interpretación del contrato, la representación indirecta, la lesión y las consecuencias del fraude a los acreedores, entre muchos otros. En fin, al tiempo que sobran las reglas sobre los documentos públicos y privados, hay también omi-

siones que corregir, tales como las cláusulas de estabilización y una norma expresa sobre el deber general de información durante la fase de negociación del contrato, que en el texto actual sólo se desprende de la buena fe y del régimen del error y el dolo.

Por otra parte, es verdad que la Propuesta ha logrado los objetivos perseguidos. Si se convirtiera en ley, el Código Civil se habría efectivamente renovado, habría incorporado lo esencial del Derecho de consumo y estaría más próximo a los ordenamientos europeos. Sin embargo, aparte de que esta incorporación es francamente discutible y no es mayoritaria en los países de nuestro entorno, la tarea de aproximación se encamina principalmente en dos direcciones, el Derecho alemán y el anglosajón, lo que no deja de suscitar ciertas dudas y dificultades. En cuanto al primero, las dudas surgen porque acaso se debió prestar más atención a las soluciones propuestas por el Código de Pavía ya que recoge la influencia alemana críticamente depurada, máxime que ha incidido, quizá una sola vez, en nuestra práctica judicial⁽²²⁾. Por lo que se refiere al segundo, las dificultades pueden aparecer a la hora de encajar las reglas de origen anglosajón en el resto del ordenamiento español, dado que no todas proceden de la Convención de Viena o de la Directiva sobre garantías en la compraventa, sino que se expanden a materias tan dispares como la cláusula penal de índole indemnizatoria, la interpretación razonable del contrato, la noción unitaria del incumplimiento o la anulación por lesión.

En definitiva, la Propuesta merece ser estudiada y analizada con atención; aunque debe ser retocada, satisface en buena medida las necesidades actuales, al tiempo que supone un importante esfuerzo intelectual y alcanza en ocasiones los máximos niveles de excelencia. Por consiguiente, es de esperar y desear que, una vez publicada, no corra la misma suerte que el viejo Proyecto de 1851.

(22) Cf. la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 5ª, de 27 de octubre de 2006, ponente P. A. Pérez García, Fdto. 1º (Cendoj 502973700052006100413).

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO Y LA CODIFICACIÓN

Por Jaime A. ARRUBLA PAUCAR⁽¹⁾

SUMARIO: Introducción. 1. La codificación. 2. El derecho civil y la codificación. 2.1. La codificación. 2.2. La técnica de la codificación. 2.3. El individualismo. 2.4. El Código de Napoleón. 2.5. Los contenidos dogmáticos e ideológicos del Código Civil francés. 3. El derecho comercial y la codificación. 3.1. Panorama sobre las grandes transformaciones del derecho comercial. 3.2. La materia mercantil y el Código de Comercio colombiano. 4. Validez del Código como técnica de producción legislativa.

INTRODUCCIÓN

La historia del derecho muestra grandes ciclos en su evolución y en muchos de ellos la característica ha sido la dispersión del derecho. Se pierde el cauce fundamental ocasionando una gran inseguridad jurídica que ha llevado necesariamente a la necesidad de tomar medidas para éste pueda cumplir su papel en la vida social.

Se dice que alguna vez Justiniano, ante un fenómeno de dispersión, ordenó cerrar los centros de enseñanza del derecho, mientras este encontraba su cauce correcto.

En la edad media se vivió una gran dispersión de fuentes normativas, y como reacción a esa situación, la sociedad tuvo que buscar y adoptar soluciones. El positivismo fue sin duda una de las grandes respuestas.

Otro ciclo comienza con la codificación de la edad moderna. El derecho encasillado en técnicas de producción legislativa, que por la influencia del neoconstitucionalismo, abrirán la caja de Pandora, para entrar en épocas de descodificación en la cual vivimos y estamos

(1) Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

atentos a saber cuál será el nuevo ciclo que surgirá para combatir la dispersión legislativa.

Pero nuestro análisis debe centrarse en épocas más recientes. Observemos de donde y porque surgió la idea de la codificación.

1. LA CODIFICACIÓN

La palabra Código viene de *codex* con que denominó la colección de las constituciones de los emperadores romanos, ordenada por Justiniano y que se dividía en doce libros, bajo la idea de ordenación metódica y lógica de leyes de la misma naturaleza⁽²⁾.

No es lo mismo compilación y codificación para los efectos que nos proponemos. La compilación o recopilación es la simple conjunción de una serie de leyes relacionadas por la misma materia, sin que formen un verdadero cuerpo. En la historia del derecho han habido grandes compilaciones, como la mencionada de Justiniano, llamada *Corpus iuris civiles*; también el derecho canónico se copiló en el *corpus iuris canonici*, el derecho regio, en la tradición jurídica castellana, con la nueva y novísima recopilación.

El código tiene otras pretensiones en la época moderna cuando aparece, pues pretende ser un solo cuerpo, un todo con pretensión de exhaustividad. La idea de la codificación moderna representa un intento de racionalizar la vida jurídica de los pueblos⁽³⁾; es una respuesta al afán racionalista que caracteriza el inicio de la época moderna y es llevado a cabo inicialmente por los monarcas ilustrados, primeros en ser permeables a esta idea, que suponía implementar un verdadero cambio en la forma de vivir de los pueblos europeos. No se trata como en la recopilación de una sumatoria de leyes desarticuladas, que mantiene su individualidad y que simplemente se juntan por la materia o cronológicamente; es más bien, la creación de un sistema coordinado o coherente, con reglas organizadamente subordinadas, agrupadas por instituciones y redactadas en forma concisa y precisa que pretender construir un solo todo sobre la materia para dar garantía a los individuos de que la ley llamada a cumplir se conozca claramente.

La codificación, con el propósito de ser comprensiva de todas las normas que el conglomerado social precisa sobre una determinada

(2) CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Ed. El Imparcial, Santiago de Chile, 1943, p. 22.

(3) DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil, Métodos sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1988, p. 96.

materia, para regular sus relaciones jurídicas, en una forma clara y precisa, era la mejor respuesta a los problemas que creaba el particularismo jurídico que vivía la época y a la incertidumbre que ocasionaba la legislación antigua y la tradición del derecho románico clásico. Es el resultado de la conjunción en el tiempo de la idea racionalista, con la influencia del derecho natural de la razón, para dar espacio al derecho positivo⁽⁴⁾.

Con el comienzo del siglo XIX aparecen los primeros códigos modernos en las monarquías autoritarias y en los demás países del mundo occidental que siguieron a la constitución de los Estados Unidos de América y a la Revolución Francesa. La codificación aparece con un importante ingrediente político que rebasa la idea de recopilar y mejorar científicamente los ordenamientos, para establecer una unidad sistemática de cuerpo, con el propósito de reordenar la vida jurídica y cultural de las naciones.

2. EL DERECHO CIVIL Y LA CODIFICACIÓN

2.1. La codificación

La pretensión de reorganizar la vida social que propugnaba la Ilustración es llevada a la práctica por las monarquías europeas más permeables a las nuevas tendencias del pensamiento. Las llamadas monarquías ilustradas, preocupadas por el fortalecimiento del Estado, veían en la racionalización de la vida social propuesta por la Ilustración, un magnífico medio que, aplicado al derecho, garantizara la seguridad del tráfico jurídico y la efectividad de las decisiones estatales. Por tales motivos serán estas monarquías ilustradas los primeros regímenes que apoyarán la codificación del derecho y bajo los cuales se producen los primeros pasos codificadores⁽⁵⁾.

Su antecedente se caracterizaba por una situación preponderante en la sociedad durante la Edad Media y hasta el siglo XVI, en la que reinaba como eje central el Derecho Romano, bien como un derecho supranacional, o como un derecho común subsidiario en su aplicación a los derechos nacionales de todo el continente europeo⁽⁶⁾.

(4) DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil, Métodos*, cit. p. 98.

(5) MOTILLA, Agustín, *La codificación como técnica de producción legislativa*. *Revista de Derecho privado*, junio 1987 Madrid, p. 555.

(6) MOTILLA, ob. cit., p. 548.

La principal fuente del Derecho Romano era el *Corpus iuris Justiniano*, objeto de múltiples interpretaciones y glosarios de diferentes autores que pretendían su actualización y adecuación a las necesidades del momento. Se acuñó por tanto en esta época medieval, un derecho de juristas, basado fundamentalmente en la dogmática del *Corpus*, el *mos gallicum*, influido por concepciones humanistas, que desarrolló una crítica histórica y valorativa del *Corpus iuris*, buscando la racionalidad y la equidad de la solución romana, más que la aplicación dogmática de sus textos⁽⁷⁾.

La época moderna aparece con una proliferación de opiniones y abusos de los métodos escolásticos, agravada por la aparición de nuevas doctrinas, que condujeron a la desnaturalización del *Corpus iuris Civiles* y por ende a su desprestigio en su método de aplicación, que convirtió a la jurisprudencia europea en una ciencia de múltiples opiniones y cometarios, sin cuerpo, ausente de sistematización. A este caos del Derecho Romano común hay que agregar la proliferación de costumbres locales; el fraccionamiento normativo; aparición de fueros territoriales concedidos por privilegios del rey y fueros personales producto de la estructura feudal; todo ello vino a propiciar la codificación como manera de superar el particularismo jurídico⁽⁸⁾.

El fundamento esencial de la codificación se estructura a partir de dos pilares fundamentales: la Ilustración y la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Ambas surgidas de los postulados de la Escuela Cartesiana en la filosofía y sus concepciones sobre el derecho, pero con referencias originarias diferenciadoras. La primera como una irrupción religiosa de una nueva forma de observar la vida a partir de nuevas concepciones de lo público y lo privado y, la segunda, como el gran debate europeo de la época alrededor de la idea del derecho natural⁽⁹⁾.

La Ilustración se centra en lo jurídico en dos ideas fundamentales: por un lado, la afirmación de los derechos fundamentales del hombre recogida por el jusnaturalismo racionalista; y por el otro, en la primacía de la ley sobre las demás fuentes del derecho, idea central que contribuirá a sentar las bases del Estado moderno y del positivismo jurídico⁽¹⁰⁾.

(7) MOTILLA, ob. cit., p. 548.

(8) MOTILLA, ob. cit., p. 549.

(9) MOTILLA, ob. cit., p. 549.

(10) MOTILLA, ob. cit., p. 552.

La Ilustración fundamentaba su idea de la ley como única y soberana fuente del derecho por encima de la costumbre y de la jurisprudencia, en la premisa de ser la ley la expresión racional del poder y como el camino idóneo para afirmar la certeza del derecho. De allí la consecuencia inmediata de estar el juez supeditado a la ley. Le está vedado al juez, según esta escuela del pensamiento, interpretar la ley, debe ser tarea propia del trabajo que se asigna al legislativo. La parquedad de la ley debe ser la característica primordial en la técnica de producción legislativa. Aparece el código como el instrumento por esencia llamado a regular una determinada rama del derecho. Por ello Rousseau y Voltaire llaman la atención sobre las bondades de un código simple y concreto, comprensible por todos, con una estructura simple. Por todo esto los ilustrados de Europa continental abogaban por un código e incluso en Inglaterra, Jeremías Bentham se convirtió en insistente propiciador del código para limitar los defectos del sistema del *Common-Law*⁽¹¹⁾.

Además del contorno ideológico que determina la necesidad de la codificación, aparecen otros factores no menos determinantes como fue precisamente el afán de las monarquías de la época de consolidar y concentrar el poder de los monarcas. La codificación se convierte en el arma por excelencia para apoyar el dogma del Estado como pieza clave de la organización política⁽¹²⁾.

Aparecen códigos como el prusiano y el austriaco que, con un estilo nacionalista, proclaman su prevalencia sobre otras fuentes del derecho, principalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia y se observa, sobre todo en el último, la huella de la Escuela Racionalista del Derecho Natural.

La codificación prusiana es la que primero intenta incorporar el racionalismo en su contenido. Una idea fundamental para apoyar a la naciente actividad de comercio de la cada vez más influyente clase burguesa, donde se garantizará la seguridad del tráfico jurídico. Se realiza en forma sistematizada y estructural del derecho de gentes al estilo de la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Federico Guillermo I, con su Edicto de 1713 señaló su decisión de elaborar un código unitario que aglutinase y simplificase los dispersos regímenes del derecho existente en los territorios brandemburgueses. Para el efecto, encargó esta tarea inicialmente a Cristian Thomasio y posteriormente

(11) MOTILLA, ob. cit., p. 553.

(12) MOTILLA, ob. cit., p. 554.

a Samuel von Cocceji. A la muerte de Federico Guillermo I lo sucede Federico II, el príncipe ilustrado y en 1746 encarga al mismo Concej, quien presenta un proyecto en 1751 que fue rechazado por demasiado romanismo. Insiste nuevamente el monarca por órdenes de 6 y 14 de abril de 1780 para que se redacte un código de estirpe racionalista y encarga a su canciller la tarea. Este último escoge a Carlos Teófilo Suárez, que dedica su vida al “Landrecht”. Luego de tres proyectos, la constancia de Suárez y el apoyo del monarca, llegan a un código único para todo el territorio prusiano en 1794⁽¹³⁾.

El Código prusiano no obstante sus avances, mantiene afecho a ciertas tradiciones feudales y estancos regulativos diferentes para la nobleza, la burguesía y el pueblo llano; no obstante, lo más grave, es que se afirma como un derecho supletorio, dejando vigentes, las costumbres y estatutos locales, con prevalencia sobre sí mismo.

Por otro lado, en Austria, otro centro de monarquías ilustradas, en los reinados de María Teresa y José II se fue acuñando la idea de un código moderno y luego de un delicado proceso de casi sesenta años, en 1811 aparece el Código austriaco. Fue idea de María Teresa, que en 1753 encargó a una comisión de juristas la unificación del derecho civil. Un primer proyecto de 1766 fue rechazado por la misma emperatriz, por ser demasiado extenso y complejo, recomendando mayor influencia del derecho natural sobre el romano. Muerta María Teresa, su sucesor José II impulsó la codificación, auxiliado por juristas como Martini, Kees y Horten. El proyecto entra en vigencia en 1797 en Galicia. Se retira Matini y una última comisión, con presencia de Séller revisa la obra y en 1811 entra en vigencia el “Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch” o Código Civil para toda Austria⁽¹⁴⁾.

El Código austriaco con gran influencia kantiana se aleja de las tendencias paternalistas sobre poder, típicas del despotismo ilustrado, notorias en el Código prusiano, buscando en la regulación una mayor libertad y dignidad del individuo⁽¹⁵⁾. Proclama su supremacía sobre cualquiera otra fuente del derecho y supone un mayor grado de técnica y contenido en comparación con el prusiano.

Sin embargo, el Código austriaco no llega a incorporar el liberalismo político y la idea de soberanía popular.

(13) MOTILLA, ob. cit., p. 555.

(14) MOTILLA, ob. cit., p. 557.

(15) CATTANEO, citado por MOTILLA, ob. cit., p. 558.

2.2. La técnica de la codificación

La técnica de la codificación se sustenta en tres propósitos fundamentales, a saber: la simplificación, la racionalización y la exhaustividad. La simplificación del sistema jurídico se logra regulando las diferentes materias con normas breves y simples, en el menor número posible, dirigido este afán a facilitar su manejo y el conocimiento del derecho, para lograr de tal manera la seguridad jurídica. La racionalización busca introducir al sistema las normas de la lógica, logrando regular las materias con normas sistematizadas, que mantienen sus hilos conductores que inducen a un razonamiento en un orden lógico.

La exhaustividad pretende aglutinar en el código todas las normas y aspectos que la determinada materia precise. Hay una función de concentración que lleva a la conveniencia de derogar toda la legislación dispersa sobre la materia y aglutinarla en esta técnica de producción legislativa.

2.3. El individualismo

Es el pensamiento imperante en la época de las revoluciones burguesas y en la que se expidió el Código Civil francés. En el individualismo se concibe al hombre como fundamento y fin de todas las leyes, interesa más su libre albedrío que los intereses de la colectividad. El individuo construye su reino absoluto e independiente con base en su libertad, de tal manera que las relaciones jurídicas que crea, solamente pueden ser modificadas por él mismo⁽¹⁶⁾.

El Estado adquiere un papel netamente conservador de las libertades individuales que permanecen en cabeza del individuo.

La filosofía adquiere su saber individualista en los siglos XVII y XVIII estableciendo que el “espontáneo juego de las actividades privadas es la óptima fuente de solidaridad social”⁽¹⁷⁾.

En síntesis, el querer individual se convierte en el principio fundamental, de la vida social y económica, trascendiendo al plano político, reduciendo la función del Estado a la protección de las voluntades y además, postergando su acción frente a la concepción de una voluntad superior y anterior a él⁽¹⁸⁾.

(16) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *El contrato de adhesión a condiciones generales*, Ed. Universidad Buenos Aires 1984, p. 85.

(17) RECASENS SICHES, Luis, *Tratado...*, cit.

(18) VALLESPINOS, ob. cit., p. 87.

Respecto al derecho, la influencia individualista lo encamina hacia la protección de la libertad individual y su coexistencia con otras libertades. Se garantiza el desenvolvimiento libre de los sujetos con muy escasas limitaciones.

El contrato obviamente no escapa a las influencias del liberalismo, por el contrario, se convierte en la pieza fundamental, alrededor de la cual gira en torno el derecho. Es la construcción suprema del juego de las voluntades. La tesis liberal se basa en la idea de que toda situación jurídica debe nacer necesariamente de un contrato, sólo por vía de excepción podrá surgir de la sola fuerza de la ley⁽¹⁹⁾.

El contrato pasa a ser la base y justificación del ordenamiento jurídico; ya no obliga el contrato porque lo dispone el derecho sino que el derecho vale en cuanto procede de un contrato.

En esa búsqueda de la libertad el contrato queda desprovisto de toda finalidad, interesa más saber si fue libremente pactado un asunto que saber si fue justo.

La instauración del sistema liberal acompañado de un sistema filosófico acorde con él, hizo abandonar todas las estructuras clásicas contractuales, incluso la ética, a favor de la autonomía de la voluntad⁽²⁰⁾.

Así, se asienta el sistema liberal en una serie de instituciones: la libertad individual, que en el orden jurídico se traduce en la autonomía de la voluntad y su consecuencia: el derecho subjetivo; el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, entendido como derecho absoluto para poder gozar y disponer de una cosa; el contrato único productor de situaciones jurídicas y la responsabilidad por culpa.

2.4. El Código de Napoleón

Es el *Code civil* o *Code Napoléon*, producto de la Revolución Francesa, y por lo tanto, de la Ilustración liberal y democrática, el que expresará el pensamiento liberal que sirve de estructura a la nueva sociedad burguesa. Su influencia se extenderá a todos los países liberales y nacionalistas y marcará una clara distinción con las demás codificaciones.

El 24 termidor del año VIII, el primer cónsul nombró una comisión cuyo encargo fue la redacción del proyecto de Código Civil, compues-

(19) DE BUENLOZANO, Néstor, *La decadencia del contrato*, Ed. Porrúa, México, 1986, p. 88.

(20) VALLESPINOS, ob. cit., p. 87.

ta por cuatro juristas: Tronchet, presidente del tribunal de casación; Bigot-preameneu, comisario del gobierno cerca de la misma jurisdicción; Malleville, juez en el mencionado tribunal; y Portallis, comisario del gobierno cerca del tribunal des Prises. Tronchet fue el presidente y se adelantó el trabajo en cuatro meses⁽²¹⁾.

Luego de las observaciones del tribunal de casación, de los demás tribunales, de las discusiones legislativas en el Tribunalado, en el Consejo de Estado, de los rechazos, la reducción de los miembros del tribunal legislativo a instancias del Primer Cónsul, se llega al fin a la ley del treinta ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), que realizó la síntesis de la leyes que venía aprobando varios títulos del código y promulga el Código Civil como tal. No solamente se limita a consagrar el advenimiento de un derecho nuevo aplicable a todos, sino que, expresamente, en su artículo séptimo, abrogaba el derecho antiguo en bloque, señalando: *“A compéter du tour ou ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet desdites lois composant le présent code”*⁽²²⁾.

La revolución era total, el antiguo edificio, hecho de piezas y pedazos diferentes, era reemplazado por una construcción “cuya solidez y pureza de líneas debía ser la admiración del mundo entero: y por él y con él se abre un tercer periodo, el periodo del derecho moderno”⁽²³⁾.

2.5. Los contenidos dogmáticos e ideológicos del Código Civil francés

Los comisionados utilizaron un gran eclecticismo. Por un lado, consultaron las fuentes del antiguo Derecho Romano, también y en forma preponderante, las costumbres jurídicas francesas. La mayoría de los comisionados eran fervientes consuetudinarios, comenzando por su presidente Tronchet; mientras que el romanismo tenía un solo defensor en cabeza de Portalis. Sin embargo, fue determinante la influencia del Derecho Romano en materia de obligaciones. Las viejas ordenan-

(21) JOSSERAND, Louis, *Curso de derecho Civil Positivo Francés*, Vol. I, trad. Lucrecio Jaramillo Vélez, Ed. Jaramillo & Sanin, Medellín, 1977, p. 39.

(22) “A contar del día en que estas leyes sean ejecutoriadas, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos dejan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son objeto de la Leyes que componen el presente código”.

(23) JOSSERAND, ob. cit., p. 43.

zas del canciller d'Aguesseau inspiraron la materia de donaciones; la jurisprudencia de antiguos parlamentos determinó la reglamentación de la ausencia, la relación de deudas y extinción del usufructo por abuso; el Derecho Canónico influyó en la reglamentación del matrimonio. La construcción del código utilizó los más sólidos materiales en su confección y los comisionados consultaron frecuentemente al célebre jurista Pothier que fue "el guía habitual de los redactores del Código Civil". Sus obras fueron transcritas en apartes frecuentes debido a su precisión y claridad⁽²⁴⁾. No fueron pocas las intervenciones del primer cónsul en el seno de la comisión.

Los conceptos de separación de poderes, democratización del poder legislativo y primacía de éste sobre el ejecutivo, defensa de los derechos del hombre, y en general, todo el contenido político de la Revolución Francesa que sigue las huellas de la Ilustración liberal, se reflejan en el Código de Napoleón de 1804⁽²⁵⁾ y abren una evidente brecha con los demás códigos de las monarquías ilustradas.

El espíritu del Código de Napoleón se construye sobre las principales reivindicaciones de la revolución en el ámbito del derecho: la consecución de la primacía de la ley, formulada en términos claros y precisos, sobre las demás fuentes de derechos; el laicismo del derecho y el supremo poder del Estado sobre la vida social; el individualismo afirmado desde la doble perspectiva de las declaraciones de derechos humanos y como principio jurídico que convierte a la voluntad personal en el factor modificativo de las relaciones; la propiedad, valor fundamental de la burguesía, cuyo tráfico se liberaliza y se garantiza su titularidad; y la igualdad en los derechos civiles de los ciudadanos⁽²⁶⁾. Indudablemente, el Código napoleónico se proyecta como una codificación revolucionaria frente a los restos del corporativismo feudal pasado y a los demás códigos civiles de la época; por ello se convierte en modelo para los países que ingresaban en el sistema de la sociedad liberal burguesa.

En opinión de Josserand el Código Civil constituye un modelo de sabiduría y moderación y sus redactores supieron resistir a toda exageración, a toda pasión; fueron árbitros y no luchadores. Aunque se inspiraron ampliamente en las ideas revolucionarias y consagraron las conquistas realizadas por ese gran movimiento que había sucedido al país: igualdad de todos ante la ley; supresión de las clases sociales;

(24) JOSSERAND, ob. cit., p. 46.

(25) MOTILLA, ob. cit., p. 558.

(26) GÓMEZ ARBOLEYA, citado por MONTILLA ob. cit., p. 558.

inviolabilidad de la persona humana; secularización del derecho; libertad del suelo con respecto a las cargas que lo habían oprimido en el anterior régimen; encontraron un justo medio entre la concepción feudal y la revolucionaria; los redactores realizaron una obra de sabiduría y de equilibrio social⁽²⁷⁾.

No obstante, la pretensión reformista es moderada en ciertas materias, ingresando elementos y conceptos romanistas y de la tradición jurídica francesa como la influencia del pensamiento de Jean Domat y la célebre construcción de Robert Joseph Pothier sobre el derecho de obligaciones y de los contratos.

En resumen, puede decirse que el Código de Napoleón encumbra la libertad humana al punto de declarar que el contrato tiene categoría de ley entre las partes, con límites excepcionales como son el orden público y las buenas costumbres (artículos 1118 y 1674).

En la estructura jurídica del Código de Napoleón, las ideas de libertad e igualdad jurídica, heredadas de la revolución de 1789, constituyen los pilares del contrato que llega a considerarse como necesariamente justo su resultado, si las voluntades fueron emitidas libremente.

El *Code civil*, máxima obra de la juridicidad francesa, redactada tan sólo en cuatro meses por dos prácticos del derecho consuetudinario (*Tronchet y Bigot de Preameneu*) y dos juristas (*Portalfi y Maleville*) elegidos por Bonaparte, conjuga la influencia romana y el derecho de las costumbres, acoge el pensamiento liberal imperante en la época y marcará una influencia decisiva de las futuras codificaciones de Occidente.

3. EL DERECHO COMERCIAL Y LA CODIFICACIÓN

Cuando se observa el derecho comercial, es necesario considerar que la evolución y transformación de sus instituciones, es consecuencia de las transformaciones políticas y económicas de la sociedad. Por lo pronto, no es lo mismo hablar de derecho comercial en una forma social de producción medieval, que en una capitalista y en esta última a su vez, no es lo mismo estudiar las instituciones del derecho comercial en los inicios del “capitalismo salvaje” que en el “capitalismo organizado” como contexto económico del moderno Estado Social de Derecho. Definitivamente no es ajeno el derecho comercial a las transformaciones que experimenta la vida política de los pueblos.

(27) JOSSERAND, ob. cit., p. 48.

Para nuestro propósito se hace indispensable observar un panorama muy general sobre las grandes transformaciones que experimenta el derecho del comercio. El método que seguimos para este análisis es el denominado por la doctrina como histórico, por ser precisamente el concepto del derecho mercantil de naturaleza histórica: en un momento determinado aparece como derecho especial, en otro se codifica, en otro se generaliza, luego vienen las tendencias unificadoras, etc. Todo esto determinado por las circunstancias políticas, económicas y sociales, que marcan e impulsan las transformaciones de los pueblos.

Todo esto enmarcado dentro de un panorama internacional, pues el derecho comercial es un producto de la interrelación de todos los pueblos y sus fronteras no pueden ser las de un país determinado. De ahí la tendencia a su internacionalización a través de los convenios entre los Estados.

3.1. Panorama sobre las grandes transformaciones del derecho comercial

3.1.1. En el crepúsculo de la época medieval a partir del siglo XIII, debido al auge de las ciudades, aparece un conglomerado profesional actuando dentro de ellas: los comerciantes. Etapa que se caracteriza por el nacimiento del capitalismo financiero y comercial temprano, que partió de las ciudades de la Italia Septentrional.

Para regular la actividad de esos comerciantes se presenta incipiente el derecho comercial, con la característica distintiva de ser un derecho especial, ya que se aplica solamente a esos ciudadanos que se dedican a la actividad del comercio, en contraposición al derecho civil que se considera derecho común al aplicarse a todas las personas forzosamente, incluso desde antes de su nacimiento.

Definitivamente, el derecho común no atendía las necesidades de tráfico que se tenían en aquella época y esa es la razón para que surja un derecho especial, encaminado a solucionar las trabas y problemas que a tales necesidades imponía un derecho amoldado para una estructura económica de carácter no especulativo.

Normas comerciales se pueden apreciar en antiquísimas regulaciones, pero realmente sin el carácter de un cuerpo unido y especial. El derecho romano no las requirió, precisamente por la elasticidad que permitía el derecho pretoriano para sortear los problemas que se presentasen y no estuviesen regulados por el *jus civile*.

En opinión de Ascarelli, el derecho mercantil empieza a afirmarse en la civilización comunal en contraposición con la civilización feudal.

Las ciudades, como grandes centros de consumo e intercambio, establecen la base económica de aquellas épocas dando comienzo a una verdadera transformación de las estructuras agrarias. Se precisaba un sistema que regulara esa transformación y se adecuara a las nuevas estructuras que el tráfico imponía.

La estructura corporativa que caracteriza la constitución económica de aquella época, también presenta las corporaciones de comerciantes y en virtud de la autonomía corporativa se encargan de administrar justicia; en principio, entre los comerciantes en ellas matriculados y posteriormente abarcan a todos los que se dedican al comercio, así no se encuentren inscritos en ellas.

3.1.2. Las corporaciones en sus inicios se ocupaban de la disciplina entre los comerciantes, sobre todo para regular la competencia entre ellos, planificar su producción a fin de evitar que demasiadas existencias de un producto afecten su precio en el mercado, también para controlar la calidad y de esta manera proteger al consumidor. Se interesan las corporaciones por las relaciones entre maestros y aprendices, los honorarios de trabajo etc. Se establece una disciplina sobre los negocios que celebran los comerciantes, como eslabón del tráfico económico que son.

Las normas para esta disciplina tienen su origen en las costumbres de los comerciantes, siendo un derecho eminentemente consuetudinario. Las corporaciones se encargan de recopilar esas costumbres y establecer estatutos corporativos. Esas mismas corporaciones deberán interpretarlas y aplicarlas a sus miembros.

Muchas de esas costumbres provenían del derecho marítimo y de esta se extendían a las demás actividades del comerciante. *El préstamo a la gruesa ventura* por ejemplo, cuando se le entregaba dinero al capitán para invertirlo en la expedición, corriendo con los riesgos de la misma, pero ganando una jugosa tasa de interés en caso de resultados favorables, equivalía a una especie de participación. Este préstamo a la gruesa podría ser la raíz de muchas instituciones mercantiles; incluso, en opinión de Bensa es de allí de donde surge el contrato de seguro. El mundo capitalista también comienza su desarrollo a partir del mar. En opinión de Pirenne el mar ha sido siempre en la historia vivero de libertad e iniciativa individual.

En esta época el derecho mercantil es autónomo y especial. Se dirige a regular los actos celebrados por los comerciantes en su actividad comercial, al punto que, lo formula y aplica la corporación respectiva que agrupa esos comerciantes. Tiene además una característica pe-

culiar y es su internacionalización. Esas costumbres se extienden rápidamente por todos los países de Europa, también con ocasión del transporte marítimo.

3.1.3. El siguiente paso lo observaremos con el advenimiento de los estados modernos y el consiguiente fortalecimiento de la autoridad de los monarcas. La formación de las ciudades rompe con la estructura económico-política de la Europa feudal. A partir del siglo XVI el absolutismo concentró las dispersas funciones de competencia estatal, y ejercer su autoridad sobre vastos territorios, a la vez que afirma la formación de las nacionalidades. El monarca, mediante la economía financiera y contando con un aparato burocrático y un ejército estable, desarrolla una acción estatal continua en el constante tráfico de mercancías.

Toda esta nueva concepción sociopolítica influye en el derecho de la época, del cual no se excluye el naciente derecho mercantil. Para Broseta, el derecho se convierte en un instrumento que se le utiliza para favorecer y fomentar la unidad política. El proceso formativo que experimentaba el derecho mercantil de la época se modifica, pues el monarca interviene en la vida económica e impone las normas que han de regularla. En Francia, por ejemplo, Luis XIV promulga su *Ordonnance du commerce* de 1673, la cual sistematiza el derecho mercantil y ordena aplicarla en todo el territorio francés. Obsérvese cómo en Francia se unifica primero el derecho mercantil, que el derecho común, el cual se mantendrá dividido hasta que se promulgue el Código Civil. Colbert fue el gran exponente del mercantilismo francés y fue notoria su influencia como ministro de finanzas de Luis XIV, sus políticas se encaminaron a fortalecer el comercio y las manufacturas y a lograr la supremacía sobre el resto de Europa. La intervención no se dejó esperar para lograr esos cometidos. La unificación de la ley de comercio para toda Francia fue determinada por el mercantilismo francés.

Los demás monarcas europeos hicieron lo propio y de allí la notoria influencia del mercantilismo en el paso del derecho comercial consuetudinario al legislado. Inglaterra, en cambio, ya había tomado otro camino, luego de la conquista normanda, la unificación de los usos y costumbres locales se realiza antes que en la Europa continental. El trabajo de los jueces locales reales, comienza a perfilarse con notable influencia y poco a poco se edifica un derecho común (*common law*) con un desarrollo casuístico y a través de la elaboración de fórmulas procesales.

Es notoriamente determinante la presencia del mercantilismo; además de su influencia sobre el derecho legislado en la Europa continental, podemos señalar las siguientes transformaciones que provocó sobre el derecho mercantil de la época: se debilitan los gremios y las corporaciones, que se ven restados en su autonomía e inician el proceso hacia su desaparición; la función jurisdiccional que se les atribuía, también comienza a recortárseles y pasará al poder público; se permite libertad mercantil siempre que no contradiga los intereses de la corona.

No obstante, el derecho mercantil sigue siendo un derecho especial, dirigido a los comerciantes y para regular su actividad profesional. Sin embargo, la doctrina mercantilista trae importantes modificaciones a la materia mercantil. Anteriormente se concebía el derecho comercial, como un derecho eminentemente contractualista, incluso, se decía que el derecho comercial se identificaba con la compraventa. Por tanto, comerciante sería, aquel que compra una mercancía para revenderla y obtener utilidad, sin haber hecho en ella ninguna transformación. Para otros el derecho comercial era el contrato de transporte; esta institución representaba el derecho comercial. El mercantilismo introduce el ingrediente del tráfico. Se construye el derecho comercial atendiendo a un concepto económico del comercio y dejando de lado los instrumentos (contratos) que sirven de apoyo a dicho intercambio. Comerciante será en adelante, el intermediario entre la producción y el consumo. El derecho mercantil será el ordenamiento de normas para el comercio; si no hay mediación, no hay actividad mercantil. No será mercantil la venta de la propia cosecha, ni la venta de bienes inmuebles, se vincula a la idea de especulación y de afán de lucro, la del comercio.

3.1.4. El siguiente paso que queremos destacar es la presencia de un sistema *objetivo* para delimitar la materia mercantil, que consiste en la aparición del *acto de comercio*.

Determinan la aparición del sistema objetivo, las transformaciones que experimentan los Estados europeos con las revoluciones liberales del siglo XVIII. El pensamiento liberal reacciona contra todos los ciñimientos del Estado absolutista. En opinión de Adam Smith la intervención no promueve el bienestar de los habitantes de una nación y advirtió que una vez eliminados todos los sistemas de restricción o de fomento, el obvio y sencillo sistema de la libertad natural se establece por sí mismo. Por otro lado se pensaba en esa época que los individuos deben gozar de libertad para actuar en defensa de sus intereses particulares. La libertad y la igualdad son derechos que se elevan a garantía consti-

tucional. El sistema económico se fundamenta en el libre acceso de los individuos a la propiedad de los medios de producción. La libre iniciativa es considerada un principio de orden público y se parte del supuesto que, el bienestar de los individuos radica en su libre competencia.

El pensamiento liberal marca todo un cambio en el derecho mercantil. Es el golpe final a las corporaciones y agremiaciones, que debilitadas por el absolutismo todavía se mantenían. No puede admitirse además, un derecho de clase, que establece privilegios para una élite determinada desde ningún punto de vista, las jurisdicciones especiales deben desaparecer y la materia mercantil, encaminada a regular los conflictos de los comerciantes, debe cambiar de ruta y de expresión, buscando un fundamento objetivo que la justifique: ¡el acto de comercio!

El momento lo indica el Código Mercantil napoleónico de 1806. Hasta esta modificación el derecho mercantil se caracterizó por ser un derecho especial, dirigido a los profesionales del comercio y con un carácter eminentemente subjetivo. Su aplicación se dirige a los comerciantes en la realización de sus actividades mercantiles principalmente y en forma muy excepcional a aquellas personas, que sin ser comerciantes, utilizan ocasionalmente ciertas instituciones sociales, como las letras de cambio por ejemplo, presumiendo para el efecto, que tales personas eran comerciantes.

Todos los principios que inspiraron la Revolución Francesa, influyen en el Código Comercial napoleónico y podemos concretarlos en dos principalmente: la abolición de las corporaciones o asociaciones de comerciantes y el surgimiento del “acto objetivo de comercio”. Por ello dice Ascarelli, con la codificación napoleónica se cierra un período del derecho mercantil y se abre otro, caracterizado por la objetividad del criterio de aplicación de las normas del derecho mercantil y por el triunfo de la libre iniciativa.

La concepción del “acto objetivo de comercio” permitirá en lo sucesivo aplicar a aquellas personas no comerciantes que realicen actos de comercio la materia mercantil, sin necesidad de presumir que son comerciantes como antes se hacía. Todo ello se armoniza con los principios de igualdad y de libertad que pregona el pensamiento imperante en la época. En adelante, se aplicará el derecho mercantil, sin considerar los sujetos que intervienen; atenderá en su lugar a la naturaleza del acto que ellos realizan.

Los tribunales de comercio tendrán jurisdicción para aplicar el derecho comercial, no en consideración a los sujetos que realizan la acti-

vidad, sino, atendiendo a los actos objetivos de comercio que efectúan todas las personas. Se suprime la jurisdicción especial en consideración a los sujetos.

El liberalismo económico contribuyó notablemente al desarrollo del capitalismo. Creció la actividad económica, el maquinismo y la revolución industrial que ocasionan transformaciones importantes en el derecho comercial. Se presenta un fenómeno de “generalización” del derecho comercial; los actos mercantiles se robustecen y surgen otros; el afán de lucro deja de ser patrimonio exclusivo de los comerciantes y se generaliza para otras muchas actividades; personas que no son comerciantes empiezan a realizar actos comerciales. Todo esto antecede al Código francés e influye también considerablemente en la cristalización del “acto objetivo de comercio”.

3.1.5. Se presenta a continuación una marcada influencia del Código Comercial napoleónico sobre los demás países de la Europa continental. Así el Código alemán de 1861 (ADHGB) consagra el sistema objetivo, con algunas variantes sobre el modelo francés, el Código español de 1829 sigue de cerca al francés; el Código español de 1885 continúa consagrando el sistema objetivo que aísla del acto de comercio la persona del comerciante; los códigos hispanoamericanos inspirados en el español, como el colombiano que estuvo vigente hasta 1971, también consagran el sistema objetivo.

El problema se presentó para poder definir lo que debe entenderse por *acto objetivo de comercio*. En un principio la doctrina se limitó a afirmar que el acto objetivo de comercio podía realizarse por comerciantes o no comerciantes, pero sin darle contenido al concepto mismo. Posteriormente, autores como Rocco intentan dar contenido al concepto de “acto objetivo de comercio” afirmando que la base del derecho comercial es el comercio entendido desde un punto de vista económico y desde un punto de vista jurídico; desde la óptica económica, el comercio es la intermediación entre el que produce y el que consume; y desde la jurídica, el concepto es más amplio, pues coincide con todo aquello que regula el derecho mercantil moderno positivo.

El sistema objetivo también marca el comienzo de la crisis del derecho mercantil. El concepto objetivo rompe con la relación entre comercio y derecho mercantil. El derecho comercial se convierte en el derecho del acto aislado donde no intervienen profesionales ni empresas. Los sostenedores del criterio objetivo no supieron justificar la necesidad de mantener un derecho especial como el comercial. En realidad el derecho comercial se aplicaría a toda persona que realizara

actos de comercio, es decir, por la fuerza de los hechos se convertía en derecho común. Tampoco quedaron claros en las diferentes legislaciones que consagraron el sistema de los actos objetivos de comercio, los criterios para establecer qué normas aplicar frente a un contrato regulado por la ley civil y la ley comercial; tuvieron que acudir a criterios confusos, heterogéneos y hasta contradictorios, situación que llevó a percibir lo absurdo que era, además de la inseguridad jurídica que generaba, mantener una dicotomía entre la legislación obligacional civil y la mercantil. Para Garrigués el derecho mercantil, como ordenamiento especial, tan sólo posee razón de ser cuando vuelve a ser considerado como un derecho especial.

3.1.6. Se trata de buscar nuevos caminos para salir de la crisis que embarga al derecho comercial.

a) El Código de Comercio alemán el 1º de mayo de 1897 (H. G. B.) marca otro momento importante en la transformación del derecho comercial.

Nuevamente regresa esta codificación al criterio subjetivo, a una base fundamentalmente profesional. Según Broseta, hasta este momento, los legisladores de la época no supieron comprender, que en el mundo del tráfico coexistían dos fenómenos económica y jurídicamente distintos que era imposible unificar:

1º) La extensión o “generalización” de ciertas instituciones propias de la actividad mercantil a sectores enteros de la sociedad que no actuaba profesionalmente y.

2º) Que el tráfico o la actividad mercantil profesional iba cada día reafirmando la complejidad de su organización económica y riqueza e intensidad de sus operaciones.

No pueden ignorarse los vuelcos que el desarrollo del capitalismo imponía, como tampoco podrían en nuestra época despreciarse las transformaciones que el intervencionismo de Estado efectuó en la autonomía privada. La industrialización, el consumo en masa, el capital financiero, provocaron cambios en la vida de los pueblos que repercutieron en el campo del derecho. Esta generalización de la actividad y ese tráfico desbordante e intenso los percibió el legislador alemán de 1897. Por partir de esa realidad, se convierte el H. G. B. en un avanzado código frente a los demás imperantes en la época.

Nuevamente el Código alemán pone al comerciante en el centro de su sistema y suprime radicalmente el sistema objetivo. Se estiman mercantiles según el artículo 343 del H. G. B. todos los actos realizados

por un comerciante siempre que pertenezcan a la explotación profesional de una actividad mercantil.

Como bien lo ha expresado la doctrina, este avance no se hubiere logrado sin la reforma del derecho civil alemán, y la tarea unificadora de la materia generalizada que realizó el B. G. B. Se llevan al derecho común, entre otras disposiciones, temas como: títulos valores, conclusión y cumplimiento de los contratos, interpretación, responsabilidad, forma de negocios, etc. Lo que se hizo en Alemania fue una reforma a fondo del derecho privado que implicó la revisión, tanto del Código Civil como del Código de Comercio. Todas aquellas instituciones que experimentaron con los nuevos hechos sociales y económicos una “generalización”, abandonan el derecho especial, para pasar a ser parte del derecho común.

b) El Código italiano de 1942, también retorna al sistema subjetivo. Se abandona el criterio del acto objetivo y se orienta por el criterio de empresario y actividad mercantil. Muchas razones se exponen para justificar el afán unificador del Código italiano de la materia civil y de comercio. Ascarelli relaciona varios motivos para el paso dado por el Código italiano, los cuales se enmarcan en fenómenos como la revolución industrial, el intervencionismo del Estado, la generalización de la actividad mercantil, que llevan a pensar que la unificación del derecho de las obligaciones se corresponde con una consideración unitaria de toda la actividad económica.

3.1.7. Consultando un método de atenta observación de la realidad aparece a comienzos del siglo un nuevo criterio para delimitar la materia mercantil. El derecho mercantil se encarga de regular *los actos realizados en masa*. Esta concepción aparece formulada por Heck en 1902 en un artículo que tituló *¿Por qué existe un derecho mercantil separado del Civil?* Su doctrina se presenta como una reacción a la equivocada manera de concebir el derecho mercantil partiendo del acto objetivo de comercio. Se detiene más bien a observar cómo se presentan en la vida social una serie de hechos repetidos, realizados en masa, que son objeto de regulación por el derecho mercantil a la vez que delimitan su órbita.

La tesis de Heck parte del supuesto que no hay diferencia ninguna entre la operación civil y la mercantil, sin embargo, el ámbito social del comercio y su esencia, indican la necesidad de una serie de normas reguladoras de su tráfico diferentes de las que regulan el tráfico civil. La producción industrial en masa se impone en el mundo económico y por tanto, los negocios también se concluyen en masa. Para Broseta dos aportaciones importantes efectúan esta teoría:

a) La de haber constatado la presencia de un nuevo orden económico y.

b) La de una nueva metodología, consistente en la reafirmación de que el fundamento y la justificación del derecho está en la propia realidad; en el caso del derecho mercantil, en la económica, que es la realidad que regula.

Posteriormente, un seguidor de Heck, marca una importante evolución de la doctrina de los actos realizados en masa. Locher establece que hay una realidad definitiva entre el tráfico realizado en masa y el profesional que se dedica a esa labor. El intercambio realizado en masa presupone de una organización de un profesional dedicado a tal actividad. Con esta nueva concepción se demuestra la ausencia de consistencia y la falta de fundamento del derecho mercantil decimonónico estructurado sobre “el acto aislado”.

3.1.8. El paso siguiente lo presenta la concepción del derecho mercantil como *derecho que regula las empresas*. Es la continuación de la teoría de los actos que se realizan en masa. Si nuestra realidad la presenta una producción en masa, que lleva a un tráfico también en masa y además supone de una organización profesional para su realización y esa organización se llama *empresa*, luego, es imperioso concluir, que el derecho mercantil es el derecho que regula las empresas.

Sobre las empresas se habían realizado algunos apuntes, pero a quienes se atribuye la paternidad de su nueva concepción es a Wieland y a Mossa. Dice este último del derecho mercantil actual: “Éste es el derecho de la empresa en cuanto es el derecho de la organización del comerciante. La empresa es el organismo económico fuerte y ágil formado por capitales, formado por el trabajo, formado por fuerzas naturales, y constituye la persona económica cuya vida y cuya continuidad está organizada por el derecho comercial”.

Con el concepto de empresa, comienza una nueva etapa para el derecho comercial. Es la culminación de la reacción que incitó el Código Comercial napoleónico con su teoría del acto objetivo de comercio. El epicentro del derecho comercial se traslada desde el acto objetivo de comercio, hacia la organización de la empresa. Es la empresa la materia propia del derecho comercial; cómo protegerla y hacerla perdurar; de allí se inspiran las nuevas regulaciones sobre quiebras, concordato, propiedad comercial y los derechos de los arrendatarios de locales comerciales, la venta en bloque del establecimiento y una serie de regulaciones, que tienden a mantener la empresa, como objetivo primordial.

El estudio sobre los empresarios también es objeto del derecho comercial, ya sean individuales o colectivos y se regulará su actividad en el mercado al que concurren, garantizando la libre y sana competencia.

Los contratos propiamente mercantiles, serán los *contratos de empresa*, es decir, aquellos instrumentos de los cuales se sirve el empresario para realizar los fines de su empresa. Estos contratos ya no son el eje angular del derecho comercial moderno; a diferencia del derecho comercial clásico que fue eminentemente contractualista, el derecho comercial moderno se manifiesta como institucionalista. Los contratos son un instrumento fundamental para el empresario, sin ellos es imposible intervenir en la circulación. Cada día, según las transformaciones del mundo económico, aparecerán figuras contractuales, con nuevas características y peculiaridades, para cuya regulación, el derecho comercial deberá brindar respuestas.

También se dice que el concepto de *empresa* ha encontrado su crisis, ante todo por la forma desarticulada como se la ha regulado. Uno de sus elementos fundamentales, como es el trabajo, se ha dejado fuera de ella. Sin embargo, sigue siendo un criterio válido y fundamental para justificar la autonomía del derecho comercial moderno.

3.2. La materia mercantil y el Código de Comercio colombiano

Nuestro legislador de 1971, desaprovechó una gran oportunidad para haberse amoldado a las nuevas transformaciones del derecho comercial moderno; basta citar uno de los apartes de la exposición de motivos del proyecto para saber de la confusión y falta de claridad que existía sobre el problema:

“Con el criterio de que al tratar de hacer una definición del acto de comercio pueden crearse dificultades de interpretación frente a una vida económica que evoluciona rápidamente, se conserva el sistema tradicional en los códigos y se hace una enumeración de las operaciones o negocios que han de considerarse siempre como mercantiles. Y como la enumeración de tales actos no es limitativa sino simplemente ilustrativa, se hace también una enumeración de las principales actividades que no han de tenerse como comerciales sino como civiles”.

Se consagra de esta manera un criterio objetivo para delimitar la materia mercantil, con todos los tropiezos y las inseguridades que ello implica. La gran doctrina de la materia mercantil declaró a principio del siglo la imposibilidad de dar un satisfactorio contenido al acto *objetivo de comercio*. Sin embargo, nuestro legislador se inclina por tal solución.

Este argumento está admitido por la misma Comisión Revisora, cuando admite en su exposición de motivos el criterio que adopta; observamos una cita que sin lugar a dudas revela su concepción objetiva:

“El objetivo fundamental de los artículos 25 a 29 (del proyecto) no es solamente la determinación de los actos cuya ejecución profesional confiere la calidad de comerciante a una persona, sino fijar el objetivo mismo de la legislación comercial o el ámbito de aplicación de todas las normas”.

Para confundir las cosas, la Comisión involucra el criterio de empresa, advirtiendo que se trata de un elemento extraño a su concepción sobre la materia. Dice así la exposición de motivos:

“Y, para fijar conceptos que no siempre son claros en la doctrina, se consagra, inspirada en la legislación italiana de 1942, la siguiente definición de empresa:

‘Para los efectos del artículo 25, se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes, y para la prestación de servicios’.

El concepto de empresa se trae en nuestra legislación como algo accesorio, con la presentación de que es confuso y sin que sobre él se edifique la columna esencial del derecho comercial colombiano.

En materia contractual, nuestro Código continuó con la estructura del anterior de corte decimonónico. Hay una serie de principios en materia de teoría general de las obligaciones y de los contratos, bastante enriquecidos con las conquistas del derecho comercial y que son innovadores y fructíferos incluso para la legislación civil; se mantiene una serie de contratos, homónimos a los civiles y por las dificultades obvias que presenta el sistema objetivo del acto de comercio, continúan dando lugar a controversias inútiles sobre el viejo problema de linderos entre el derecho civil y comercial. Se regulan igualmente los contratos de empresa, es decir, aquellos que podríamos llamar propiamente mercantiles y que sirven de apoyo para realizar los fines de la misma.

4. VALIDEZ DEL CÓDIGO COMO TÉCNICA DE PRODUCCIÓN LEGISLATIVA

Quedamos rezagados con un sistema de doble regulación para muchos negocios, sin una razón científica para mantener la dicotomía. Unos contratos mercantiles homónimos a los civiles, que por ciertas circunstancias, van a una de las dos regulaciones, creando incluso

grandes inconsistencias por las diferentes escuelas sobre la exégesis en la interpretación de la remisión directa que efectúa el artículo 822.

Pero cuál es la manera de eliminar la dicotomía y ponernos a tono con las legislaciones contemporáneas. Se intentó fundir los códigos en uno sólo, en el proyecto de Valencia Zea en 1986.

Es del caso que en este punto hagamos algunas reflexiones sobre la codificación como técnica de producción legislativa y especialmente su valor actual en el mundo del derecho privado, para lo cual he de referirme brevemente a su significación histórico-jurídica.

Es indudable, como inicialmente lo señalamos, que el proceso de codificación del orden jurídico obedeció en primer lugar a la idea presente de toda la construcción del moderno Estado de derecho, de racionalizar al máximo la vida social en general obteniendo de esta manera una garantía en la mayor seguridad jurídica, idea que incluso es anterior al mismo Estado de derecho, pues la Ilustración de los despotas animó con antelación el proceso de codificación.

Teniendo siempre presente esta finalidad, los códigos modernos fueron fruto de la idea de regular en la forma más exhaustiva el ámbito o sector de la materia o disciplina jurídica que se codifica; así, se les atribuyó, una función omnicompreensiva bajo la creencia de que como cuerpo armónico se encontraba la solución de todos los conflictos de la vida social abarcada en el campo de su regulación.

El Código de Napoleón fue el primer código del mundo que no sólo respondió a esta idea ya insinuada en la codificación anterior, sino que en él se reflejaron fielmente los principios de organización política de la nueva sociedad burguesa. El *Code de Napoléon* extiende su influencia a todo el derecho continental europeo cuya producción se hará bajo la impronta de la codificación. Por tanto, esta técnica lleva dos siglos, lo cual hace pensar que en el proceso siempre dinámico de todas las instituciones sociales dicha técnica no ha podido escapar tampoco del influjo de las profundas transformaciones sociales, políticas y por tanto jurídicas, ocurridas durante este tiempo, especialmente ante la presencia cada vez más activa de la legislación estatal.

Ello nos lleva a tener presente el cuestionamiento que ya se han hecho en los últimos años destacados juristas de diferentes partes del mundo, en el sentido que señala el italiano Irti, qué tan válido es hoy

día de que los códigos siguen cumpliendo con su finalidad o si por el contrario comenzamos a vivir en la “edad de la descodificación”⁽²⁸⁾.

Este cuestionamiento surge ante la evidente transformación del Estado y del orden jurídico en general. Los códigos liberales nacen, como dijimos, bajo el influjo de la seguridad jurídica que implicaba su función omnicomprendensiva ante toda posible situación de hecho, en una regulación que se pretendía exhaustiva. Al Estado le correspondía arbitrar esas relaciones sociales y garantizar la aplicación del orden jurídico.

Pero la transformación del papel del Estado y su relación con la sociedad lo han convertido en el sujeto responsable del desarrollo social, económico y cultural, lo que ha producido la multiplicación progresiva de la actividad estatal normativa en sectores antes definidos de una manera completa y hermética por el derecho privado codificado.

Este aspecto es clarísimo frente al Código de Comercio, ya que la actividad comercial cada día más regulada por el Estado ha generado todo un sistema de “leyes especiales” que ya forma una legislación paralela al código, que por este sólo aspecto ha perdido su función de regular en forma única y predominante la materia comercial.

Esta legislación paralela tiene por demás una clara connotación frente al derecho tradicional, ya que es un derecho mucho más flexible al cambio, tanto como las circunstancias lo exigen, en la medida en que su contenido no apunta únicamente a imponer límites a los individuos sino también a señalarles objetivos concretos, programas y en general a imponer la dirección de la actividad económica para atender a la finalidad impuesta por las normas constitucionales.

Como bien lo señala el profesor español Agustín Motilla, estas leyes especiales que nacen para dar respuesta a las demandas de la realidad, van edificando junto a la solemne arquitectura del código, otro derecho, cambiante y efímero, con principios y criterios propios y diferentes a los de aquél⁽²⁹⁾. Así, esta regulación especial, si bien ya no es excepcional, ha asumido la regulación de materias codificadas, sustrayéndolas de la aplicación de la normatividad abstracta del código y de sus principios.

De ahí que se señale en la doctrina contemporánea el proceso de descodificación y que se agiten voces como la de Rodolfo Sacco entre

(28) IRTI, Natalino, *L'età Della Decodificazione*, Milano, 1978, p. 12.

(29) MOTILLA, ob. cit., p. 572.

los civilistas, al afirmar que el código está muerto y que el tiempo en que se codificaba es un tiempo superado⁽³⁰⁾.

Sin embargo, aunque sea forzoso concluir desde ese punto de vista que los códigos han perdido su finalidad original, aún conservan valor como técnica de racionalización de un sector del ámbito social. Pero esta transformación sí nos evidencia que tal vez ya no pueden sostener la pretensión de regular en forma exhaustiva y con relativa permanencia una materia, sino la de orientar un correcto método de interpretación de las leyes vigentes, en armonía con las regulaciones especiales y las normas constitucionales que fijan los principios axiológicos en la interpretación actual del derecho privado, siendo quizá mucho más conveniente que el legislador defina las pautas de dicha interpretación, ante la imposibilidad práctica y jurídica de que en la actualidad el derecho pueda regirse con base en un sistema hermético y único.

Esta alternativa se adecua mucho más a la presencia de un derecho cada vez más cambiante, más particularizado y enriquecido con elementos nuevos y ajenos a la tradicional concepción abstracta del derecho. Además se cumple el afán de aproximación legislativa, propia del fenómeno globalizador.

En este orden de ideas marchan las nuevas tendencias para adecuar el derecho de los contratos por la vía legislativa, a las actuales necesidades del momento. No es necesario cambiar el Código Civil sobre el cual recae además de su historia todo el complemento de doscientos años de doctrina y jurisprudencia que frente a un cambio se echarían por la borda. La tendencia se presenta en leyes especiales de protección a las relaciones de consumo, clasificando los contratos en de libre discusión y de adhesión, regulando el problema de las cláusulas abusivas y presentando una reglamentación simple y concreta sobre los mismos para hacer justicia en las relaciones contractuales que se dan en esta órbita.

La unificación se deberá cumplir a través de leyes, leyes de unificación, que no de códigos. Son más simples y menos intervinientes en el sistema jurídico. En Colombia, la ley 222 del 95 contiene un elemento de unificación, que muestra la manera en que puede cumplirse la labor más discretamente, cuando se afirma que las sociedades, cualquiera que sea su objeto, se regirán por la ley comercial.

(30) SACCO, Rodolfo, "¿Codificare: modo superato di legiferare?", *Revista di Diritto Civile*. I. 1913, p. 120.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONTRACTUALES



PRINCIPIOS CONTRACTUALES

Por Felipe OSTERLING PARODI⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios generales del derecho y principios contractuales. 3. Principales Principios Contractuales. 3.1. El Principio de la Autonomía de la Voluntad. 3.2. Principio de Obligatoriedad (fuerza vinculante). 3.3. El Principio de la Relatividad del Contrato (eficacia del contrato). 3.4. El Principio de la Causa Concreta. 3.5. Principio del Consensualismo (Conclusión y Perfeccionamiento). 3.6. El Principio de Sociabilidad/Solidaridad. 3.7. El Principio de Inalterabilidad. 3.8. El Principio de Eficiencia.

1. INTRODUCCIÓN

El contrato se entiende como una relación jurídica que consiste en un intercambio de promesas que producen confianza entre las partes intervinientes. En él cada parte expresa su voluntad con la expectativa cierta y legítima de que su promesa tiene un alcance o una intención similar a la de la otra parte, que finalmente se traduce en un comportamiento adecuado e idóneo para lograr el interés perseguido⁽²⁾.

A través del contrato las partes buscan obligarse recíprocamente, poniendo de manifestación su voluntad interna destinada a la consecución de determinados intereses que respondan a una causa específi-

(1) Profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Justicia. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio Principal del Estudio Osterling.

(2) El Código Civil prevé una definición del contrato. El artículo 1351 expresa que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esta definición contiene la estructura básica de lo que es el contrato, la misma que se complementa con otras normas relativas a la autonomía de la voluntad o al consentimiento.

ca dentro de la esfera de intereses de cada persona. Las partes, luego de la negociación de sus intereses y habiendo concebido el grado en el que será oneroso para cada una, esto es el grado de desprendimiento y sacrificio, deciden finalmente concertar el acuerdo, lo cual implicará una efectiva manifestación de voluntad externa que dará origen al contrato.

También es común aproximarnos a la naturaleza jurídica de este proceso de manifestación de voluntad, que determina la decisión de una persona a obligarse, considerando numerosos aspectos genéricos como la libertad, el sistema económico, la distribución y atribución de las cosas, los distintos modelos de gobierno, etc. Se trata de causas generales que orientan el actuar de las personas con el propósito de alcanzar un objetivo.

Estas causas se denominan con frecuencia principios del derecho que, sin constituir preceptos legales, inspiran y regulan las relaciones jurídicas entre los individuos. Principio, en sentido amplio, es aquel enunciado o regla lógica que se acepta como base de los supuestos de acción que surgen en un determinado campo del conocimiento o situación existente.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y PRINCIPIOS CONTRACTUALES

En el Derecho contemporáneo aún existe el debate académico sobre la aproximación a los principios y sobre su naturaleza, eficacia y vinculación con las relaciones jurídicas. Quizás una de las posiciones actuales más relevantes es aquella planteada por el profesor Ronald Dworkin, que en los foros anglosajones ha desarrollado su tesis sobre los principios y la ley. Explica el profesor Dworkin que en realidad *“el principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*.

Apreciamos que el profesor Dworkin ha considerado los principios generales del Derecho como un “estándar” que “debe ser” observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad. Los principios generales del Derecho se presentan en el Derecho anglosajón como una causa que debe ser observada para alcanzar valores supremos que se vincularán y mantendrán en la relación jurídica.

Francesco Messineo⁽³⁾, al referirse a los principios generales e ingresar a materia contractual, sostiene que existen principios que están únicamente relacionados con el ámbito contractual, y que algunos pueden ser elevados a la categoría de principios generales del Derecho. Sin embargo, aludiendo a algunos de los principios contractuales principales, anota que *“ni aun el propio principio de la libertad es un principio general de Derecho, pues el mismo es, a su vez, derivación del principio de la autonomía individual. De la misma manera es principio general, y por esto mismo no exclusivo de la materia contractual, el de la buena fe (objetiva); éste, aunque encuentre aplicación más destacada en materia contractual, tiende a revestir, indistintamente, todas las relaciones jurídicas”*.

Lo explicado por Messineo parecería determinar que los principios contractuales fueran en realidad principios generales, y que estos, por el mérito de serlo, luego se aplicarían a las relaciones contractuales en mayor o en menor medida respecto de la naturaleza contractual que se busca, determinándose finalmente la aplicación de los principios generales del Derecho a materia contractual indistintamente. Sin embargo, también es cierto que existen principios que son exclusivos de materia contractual y que si bien encuentran aplicación a otras relaciones jurídicas ello no determina que sean principios generales.

Agrega el autor italiano que *“existen principios comunes a todos los contratos, en cuanto cada figura particular del contrato participa, no obstante, de una común naturaleza y estructura con todas las demás figuras particulares del contrato”*. Esto lo denomina: *“paradigma abstracto y general”*, o sea la existencia de elementos formales en todos los contratos.

La doctrina nacional, representada por el distinguido maestro Manuel De La Puente y Lavalle⁽⁴⁾, sostiene que existen reglas aplicables sólo a un determinado grupo de contratos, y que luego se hallan las normas particulares correspondientes a cada contrato, toda vez que

“las relaciones comunes y las aplicables a un grupo determinado de contratos son sobre todo de carácter formal, atinentes a la estructura del contrato, de las cuales cada contrato singular puede reducirse al esquema del contrato en general o al grupo del que forma parte; las segundas establecen los rasgos característicos por los cuales el contenido de cada contrato viene a ser confundible con otro cualquiera”.

(3) MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Ara Editores, Lima, 2007, p. 52.

(4) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *Estudios Sobre el Contrato Privado*, Cultural Cuzco (1983), p. 42.

Coincidimos con De La Puente ya que consideramos que los principios contractuales son en efecto aplicables a los contratos de un grupo determinado y que posteriormente se aplicarán en especialidad a aquellos que pertenecen al contrato singular, distinguiéndose las características formales (*el paradigma abstracto y general de Messineo*) de las que les son propias a cada forma contractual.

De La Puente considera para ello que

“cuando se trata de cada contrato en particular habrá que tomar en consideración, en primer lugar, los principios comunes, como son su obligatoriedad y su efecto entre las partes que lo celebran. Después habrá que considerar las reglas aplicables al grupo determinado al que el referido contrato pertenece; [...]. Esto explica la necesidad de que al tratar sobre los contratos en general se establezca, a manera de teoría, cuales son los principios comunes a todos los contratos y también cuales son las reglas aplicables a un grupo determinado de contratos, reservando las reglas aplicables a un contrato en particular cuando se legisle especialmente tal contrato”⁽⁵⁾.

Ello nos permite observar que en el tema de los principios contractuales se ha distinguido, por un lado, la separación y aproximación que existe con los principios generales del Derecho y con aquellos principios propios del orden contractual, sin perjuicio de que estos se apliquen a otras relaciones jurídicas, y, por otro lado, aquellos que se refieren en estricto al ámbito propio de los principios contractuales, que a su turno son generales a todos los contratos y, en su caso, propios de cada forma contractual.

Sobre la base de las premisas expuestas analizamos a continuación los principios que son generales a las formas contractuales y que se encuentran, por tanto, en la teoría general del Contrato.

3. PRINCIPALES PRINCIPIOS CONTRACTUALES

Como hemos anotado, existen en estricto principios contractuales. Algunos se aplican en forma general a todos los contratos y otros son específicos de cada forma contractual, sin perjuicio de los principios generales del Derecho aplicables a los contratos.

Sobre esta base analizaremos los que, en nuestra opinión, son los principales principios contractuales.

(5) DE LA PUENTE y LAVALLE, ob. cit., p. 42.

3.1. El Principio de la Autonomía de la Voluntad

Este principio configura el acto creador de la relación jurídica, siendo para ello necesario que se realice en plena libertad. La voluntad así expresada es la que finalmente busca obligarse frente a otro sujeto y generar, en esta forma, los elementos del contrato.

Dice De La Puente, en cuanto a esos elementos, que este principio debe entenderse como

“el poder que se reconoce a la persona para poder crear, de acuerdo con otra persona, obligaciones a cargo de ambas o de una de ellas [...] debiendo, por un lado, existir libertad para llegar a este acuerdo, esto es libertad **para ponerse** de acuerdo, y, por otro lado, libertad para establecer **lo que se quiere crear** mediante ese acuerdo, o sea cuales son las obligaciones que surgen. La autonomía de voluntad importa, por tanto, dos clases de libertades: la libertad de **contratar** y la libertad **contractual**”⁽⁶⁾.

Es interesante observar que el autor citado se refiere al principio como el poder reconocido en una persona, es decir como una situación de atribución previa de facultades, que luego es reconocida y que finalmente determinará que se obligue.

La aplicación de este principio y su importancia reside en que la manifestación de voluntad se realice en libertad. Ello supone que los sujetos que se obligan tienen plena autodeterminación individual del acto, el mismo que generará una relación obligacional que afectará su esfera de interés y su patrimonio.

Roppo⁽⁷⁾ explica que

“En cuanto fundado en la voluntad, el contrato es también expresión de libertad. En una primera aproximación, decir que las esferas jurídicas de las partes están afectadas sólo si, y en el modo en el cual, las mismas partes desean que sean afectadas, significa decir que las partes son libres de decidir si, y en qué modo, sus esferas jurídicas serán afectadas por el contrato: significa evocar el principio de libertad (autonomía) contractual”.

Tal como lo señala el autor italiano citado, aquí nos encontramos ante un acto de expresión de libertad que emana de la voluntad del sujeto. Es decir, cuando hablamos de un sujeto y su esfera jurídico-patrimonial, es clara su intención de desvincularse de parte de su patrimonio (sacrificio patrimonial) para la obtención de un interés perseguido. En esta línea de pensamiento observamos que es preciso que

(6) DE LA PUENTE y LAVALLE, ob. cit., ps. 52/53.

(7) ROPPO, Vincenzo, *El Contrato*, Lima, Gaceta Jurídica (2009).

el sujeto también busque obligarse, y es allí donde entra en juego el principio de manifestación de la voluntad, uno de cuyos elementos es la libertad, adicionalmente a otro que supone la intención de obligarse y que configura la libertad contractual.

Para entender cabalmente el significado de la libertad en este principio, Alpa⁽⁸⁾ ha señalado que *“la libertad contractual constituye una fórmula que debe ser decodificada, porque si es entendida genéricamente podría hacer creer que las partes pueden celebrar cualquier contrato, sin ningún obstáculo ni límite...”* Aquí el autor reconoce un primer límite al principio de la libertad contractual, en notoria consecuencia con la tradición italiana, al plantearnos una primera mirada hacia la causa del Negocio Jurídico, en donde el límite de la voluntad en la conformación del negocio estará puesta en la legitimidad de su causa.

Alpa continúa señalando que *“en sentido positivo, la libertad contractual es la libertad de decidir si el contrato se celebra o no, de elegir a la contraparte, de elegir el contenido, de escoger la forma, de decidir la ley aplicable al contrato, de elegir las modalidades de resolución de las controversias emergentes del contrato.”* De esta manera los elementos a los que antes aludimos se ponen nuevamente de manifiesto, teniendo en primer lugar a la libertad como elemento esencial del principio (autodeterminación), luego la intención de los sujetos de obligarse (voluntad interna) y finalmente la libertad contractual en donde se expresa la voluntad interna (voluntad de configuración externa, como lo entiende De La Puente), consiguiendo finalmente un contrato.

También es pertinente tener en cuenta que el principio de autonomía de la voluntad está considerado en nuestro ordenamiento jurídico como un principio que regula el ámbito de la configuración del Acto Jurídico, y al Negocio Jurídico como su génesis, requiriéndose que se presuma una causa legítima para dotar de juridicidad a esta autonomía.

En cuanto al Acto Jurídico, el artículo 140 del Código Civil lo define como el acto destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Estas relaciones jurídicas manifiestamente se desprenden del texto de la ley, y no son necesariamente contractuales.

Podría aquí afirmarse que el postulado de la autonomía de la voluntad se encontraría reñido con los contratos por adhesión. Cabe recor-

(8) ALPA, Guido, *El contrato en el derecho privado actual. En Estudios sobre el Contrato en General*, Lima, Ara Editores (2003).

dar, sin embargo, que en un contrato por adhesión las partes integran un contrato como cualquier otro (forma y observancia de principios), y la manifestación de voluntad es expresa y válida para las partes.

Louis Josserand⁽⁹⁾, en su momento, ya aludió a este principio con referencia a la supuesta limitación de la voluntad que se presentaría a la sola *adhesión* de una de las partes a la voluntad de la otra, pues si no hubo negociación faltarían elementos que constituirían una flagrante violación al principio de la autonomía de la voluntad. Josserand explicaba con acierto lo siguiente sobre este debate:

“Esta concepción (que en la adhesión no habría autonomía) es generalmente rechazada: los contratos de adhesión son verdaderos contratos; la ley no exige, en ninguna parte, que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones”.

Lo sostenido por Josserand es de enorme claridad. A ello podemos agregar que el legislador ha previsto formas de protección ante intentos de “contratos leoninos” que se podrían producir en virtud de la naturaleza de estos contratos.

Entonces, si las partes han convenido (en uso de su autonomía) en obligarse en una relación, tenemos que ha operado y se ha observado el principio de la autonomía de la voluntad, y que este primer principio en la creación de la relación jurídica abre las puertas para la aplicación y observancia de otro principio: el principio de Obligatoriedad.

3.2. Principio de Obligatoriedad (*fuerza vinculante*)

Al habernos referido al interés que persiguen las partes al generar una relación jurídica, también aludimos a la legítima expectativa que tiene cada una de ellas de obtener una conducta idónea de su contraparte, la misma que determina que el apartamiento de la relación sólo pueda producirse por determinadas razones que son ajenas a la intención originaria de vincularse⁽¹⁰⁾.

(9) JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, T. II, Volumen I, Buenos Aires: EJEA, Bosch y Cía., Editores (1952), p. 32.

(10) Como excepción a esta premisa, tenemos la posibilidad de la desvinculación prevista de forma expresa desde el inicio de la relación, como lo es el caso de la cláusula penal y las arras de retractación; sin embargo, ambas están sujetas a una variación ulterior de la intención y no necesariamente surgieron con la voluntad inicial.

Esta expectativa se traduce en la aplicación del principio de obligatoriedad del contrato, principio que ordena que el acto celebrado entre las partes revierta singular importancia, pues al haberse constituido una relación jurídica se origina una deuda de justicia entre las partes que conlleva los efectos que precisamente las vinculan.

Siguiendo esta línea de pensamiento Roppo⁽¹¹⁾, al referirse al vínculo contractual, manifiesta que *“se entiende mejor, en conexión con la idea de efectos del contrato”*. Y agrega que en este sentido

“El vínculo contractual es, propiamente, la sujeción de las partes a los efectos de su contrato: es decir, a las modificaciones determinadas por el contrato en las posiciones jurídicas de las partes, que estas soportan por el cómo el contrato las determina. [...] . Tras del contrato las cosas, para las partes, no son más las mismas; y la parte no tiene el poder de hacerlas regresar como estaban antes”.

La obligatoriedad que se desprende de un contrato es una característica común que no es accesoria ni accidental, sino que constituye uno de los principales efectos que genera su celebración. Este efecto, que se desprende del contrato, se configura precisamente por el vínculo que las partes han decidido crear. Por ello Roppo⁽¹²⁾ añade que: *“Existe un nexo entre efectos del contrato y acuerdo de las partes: sin acuerdo de las partes no existe contrato, y sin contrato no existen efectos contractuales. El acuerdo que condiciona de manera absoluta los efectos contractuales es el acuerdo de su dimensión genética, entendido como la voluntad común de las partes de hacer el contrato, es decir, constituir, regular o extinguir entre ellas una cierta relación contractual”*.

Este nexo entre los efectos propios del contrato y el acuerdo creado por las partes, está referido a la unidad que existe entre el principio ya estudiado de autonomía de la voluntad y su manifestación como creadora de la relación, el vínculo generado, y finalmente la expectativa legítima de la conducta idónea de las partes en la relación. Así, la obligatoriedad del contrato está efectivamente subordinada a una primera manifestación de voluntad que, como hemos explicado, legitima el obligarse en la relación, y con ello cada una de las partes, en virtud de la coherencia que recíprocamente esperan, permanece en la relación.

Sin embargo, los efectos que se desprenden de la relación contractual, y por tanto el vínculo obligacional, en principio alcanzan a las partes intervinientes, como actores directos en la relación conforma-

(11) ROPPO, ob. cit.

(12) ROPPO, ob. cit., p. 496.

da. Pero los efectos de la celebración de un contrato entre los agentes participantes puede también, en su momento, extenderse a terceros que no participan directamente en la celebración, como veremos seguidamente.

3.3. El Principio de la Relatividad del Contrato (*eficacia del contrato*)

Hasta aquí hemos analizado dos de los principales principios que se recogen en materia contractual: la conformación de la relación contractual a la luz del principio de la autonomía de la voluntad, y el efecto de ella en el contrato, que se encuentra en el principio de obligatoriedad contractual. Sin embargo, cabe aquí preguntarse: ¿Qué sucede con los terceros ajenos al vínculo creado por las partes?

Es común pensar que efectivamente existen situaciones en que los sujetos se obligan a favor de un tercero, como ocurre en el contrato de seguro donde el beneficiario puede ser un tercero ajeno a la relación jurídica entre la entidad prestadora del servicio y el asegurado.

Esta situación, sin embargo, no se limita al área de los terceros beneficiarios que terminan incorporados a una relación por su especial condición jurídica en un momento determinado, sino por el contrario se trata de un principio más que regula las relaciones en materia contractual: el principio de relatividad del contrato.

Este principio está referido a los efectos que tienen los contratos en cuanto a los terceros, ampliando sus alcances fuera del ámbito de quienes los celebran, en atención a su especial relevancia en el mundo del Derecho y a su realidad práctica, también denominada “eficacia indirecta”⁽¹³⁾, que se orienta a los efectos que escapan de la esfera de los directamente involucrados (contratantes).

Alpa⁽¹⁴⁾ al respecto sostiene que: *“Los sujetos quedan vinculados sólo si existe consentimiento; a los terceros no se les permite vincular a un sujeto sin su consentimiento; las partes tampoco pueden, mediante el contrato por ellas celebrado, vincular a sujetos que no han tomado parte en el acuerdo”*.

El consentimiento, como lo venimos explicando, es determinante para involucrarse en una relación jurídica. Sin embargo, Alpa ha identificado algunas excepciones a esta premisa. Así, anota como una de ellas el caso antes citado, al afirmar que *“el contrato en favor de tercero*

(13) Denominada así por Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN.

(14) ALPA, ob. cit., p. 144.

produce efectos con respecto a un sujeto que no es parte del contrato; ello se permite porque el efecto es ventajoso, porque el contrato produce la adquisición de un derecho en ventaja del tercero; pero éste de todas formas, puede rechazar el beneficio”. Esta aproximación sobre el principio de relatividad se traduce en la existencia de un supuesto ventajoso que queda a merced de la aceptación o no del tercero.

Sin embargo, es ahora oportuno referirnos a otro aspecto de este principio, esto es a su incidencia “genérica” en las relaciones contractuales.

En este sentido Renato Scognamiglio⁽¹⁵⁾ sostiene que

“el negocio provee a la disciplina de situaciones jurídicas preexistentes, que pueden implicar también a otros sujetos, quienes, por eso, sufrirán las repercusiones de su eficacia. [...]. Lo mejor es reafirmar que el negocio, unilateral o bilateral, sirve para la disciplina de los intereses privados, exclusivamente en lo que hace a sus autores, para quienes, del mismo modo, realiza sus efectos típicos. Otra cosa, y en esto consiste el problema, es que el contrato (negocio) constituya un acto valedero para todos, por la relevancia que adquiere en el mundo del derecho, y que por ello los llamados efectos contractuales se produzcan frente a todos”.

Lo expresado significa que los efectos principales buscados por las partes inciden de forma directa en su esfera de intereses y en su aspecto patrimonial (interés y onerosidad), pero el mismo acto del contrato puede contener aspectos que trascienden el ámbito de los contratantes y se extienden a los terceros con significados o efectos que serán de su interés, en mérito a su ingreso a la relación por haberse celebrado un acto que hasta entonces desconocían.

Roppo⁽¹⁶⁾ señala, por eso, que *“el principio de relatividad no significa que el tercero sea inmune a cualquier consecuencia fáctica que derive del contrato inter alias. Es muy posible que un contrato tenga, de hecho, consecuencias también muy relevantes para terceros ajenos al mismo”*.

Lo expresado se observa claramente en ciertas obligaciones de “no hacer”, en las que se aprecia con claridad el principio de relatividad de los contratos. Por ejemplo, en un contrato de suministro con exclusividad o en un contrato de distribución con la misma obligación de no hacer o de no contratar con terceros, es notorio que los efectos de la celebración del contrato que inicialmente perseguían las partes se

(15) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (1996) p. 200.

(16) ROPPO, ob. cit., p. 528.

han extendido hacia terceros, quienes están impedidos de celebrar un contrato de distribución similar con una de las partes.

Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón⁽¹⁷⁾ indican que *“la eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros se manifiesta ante todo en el deber de respeto de la situación jurídica que crea, que les obliga, si lo conocen, a no celebrar con alguna de las partes actos incompatibles con el anterior para impedir su cumplimiento o frustrar el interés del otro contratante.”* Esta “eficacia indirecta o refleja” es la que se traslada al tercero que busca involucrarse o que se ve inmerso en una relación de la cual no ha tenido conocimiento hasta que entiende el efecto que ha recaído sobre él.

Esta situación muchas veces se presenta en forma más genérica cuando se trata de contratos de mayor envergadura que afectan los intereses de toda una colectividad. Por ejemplo, un contrato con determinada empresa de servicios para otorgar un determinado tipo y calidad de servicio que finalmente repercutirá en sus clientes, quienes tendrán que utilizar y adaptarse a los efectos de tal contrato, siempre y cuando no se vean vulnerados sus derechos específicos como consumidores. Es oportuno aquí mencionar a Ihering, citado por Díez-Picazo y Gullón⁽¹⁸⁾, quien acertadamente hace la siguiente precisión:

“Todo negocio jurídico produce un efecto reflejo para los terceros porque, al igual que ocurre en el mundo físico, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona con su entramado”.

3.4. El Principio de la Causa Concreta

Llegados a este punto cabe recordar que los principios contractuales ordenan la configuración y el origen de la relación jurídica entre las partes y que, en este sentido, es evidente que tanto la manifestación de la voluntad en plena libertad como la absoluta observancia de los efectos producidos, deben haber surgido de un interés previo que decidió a los sujetos obligarse.

En este sentido la *“causa”* del negocio jurídico en nuestro ordenamiento, al igual que en la doctrina italiana, se manifiesta con la intención de las partes para la celebración del contrato. En otras palabras, no puede haber contrato sin una motivación suficiente que genere en

(17) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II (7) Madrid, Tecnos (1995), p. 92.

(18) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. cit., p. 92.

los contratantes la intención de contratar. Este principio reposa por tanto en la formación de la voluntad.

El ordenamiento jurídico peruano regula superficialmente la existencia de un sustento (*causa*) en la creación de la relación. Sin embargo, sí hace hincapié en que debe existir un objeto y, por ello, el artículo 1402 del Código Civil prescribe que: “*El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.*” Pero, para descubrir la razón propia del contrato como acto, debemos recurrir a las normas del Acto Jurídico, ya que el artículo 140 del Código Civil establece que para la validez del acto se requiere un objeto física y jurídicamente posible. Se exige, en consecuencia, dicha posibilidad, pues lo contrario determinaría la invalidez del acto, ya que carecería de sentido otorgarle tutela con efecto jurídico.

La doctrina italiana, por su parte, considera a la “*causa*” como un elemento imprescindible en la formación de la relación contractual. Roppo⁽¹⁹⁾ ha señalado, al respecto, que “*siendo la causa la razón justificativa del contrato, los contratos privados de causa*⁽²⁰⁾ *son contratos injustificados, contratos sin razón.*” En este sentido la razón justificativa sobre la que descansa la relación contractual es precisamente aquello que hace posible la existencia de un contrato legítimo.

Podemos afirmar, entonces, que el principio de la causa concreta exige que el contrato tenga un sustento firme que justifique su creación. De no existir tal motivación el contrato carecería de sentido, pudiendo presumirse su invalidez, pues las partes no se pueden obligar sin tener la intención de hacerlo y mucho menos sin que exista un objeto que así lo demande (*valuable consideration*)⁽²¹⁾.

3.5. Principio del Consensualismo (*Conclusión y Perfeccionamiento*)

Este principio se entiende en la declaración conjunta de voluntad para la formación del contrato.

El principio está consignado legislativamente por el artículo 1352 del Código Civil, del texto siguiente:

(19) ROPPO, ob. cit., p. 361.

(20) Referidos a la causa típica.

(21) Anota De La Puente que se trata de cómo se considera en el derecho anglosajón a la “*causa*” italiana, que finalmente es el sustrato del origen de la relación contractual que genera la obligación.

“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

Como anota De La Puente⁽²²⁾, “*en el proceso de formación del contrato deben distinguirse... dos hechos distintos que, aunque generalmente coincidentes, tienen peculiaridad propia. Estos hechos son la conclusión y el perfeccionamiento*”⁽²³⁾.

De La Puente hace referencia al proceso anterior a la creación del contrato, a la parte negocial del acuerdo, cuyo final se da en la prestación del consentimiento a lo planteado por cada una de las partes. Y de ello se desprende, con posterioridad o simultáneamente, el perfeccionamiento del contrato, que supone la eficacia de los acuerdos. Nos referimos a la posterioridad y a la simultaneidad en el sentido en que indistintamente y dependiendo del texto del contrato y la forma requerida por la ley, el contrato quedará concluido y perfeccionado en dos momentos o en uno sólo, caso este último que se presenta cuando se exige la forma “*ad solemnitatem*.” El principio del consensualismo, sin embargo, tiene una limitación natural, y ella se presenta cuando los efectos buscados por las partes requieren de un acto adicional para la celebración eficiente del contrato y para que sus efectos realmente tengan lugar. Nos referimos a la exigencia de la formalidad.

De La Puente señala, al respecto, que

“no debe pensarse que el principio del consensualismo determina la prescindencia total de la forma, entendida ésta como el molde en que la voluntad se vacía y se hace sensible a los demás, adquiriendo así un sentido, mediante su exteriorización. En estas condiciones, si para la existencia del consentimiento se requiere la exteriorización de la voluntad común a través de su declaración conjunta, es evidente que todo consentimiento, para serlo verdaderamente, requiere de una forma, que es aquella mediante la cual se hace la declaración conjunta (verbal, escrita, por signos, comportamientos, etc.)”⁽²⁴⁾.

(22) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, T. I (2da). Lima: Palestra (2007), p. 96.

(23) De La Puente entiende por conclusión del contrato la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido. Y entiende por perfeccionamiento la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional.

(24) DE LA PUENTE y LAVALLE, ob. cit., p. 131.

Es razonable, por ello, que el legislador haya dispuesto que algunos contratos revistan la forma *ad solemnitatem* para su validez, y otros la forma *ad probationem*, en que la forma no es necesaria para que el contrato exista. Para el contrato *ad solemnitatem* la forma es requerida para el consentimiento, mientras que para los contratos *ad probationem* el contrato es consensual⁽²⁵⁾.

En la tradición francesa, Josserand⁽²⁶⁾, al referirse a este principio, anota que *“los contratos se perfeccionan por el acuerdo de las voluntades y prescindiendo de toda exigencia de forma... salvo las dificultades de prueba [...] Excepcionalmente, la ley somete ciertos contratos a la observación de formas determinadas”*. El autor señala, adicionalmente, que en algunas ocasiones el acuerdo de las partes debe resistir, por ejemplo, la forma notarial, en cuyo caso estamos ante un contrato *solemne*. Cuando se refiere a los contratos que no existen sino cuando opera la entrega de la cosa entre las partes, nos dice que se trata de una exigencia puramente arbitraria, pues *“nada se opondría racionalmente a que tales acuerdos se perfeccionaran por el solo cambio de consentimientos”*.

Carbonnier, citado por De La Puente⁽²⁷⁾, explica que: *“El principio del consensualismo, entendido como el referido a los contratos consensuales libres, se ha establecido en beneficio de los individuos y no de la sociedad, ya que semejante criterio responde a un designio de rapidez, economía y particularmente libertad; sin embargo, pese al innegable valor de su simplicidad, este principio ha ido a su vez perdiendo terreno, también entre los individuos, debido, sobre todo, a un elemento que va adquiriendo cada vez mayor realce, como es la importancia de la seguridad”*. Es tal vez este tema, el de la seguridad, el que sin estar reñido con el principio del consensualismo, lo integra y le da énfasis, pues los contratantes no dudan del consentimiento que han prestado, ni de la existencia de su acuerdo, pero requieren, sin embargo, un “seguro” extra a la relación que enfren-

(25) De La Puente sostiene, en este sentido, que se puede hablar por un lado de “contratos consensuales libres” en los que no se requiere una forma determinada y “contratos consensuales sujetos” a los que se les ha impuesto una forma para el exclusivo objeto de probanza, no de su existencia. En estas consideraciones, los contratos bajo el principio del consensualismo observan siempre el proceso de la formación de la voluntad para la conclusión del contrato; sin embargo, el perfeccionamiento requiere de un paso adicional, encontrándonos en la situación descrita en donde hacen falta dos momentos para el consentimiento (la conclusión y en un segundo momento el perfeccionamiento).

(26) JOSSERAND, Louis, ob. cit., p. 38.

(27) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Primera Parte, Tomo I, Vol. XI. Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú (1991), p. 171.

tan, para garantizar sus efectos en los casos, lamentablemente no poco comunes, de que alguna de las partes decida desconocer lo acordado.

Cabe observar, sin embargo, una excepción al principio del consensualismo, en el sentido de que existen contratos reales. Ellos se refieren, concretamente, a la prenda (y no a la antigua prenda como sostendrían algunos) y a la hipoteca, las mismas que exigen de una operación adicional al propio contrato para que se cumpla el efecto buscado.

Luigi Ferri⁽²⁸⁾, distinguido tratadista italiano, señala que

“se afirma que el contrato se perfecciona *re*. El contrato real se contrapone al consensual, que se perfecciona *consensu*. Ello no significa que en los contratos reales no sea necesario el consentimiento; significa más bien, que el consentimiento no basta; debe estar acompañado de la entrega, que no deviene una operación posterior, cumplimiento de una obligación asumida con el contrato, sino, prácticamente, una modalidad o forma de la celebración del contrato mismo”.

De lo expuesto percibimos con claridad que Ferri alude a la entrega de la cosa (*re*), en donde conforme a la escuela italiana la *traditio* es una modalidad o forma del contrato en atenta observancia de la tradición romana, lo cual no enerva, desde luego, el consentimiento como indispensable para su existencia (“Principio del Consensualismo”).

3.6. El Principio de Sociabilidad/Solidaridad

Al referirnos a la manifestación de voluntad lo hemos hecho desde el punto de vista de su validez y de la libertad de las partes para obligarse en las condiciones que desean pactar. Sin embargo, la ley peruana señala límites que regulan el actuar de los sujetos en atención a los principios que inspiran el orden social y la pacífica convivencia.

Nuestro ordenamiento ha recogido aspectos de este principio en los artículos 1354 y 1355 del Código Civil, al prohibir que el contenido del contrato sea contrario a norma legal de carácter imperativo o cuando la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, impone reglas o establece limitaciones al contenido de los contratos. Aquí se establece una limitación a la autonomía de la libertad aten-

(28) FERRI, Luigi, *Lecciones sobre El Contrato, Curso de Derecho Civil*, Lima, Grijley (2004), p. 259.

diendo al principio de sociabilidad y, en cierto sentido, al principio de la causa concreta⁽²⁹⁾.

De La Puente, comentando el principio de sociabilidad, señala que

“La situación expuesta es, a grandes rasgos, la que se observa actualmente en la problemática legislativa y jurisprudencial del contrato, caracterizada, como se puede observar, por un intervencionismo del Estado en la contratación, que se ha considerado es signo de los tiempos, en virtud del cual los antiguos alcances, casi ilimitados, del principio de la autonomía de la voluntad —tanto en su aspecto de la libertad contractual, como en el de la libertad de contratar— han sufrido serios recortes encaminados a completar la tradicional paridad jurídica de los contratantes, caracterizada por la igual protección legal que se concedía a cada uno de ellos para pactar libremente el contrato, con una tutela especial al contratante débil, particularmente en el aspecto económico [...]”⁽³⁰⁾.

Es así que el principio de sociabilidad genera una suerte de amortiguamiento sobre la voluntad de las partes, restándoles la posibilidad de celebrar contratos “leoninos” o con cláusulas exorbitantes. Este principio se conjuga con otro denominado principio de inalterabilidad, que protege lo pactado por las partes.

3.7. El Principio de Inalterabilidad

Como se desprende de lo explicado sobre el principio de sociabilidad, la ley, en atención al bien común, puede intervenir en el contrato imponiendo reglas o estableciendo limitaciones a sus contenidos. Sin embargo, en atención al principio de inalterabilidad, se debe respetar lo pactado por las partes, cuando ello sea lícito y posible, ya que usualmente el límite a la autonomía de la voluntad está impuesto por la licitud de los acuerdos.

En ese sentido, el principio de inalterabilidad presupone y obliga a que lo pactado por las partes, se mantenga en el tiempo, sin intervencionismos ajenos a la voluntad de las partes, que no sólo contravendrían las normas imperativas de rango constitucional, sino la naturaleza propia del contrato.

(29) Es importante señalar que el principio de sociabilidad o solidaridad no pretende en absoluto el intervencionismo contractual, pues se trata finalmente de un principio que pretende armonizar el interés particular con el interés general, partiendo del principio de la “causa” italiana y en atención a la búsqueda del bien común.

(30) DE LA PUENTE y LAVALLE, ob. cit., p. 59.

Sobre el particular, Alpa⁽³¹⁾, al referirse a la interpretación del contrato ya en ejecución, sostiene que los tribunales no pueden reescribir el contrato para las partes. Explica, en este sentido, que *“la voluntad expresada por las partes en el contrato no puede ser alterada por el juez. El juez tiene la tarea de interpretar y calificar el contrato... pero no puede reescribir el contrato, ni parte del mismo, pues ello conduciría al juez a arrogarse la tarea del contratante, o la condición de controlador de la lógica económica del contrato”*.

3.8. El Principio de Eficiencia

En el ámbito contractual la valoración de las prestaciones trasciende lo que usualmente se conoce como el concepto económico de eficiencia, esto es *“el mayor resultado con la menor cantidad de recursos utilizados”*. Desde esta óptica el efecto perseguido por una de las partes será que se le entregue determinado bien o que se cumpla determinada prestación, para lo cual está dispuesta a sacrificar una parte de su patrimonio (onerosidad), y la otra parte está dispuesta a sacrificar una parte del suyo (prestaciones recíprocas), pues desea lo ofrecido por la otra parte.

En consecuencia, si hablamos de un criterio de eficiencia veremos que el grado de sacrificio (onerosidad) para cada parte, si se realiza en términos de eficiencia jurídica (satisfacción de interés por la valorización última y real del bien deseado), es la adecuada, con lo cual observamos los principios que ya hemos citado, pues la relación contractual será sólida en su validez (autonomía de la voluntad), su cumplimiento de obligación para cada una de las partes será inobjetable (obligatoriedad), sin perjuicio ni desmedro patrimonial arbitrario (relatividad), en atención a un tráfico patrimonial adecuado en beneficio de la sociedad (sociabilidad) y en cumplimiento de lo previsto por la ley al no ser contrario a norma imperativa (causa), todo ello en estricta atención al consensualismo, que no enerva la existencia de una forma que le da sustento a los efectos deseados.

Carlos Soto⁽³²⁾, al referirse al principio de eficiencia, expresa que en relación con la realidad jurídica él supone un sistema de asignación de recursos que garantice su apropiación, en donde

“este sistema, que reconoce y garantiza esta asignación de recursos, no es otro que el derecho contractual. Así, el derecho de los contratos es el

(31) ALPA, ob. cit., p. 144.

(32) SOTO COAGUILA, Carlos (Dir.), *Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo I, Lima, Grijley (2007), ps. 31/32.

medio que permite el intercambio de derechos y obligaciones, y garantiza la seguridad de dichos intercambios; por consiguiente es necesario un sistema de exigibilidad eficiente [...] que no debe tener costos de transacción elevados, porque ello ocasionaría que el contrato no se celebre o, aun celebrado, sea ineficiente. Por tanto, el cumplimiento de la obligación debe ser a un costo mínimo, razonable, que viabilice y haga posible el tráfico de bienes y servicios”.

Como lo expresa Calabressi,

“En un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto”.

PRINCIPIOS CONTRACTUALES EN DERECHO PRIVADO

Por Sergio MUÑOZ LAVERDE⁽¹⁾

Sumario: 1. Presentación. 2. Conceptos básicos de principio y de principio general de derecho. 2.1. Principio. 2.2. Principio general de derecho. 2.2.1. Origen de los principios generales de derecho. 2.2.2. Función de los principios generales de derecho en el ordenamiento jurídico. 3. Principios Contractuales. 3.1. Delimitación del tema. 3.2. Identificación de los principios Contractuales. 3.2.1. Principio de autonomía privada. 3.2.1.1. Noción de autonomía privada. 3.2.1.2. Diversas manifestaciones de la autonomía privada. 3.2.1.3. Límites de la autonomía privada y en especial el orden público. 3.2.1.4. El principio de autonomía privada en el Código Civil colombiano. 3.2.2. El principio de buena fe. 3.2.2.1. Generalidades sobre la noción de buena fe. 3.2.2.2. El principio de buena fe en la celebración y en la ejecución de los contratos. 3.2.2.3. El principio de buena fe en la interpretación contractual. 3.2.2.4. El principio de buena fe frente al abuso en materia contractual. 3.2.2.5. Nulidad de las cláusulas abusivas. 3.2.3 Principio de consensualidad. 3.2.4. Principio de normatividad. 3.2.5. Principio de relatividad. 3.2.6. Principio de prevalencia interpartes de la voluntad real sobre la declarada.

1. PRESENTACIÓN

Cuando recibí la muy honrosa invitación para participar en la 1ª Convención Latinoamericana de Derecho Civil —en la que se abordaría el estudio de las “Bases para un Código Latinoamericano de Contratos”— en homenaje al profesor Ricardo Luis Lorenzetti, se me destinó a la mesa de trabajo que ocuparía su atención en el apasionante tema de los “Principios Contractuales”.

(1) Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Director del Centro de Estudios en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana.

Difícilmente puedo concebir un asunto que atraiga más mi atención y que represente, con miras a la preparación de un código latinoamericano de contratos, un mayor reto, puesto que el marco que se desprenda del estudio adelantado en materia de principios, deberá irradiar, sin lugar a dudas, los desarrollos que tengan los restantes frentes de análisis.

Pues bien, decidí estructurar estas breves líneas en torno a la fijación del concepto mismo de *principios contractuales*, tarea que, según se verá, no es tan simple como parece, y al señalamiento y desarrollo básico de ellos.

De hecho, por mi actividad profesional tanto en calidad de abogado litigante, consultor y árbitro, como por los asuntos que se me han confiado últimamente en diversos eventos académicos, he venido trabajando sobre asuntos que apuntan al mencionado asunto de fondo, por lo que puedo decir que este escrito casi se limitará a recoger, de manera concatenada, escritos, conferencias y artículos dados a conocer en diversas publicaciones. No habrá, salvo lo relativo a los conceptos de *principios generales de derecho* y de *principios contractuales*, contenidos que no hayan sido ya expuestos.

Como quedó dicho, la primera parte de este ensayo comenzará por precisar la idea o noción jurídica de *principio* en general, y de *principio de derecho*, en especial, como marco para abordar más adelante el tema central relativo a los *principios contractuales*.

Entusiasmado por la cuestión de fondo, estimulado por la enorme satisfacción de participar con estas modestas reflexiones en el homenaje al profesor Lorenzetti, y agradecido por la invitación que se me hizo para participar en esta 1ª Convención Latinoamericana de Derecho Civil, someto a consideración de la misma mi posición acerca del tema que me ha sido confiado.

2. CONCEPTOS BÁSICOS DE PRINCIPIO Y DE PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO

2.1. Principio

En el lenguaje corriente de abogados, jueces, litigantes y en general de cualquier operador jurídico, aparece con frecuencia la expresión *principio* o *principio general*. A menudo empleamos esas palabras para referirnos indistintamente a instituciones jurídicas, a reglas de conducta, a máximas o a aforismos comúnmente empleados o a ideas que tenemos por verdades sabidas. Es frecuente en muchos ámbitos

que se haga referencia a este o a aquel *principio*, como premisa respecto de la cual no es dable debate alguno, para arribar a determinadas conclusiones. Pero, ¿qué es un *principio de derecho*? Más específicamente, ¿qué es un *principio general de derecho*? ¿Cualquier regla básica de comportamiento puede ser calificada de *principio jurídico*? ¿Qué papel juega en el ordenamiento jurídico?

Como este escrito se encamina al planteamiento y explicación de los denominados *principios contractuales*, nos ha parecido importante, como punto de partida, precisar la noción misma de *principio*, pues sólo de esa manera podrá derivarse la de *principio de derecho* que, por supuesto, constituye el ámbito de todo cuanto deba decirse sobre el particular en Derecho de Contratos.

A falta de definición legal de *principio*, parece útil acudir, como aproximación preliminar al concepto, a lo que significa naturalmente la palabra. Para los efectos de las reflexiones que en este escrito se plantean, son pertinentes dos de las varias acepciones que según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, tiene el vocablo *principio*: “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia” y “Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes”.

Entenderemos, pues, por *principio*, en general, cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales que constituyen la base y razón fundamental de una ciencia. En ese sentido, el significado de *principio* se identifica con el de *postulado* entendido —también según la definición de la Real Academia— como “proposición cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesaria para servir de base a ulteriores razonamientos”.

2.2. Principio general de derecho

La adaptación de las nociones atrás expuestas al ámbito jurídico arroja como elemental resultado que puede considerarse *principio general de derecho* cada una de las verdades esenciales, indiscutidas e indiscutibles o primeras proposiciones que constituyen base o razón fundamental en la ciencia jurídica.

Con todo, el asunto es más complejo que el simple intento de definir la expresión *principio general de derecho*. En efecto, ¿cuáles son esas primeras proposiciones?, ¿quién define qué es una verdad indiscutida?, ¿a partir de cuándo una proposición jurídica puede ser considerada como verdadero *principio de derecho*?, ¿qué consecuencias trae consigo su existencia? Estas y otras preguntas cabría plantear. Pero no

existen respuestas únicas y categóricas, lo que hace que el tema resulte especialmente atractivo.

2.2.1. *Origen de los principios generales de derecho*

Para comenzar, debemos advertir que no es propósito de este ensayo el estudio exhaustivo de los *principios generales de derecho*. Ello lo alargaría innecesariamente y lo distraería de su finalidad específica.

Sin embargo, como conveniente marco de referencia, estimamos oportuno dejar sentadas algunas ideas básicas mediante la presentación sucinta de las más significativas reflexiones que consideramos deben ser tenidas en cuenta sobre el particular.

Las aludidas primeras proposiciones que constituyen los *principios generales de derecho*, provienen de la colección del conocimiento jurídico decantado durante siglos y contienen pautas ideales que encarnan verdades que nadie discute por cuanto son pilares necesarios e insustituibles para la ordenada, justa y equitativa vida en sociedad. Aunque en sentido estricto no son reglas o disposiciones jurídicas y no tienen su estructura formal comoquiera que carecen de supuesto fáctico y consecuencia de derecho, ni son objeto de sanción y promulgación, sí entrañan indudables preceptos de obligatorio acatamiento.

Resulta pertinente precisar que la expresión *principios generales de derecho* puede predicarse no solamente de aquellos que se refieren al derecho como un todo, sino también a los que encuentran su ámbito de acción en disciplinas o áreas específicas de la ciencia jurídica. En consecuencia, es de recibo referirse tanto a los *principios generales de derecho* sin más calificativos, cuando el asunto tenga una perspectiva o alcance universal en el derecho, como, por ejemplo, a los *principios generales del derecho civil*, si el núcleo del correspondiente tema se refiere particularmente a esa rama del derecho. En ambos casos, se está en presencia de *principios generales de derecho*, con todas sus consecuencias.

Pero, insistimos en preguntar, ¿cuáles son tales proposiciones o verdades fundamentales cuya existencia se admite sin prueba? ¿Cuándo se forman?

Si les pidiéramos a varios juristas que cada uno elaborara un listado con los que a su juicio son *principios generales de derecho civil*, estamos seguros de que el resultado no sería necesariamente igual en todos los casos. Pero apostaríamos también a que, a pesar de las discordancias y de los variados sesgos y matices, habría notables coincidencias.

Los *principios generales de derecho* no están —ni podrían estar— incluidos en un listado taxativo. No obstante, el jurista los puede identificar, en la mayoría de los casos, sin especiales dificultades. Son tan importantes y de tan hondo calado, que prácticamente se “sienten”, se “palpan”. Ante circunstancias que reclaman solución con base en principios, ellos brotan diáfanos porque residen en la conciencia y en la recta razón. La tradición que hemos recibido como legado de muchos siglos de construcción jurídica da cuenta de ideas tan claras y evidentes que ni pueden ni tienen que ser demostradas. Los *principios generales de derecho* son, pues, verdaderos axiomas que todos reconocemos y compartimos.

Tal es el caso, por ejemplo, de los *principios* de buena fe, de irretroactividad de la ley, de prevalencia del derecho sustancial, de subordinación del interés particular al general, de favorabilidad en caso de duda, de presunción de inocencia, de obligatoriedad de la ley sólo en virtud de su promulgación, de proscripción del enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho, etc. Más adelante se propondrán otros ejemplos, propios del derecho privado, a propósito del estudio de los *principios contractuales*.

Aunque a veces por simplismo quisiéramos verificar la existencia de un *principio general de derecho* mediante la confrontación con un listado taxativo de la ley, ello no es menester ni es posible. El carácter suprallegal —y transnacional— que suele asignarse a los *principios generales de derecho*, no obstante algunas voces en contra que han existido y seguramente existirán, los deslinda, conceptualmente hablando, de normas positivas.

Pero es necesario dejar muy claro que el referido carácter suprallegal significa que un verdadero *principio general de derecho* lo es sin que se requiera norma legal que así lo defina, sin perjuicio de que en determinados eventos ese *principio* se encuentre recogido en disposición escrita. Es decir, un genuino *principio general de derecho*, lo es, con todas sus consecuencias, independientemente de si está o no contemplado en la ley. Pero si lo está, lo que es muy frecuente en sistemas de derecho positivo, no por eso pierde su carácter.

La inclusión de un *principio general de derecho* en norma de estirpe constitucional o legal —innecesaria desde el punto de vista axiológico y ontológico, pero útil y cómoda desde una perspectiva práctica—, no descompone su esencia.

De hecho, varios de los *principios generales de derecho* que se dejaron planteados como ejemplo tienen reconocimiento positivo, pero

ello no significa que alcanzaron el pedestal de *principios* solamente desde su consagración en norma escrita. Es la recta razón, y no la norma positiva, la que impone su observancia. En otras palabras, los *principios generales* contenidos en normas constitucionales y legales pre-existen a su “positivación”, si se nos permite la expresión, y perviven en caso de desaparición formal de la correspondiente regla escrita.

Pero, ¿cuándo “nacen” los *principios*? No es posible dar una respuesta precisa. Ellos se van formando con el tiempo, con su inveterada práctica, con la constante creencia social en su valor, con la reiterada aplicación por la jurisprudencia. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, “los principios ingresan al torrente jurídico como lo hacen las palabras al idioma, es decir, surgen de la práctica común, su existencia depende del uso y de la adhesión de los habitantes. Así como las Academias de la Lengua intervienen lo hacen para reconocer un hecho: el uso”⁽²⁾.

2.2.2. Función de los principios generales de derecho en el ordenamiento jurídico

Precisados la noción y el origen de los *principios generales de derecho*, corresponde ahora resumir brevemente el papel que juegan en el ordenamiento.

Sea lo primero decir a este respecto que la postura que sobre el particular se adopte, pende inexcusablemente del criterio que se tenga sobre si los *principios generales de derecho* hacen o no parte integrante del ordenamiento jurídico.

No existe unanimidad acerca de tan delicado punto. En nuestra opinión, la postura mayoritaria, que compartimos sin vacilación, apunta a que los *principios generales de derecho* son componentes fundamentales del ordenamiento jurídico.

Este carácter lo tiene averiguado de vieja data la doctrina y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

La mejor prueba de que los *principios generales de derecho* hacen parte del ordenamiento jurídico estriba en que su falta de aplicación, su aplicación indebida o su equivocada interpretación, se han admiti-

(2) Sentencia de casación civil de octubre 7 de 2009. M. P. Edgardo VILLAMIL PORTILLA.

do desde hace ya muchas décadas, como fundamento del recurso de casación.

En la anteriormente referida providencia de la Corte Suprema de Justicia, se pone de presente cómo desde algunas sentencias de 1935 y 1936, se admitió la invocación de *principios* como reglas o normas de derecho sustancial, para abrir la puerta del recurso extraordinario, y además se expresa que.

“[...] más allá de las discusiones teóricas [...] lo cierto es que en la práctica, en la labor de decidir una controversia, no sólo pueden verse transgredidas reglas positivas, sino que también es factible la infracción de los principios generales del Derecho, ya sea porque dejan de aplicarse, bien porque se hacen operar indebidamente, ora porque se interpretan de manera errónea.

“Cabe agregar que dichos principios, asimismo, tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas. Por ende, basta con invocar una regla general de derecho —en tanto sea la base del fallo o haya debido serlo— para abrir el espacio al recurso de casación, pues los principios hacen parte del ordenamiento jurídico”.

Y más adelante remata la Corte en la sentencia que se cita:

“Las referidas circunstancias, aunadas al conjunto nutrido de fallos en que la Corte desarrolló los principios generales del derecho, dejan ver nítidamente que ellos *como parte fundamental del ordenamiento jurídico* pueden operar y, de hecho, se han admitido como norma de derecho sustancial cuya violación es susceptible de ser acusada a través del recurso extraordinario de casación” (bastardillas nuestras).

En este mismo sentido se ha pronunciado la más autorizada doctrina. Autores como Álvaro Pérez Vives, Hernando Morales Molina, Humberto Murcia Ballén, entre otros, así lo han afirmado.

Nosotros no abrigamos, pues, ninguna duda respecto a que los *principios generales de derecho* hacen parte integrante del ordenamiento jurídico. Lo contrario comportaría un contrasentido insuperable.

Con todo, existe una postura —minoritaria en nuestra opinión e infortunadamente prohijada por la Corte Constitucional colombiana—⁽³⁾ según la cual los *principios generales del derecho* “no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no

(3) Sentencia C-083 de marzo 1º de 1995. Exp. D-665, M. P. Carlos GAVIRIA.

hacen parte del ordenamiento jurídico pues no son materialmente reductibles a la Constitución”. Para la Corte Constitucional, los *principios jurídicos* se incorporan al ordenamiento sólo por disposición del legislador.

Con apoyo en esta concepción de marcado sabor positivista, que por supuesto no compartimos, se llega a la muy peligrosa equiparación entre derecho y ley escrita, entre ordenamiento jurídico y legislación positiva.

La aludida postura de la Corte Constitucional se fundamenta en la que en nuestra opinión es una equivocada interpretación del artículo 230 de la Constitución Política colombiana de 1991, según el cual.

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

A pesar del acento positivista del texto citado, consideramos que su recta interpretación debe ser diferente a la que tiene la Corte Constitucional. A nuestro juicio, el hecho de que los *principios generales de derecho* sean considerados como criterios auxiliares de la actividad judicial, no los excluye del ordenamiento jurídico porque, aunque parece olvidarlo la Corte, la ley colombiana —tal como lo hacen muchas otras legislaciones— prevé que aquellos tienen que ser empleados a falta de norma aplicable. Esta función integradora, que permite afirmar que los *principios generales de derecho* hacen parte del ordenamiento jurídico, ha existido en muchos países desde tiempos lejanos. Veamos algunos casos significativos:

Don Andrés Bello, en su proyecto de 1853, incluyó en el artículo 4 el siguiente texto:

“En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de estas, conforme a los *principios generales de derecho* y de equidad natural” (bastardillas nuestras).

Esta fórmula no fue incluida en el código chileno. Sin embargo, su contenido coincide con la disposición que en Colombia rige en virtud del artículo 8 de la ley 153 de 1887, según el cual,

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto,

la doctrina constitucional y las *reglas generales de derecho*”(4) (bastardillas nuestras).

Esta idea no era ni mucho menos novedosa. Varios son los antecedentes. Así, por ejemplo, el Código Civil albertino de 1848, dispuso en su artículo 15:

“[...] Cuando el caso permanezca aún dudoso, deberá decidirse según los *principios generales del derecho*, tomando en consideración todas las circunstancias del caso” (bastardillas nuestras).

Igualmente el Código Civil italiano de 1865 estableció en el inciso segundo de su artículo 3º.

“[...] Cuando no pueda resolverse una cuestión por el texto preciso de la ley, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; si a pesar de esta existiere todavía duda, se resolverá esta por los *principios generales de Derecho*” (bastardillas nuestras).

Por el mismo sendero siguieron diversos ordenamientos posteriores como el Código Civil italiano de 1942, pero atando éste el concepto de *principio general* al ordenamiento italiano⁽⁵⁾ (inciso segundo del art. 12 de las disposiciones sobre la ley en general).

Igual línea siguen el Código Civil español (art. 1º)⁽⁶⁾, el argentino (art. 16)⁽⁷⁾, el peruano (art. VIII del título preliminar)⁽⁸⁾ y el venezolano (art. 4º)⁽⁹⁾, entre otros.

(4) En el contexto de esta disposición la palabra *regla* tiene el significado de *principio*.

(5) “...Si una controversia no puede ser decidida por una disposición precisa, se toman en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si el caso sigue siendo todavía dudoso, se decide según los *principios generales del ordenamiento jurídico del Estado*” (bastardillas nuestras).

(6) “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los *principios generales del derecho*” (bastardillas nuestras).

(7) “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso” (bastardillas nuestras).

(8) “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los *principios generales de derecho* y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano” (bastardillas nuestras).

(9) “...Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los *principios generales del derecho*” (las cursivas no son del texto original).

Con los ejemplos citados puede constatarse la aceptación inveterada de los *principios generales de derecho* como pauta o faro que debe iluminar al intérprete en la aplicación de la ley.

Lo que se deja expresado tiene que ver con la función integradora que desde antaño se asigna a los *principios generales de derecho*. Pero, como se verá, tal función no es la única.

También cumplen misión *creadora e interpretativa del derecho*. Esclarecedoras son las palabras de la jurisprudencia. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho sobre el punto:

“Desde esta perspectiva, es tangible que no puede circunscribirse la función que en el ordenamiento desempeñan los principios únicamente a la *integrativa*, vale decir, a su vocación de colmar los vacíos del ordenamiento, hipótesis en la cual sólo obrarían a falta de regla aplicable al caso, cuando lo cierto es que junto con ese cometido desarrollan otros dos igualmente relevantes o, quizás más: el *creativo*, que determina su aptitud para elaborar, modificar y derogar el derecho, y el *interpretativo*, que repara en su idoneidad para la comprensión, realización y acatamiento del mismo”⁽¹⁰⁾.

La función creadora de derecho que se asigna a los *principios generales* la resalta igualmente la doctrina.

Por ejemplo, Murcia Ballén, expresa:

“Es en ejercicio de su poder creador de derecho, que la Corte Suprema ha considerado como pertenecientes al derecho positivo, y que por tanto son reglas jurídicas, máximas tales como las siguientes: *fraus omnia corrumpit; nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; nadie puede enriquecerse sin causa en perjuicio de otro, y muchos más que son, “a priori, presupuestos de la labor normativa de la sociedad y el Estado, y *a posteriori*, efluvios o quinta esencia de las prescripciones positivas”, reglas o principios cuyo desconocimiento en las sentencias judiciales abre el camino al recurso de casación”⁽¹¹⁾.

No quisiéramos terminar este punto sin hacer mención al asunto relativo al carácter transnacional o universal de los *principios generales de derecho*.

Aunque entendemos bien que cada país tiene sus propias especificidades, que en ellos las leyes no son siempre coincidentes y que son

(10) Sentencia de casación civil de agosto 16 de 2007. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

(11) MURCIA BALLÉN, Humberto, *Recurso de Casación Civil*, 4ª ed., Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 305.

distintos los temperamentos de las naciones, somos de los que creen que los *principios generales de derecho* trascienden las fronteras y terminan hermanando a los pueblos en las grandes concepciones básicas y fundamentales del derecho. Por lo menos en lo que hace a los ordenamientos occidentales, cuyas fuentes confluyen en últimas en el derecho de los romanos, son patentes las coincidencias en las grandes y fundamentales concepciones jurídicas. Por esto, precisamente, es que resulta más que posible y muy saludable para la integración de nuestro continente, pensar en un Código Latinoamericano de Contratos. Ejemplo de eso nos lo ha dado el llamado Proyecto de Pavía o Parte General del Código Europeo de Contratos.

Para explicar el asunto, simplemente hacemos nuestras las diáfanas palabras de Del Vecchio:

“Del mismo modo, tomando tan sólo en consideración el significado propio de las palabras, resulta difícil convencerse de que por “principios generales del derecho” deban entenderse, por ejemplo, tan sólo los “principios generales del derecho italiano”, como recientemente se ha propuesto. Semejante limitación étnica excede por completo a nuestro parecer tanto del espíritu como de la letra de la ley; la cual, al referirse de un modo tan amplio a los principios, [se refería al Código Civil italiano de 1865] no podía tener la mira puesta en un sistema de derecho nacional, que, además, apenas se encontraba entonces en formación, sino que claramente se refería a las verdades supremas del derecho *in genere*, o sea a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos. La afirmación de que los principios *generales* del derecho son válidos solamente *para cada pueblo particular*, es decir, que existen tantas series de principios generales cuantos son los sistemas particulares, además de ser en puridad una *contradictio in adjecto*, no corresponde ciertamente a la creencia de una *ratio juris* de carácter universal que desde los romanos acá, dígame lo que se quiera en contrario, ha sido patrimonio común de nuestra conciencia jurídica [...]”⁽¹²⁾

3. PRINCIPIOS CONTRACTUALES

3.1. Delimitación del tema

El tema que pasa a desarrollarse se enmarca dentro de los *principios generales del derecho privado* comoquiera que escapa al objeto de este ensayo cualquier referencia a otras disciplinas⁽¹³⁾.

(12) DEL VECCHIO, Giorgio, *Los Principios Generales del Derecho*, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1971, ps. 48 y 49.

(13) En ese sentido se dejará de lado lo relativo a los contratos estatales, los cuales están sujetos a los *principios generales del derecho administrativo*.

En este punto el análisis se referirá, en primer lugar a identificar cuáles son, en nuestra opinión, los *principios contractuales* que deben presidir cualquier desarrollo legislativo en esta materia. Sobre esas bases se expondrán las principales consideraciones de los *principios* así individualizados.

Aunque en sentido estricto los principios a los que se hará alusión son predicables del negocio jurídico en general, incluido el unipersonal, para efectos de este escrito se hará mención exclusiva al negocio contractual, por ser ese el ámbito del foro académico que nos congrega.

3.2. Identificación de los principios Contractuales

Con el propósito de abordar el tema con la mayor claridad posible, permítasenos sugerir una clasificación de los *principios contractuales*. Se trata de distinguir los que proponemos denominar *principios originarios* de los *principios derivados*.

En uno y otro caso se está en presencia de verdaderos *principios generales* pero su concepción lógica aconseja la división que expondremos. En efecto, como se explicará, pueden identificarse ciertas aplicaciones derivadas de los que hemos denominado *principios originarios*, que, por su trascendencia, constituyen en sí mismos verdaderos *principios generales de derecho* no obstante que, en su génesis, puedan ser catalogados como consecuenciales o descendientes de aquellos.

A nuestro juicio, los *principios generales originarios* son dos a saber: *el principio de autonomía privada* y *el principio de buena fe*⁽¹⁴⁾.

De estos dos *principios* y más concretamente de la comprensión interactiva de ellos, de su necesaria combinación, se derivan los *prin-*

(14) En cuanto se refiere a los *principios* de autonomía privada y de buena fe, en este escrito se emplearán, con algunos ajustes, supresiones y adiciones, los textos de dos estudios que preparamos para sendos eventos académicos. Son ellos: *El Postulado de Autonomía Privada y sus Límites frente al Constitucionalismo Colombiano Contemporáneo*, que corresponde a la versión escrita de la conferencia dictada en el II Congreso Internacional de Derecho Constitucional llevado a cabo en la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, los días 13 a 15 de septiembre de 2006, y *El Principio de Buena Fe y su Incidencia en la Interpretación del Contrato. Nulidad de las Cláusulas Abusivas en el Derecho Colombiano*, ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Privado, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en homenaje al Profesor Jorge MOSSET ITURRASPE en abril 15 de 2009.

principios de consensualidad, de normatividad, de relatividad, y de prevalencia inter partes de la voluntad real sobre la declarada.

Sobre cada uno de esos principios cabría elaborar extensos análisis. La riqueza conceptual que emana de todos ellos daría para que uno a uno fuera objeto de completo estudio individual. En el marco de este escrito desarrollaremos con más extensión los que hemos llamado *principios básicos* u *originarios*. Respecto de los *derivados* la exposición se circunscribirá a formular sus contenidos y a evidenciar su fuente.

3.2.1. Principio de autonomía privada

3.2.1.1. Noción de autonomía privada

Comenzamos con la noción misma de autonomía privada, llamada indistintamente por los tratadistas “autonomía de la voluntad”, “autonomía de la voluntad privada” o “autonomía negocial”.

Muchas son las definiciones que ofrece la doctrina. Y, en general, son ellas coincidentes en que el *principio de autonomía privada* se traduce en una prerrogativa, potestad o derecho que permite a las personas, en sus declaraciones de voluntad, crear sus propias reglas o normas de comportamiento, con el objeto de autorregular sus relaciones jurídicas, siempre y cuando no vulneren con ello intereses superiores que constituyen lo que se conoce como orden público.

Como dijimos, las nociones de autonomía privada son en general coincidentes. No es éste el momento de profundizar en concepciones más que conocidas y decantadas. La literatura jurídica es profusa en definiciones al respecto. Con todo, percibimos algún matiz conceptual, aparentemente sutil, pero que juzgamos de fondo. Se trata de si la autonomía privada es un poder, prerrogativa o derecho otorgado (atribuido), o si lo es simplemente reconocido por el ordenamiento.

Vemos allí una diferencia importante. Antes de expresar nuestra opinión sobre el punto, vale la pena ilustrar el asunto con citas de muy autorizados autores.

En su obra sobre autonomía privada, Luigi Ferri explica la autonomía privada así:

“Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder

atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas”⁽¹⁵⁾ (bastardillas nuestras).

Fernando Hinestrosa, citando a Scognamiglio, emplea el verbo “reconocer”, así:

“En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder *reconocido* a los particulares ‘para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos”⁽¹⁶⁾ (bastardillas nuestras).

Concebimos la autonomía privada como un verdadero *principio general de derecho* que el ordenamiento simplemente se limita a *reconocer* a las personas, no a otorgarlo, concederlo o atribuirlo. No podríamos entender la autonomía como concesión graciosa del Estado porque, en rigor, emana del *principio* filosófico, político y constitucionalmente tutelado de *libertad*, que informa todo nuestro ordenamiento jurídico. Es, pues, la autonomía privada, como *principio general de derecho*, una institución de Derecho Natural, y, por lo mismo, íntimamente ligada al concepto de dignidad de la persona.

3.2.1.2. Diversas manifestaciones de la autonomía privada

Muchas y muy importantes son las manifestaciones prácticas del *principio* que se comenta. En efecto, la posibilidad de que la voluntad privada elabore sus propias normas de conducta en la regulación de intereses se traduce en lo que De la Puente y Lavalle⁽¹⁷⁾ denomina “libertad de contratar” y “libertad contractual”, entendida la primera como la posibilidad de decidir si se contrata o no y en caso afirmativo con quién, y la segunda como la prerrogativa de establecer libremente el tipo contractual deseado o la figura atípica que mejor satisfaga los intereses involucrados, el objeto del acuerdo y sus contenidos específicos, la forma de declarar la voluntad⁽¹⁸⁾, la modificación o termina-

(15) FERRI, Luigi, *La Autonomía Privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 42.

(16) HINESTROSA, Fernando. *Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*. En *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al Externado en su Centenario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986, ps. 11 y 12. La cita entre comillas corresponde a SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negocio guiridico*. Napoli, 1950, ps. 33 y ss.

(17) Cf. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios del Contrato Privado*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983, ps. 52 y ss.

(18) Como se indicará más adelante, este aspecto constituye lo que se conoce con el nombre de *principio de consensualidad*.

ción del correspondiente negocio, los sistemas de solución de controversias e incluso, en ciertos eventos, la ley aplicable al contrato.

Pero, ¿cómo entender hoy en día el *principio de autonomía privada* y sus manifestaciones específicas, cuando la constatación de la realidad muestra que la categoría de los contratos con contenidos predispuestos es la regla general?

Como quedó dicho, el concepto mismo de *autonomía privada* está esencialmente ligado al de libertad, que en la contratación contemporánea parece brillar por su ausencia de cara a quienes para la conclusión del negocio deben limitarse a adherir a los contenidos predispuestos dictados por la parte fuerte en la relación negocial.

No cabe duda alguna de que hoy en día es regla general la aludida forma de perfeccionarse los contratos. Sin perjuicio de que los llamados contratos paritarios o libremente acordados siguen por supuesto existiendo, lo cierto es que ellos van siendo cada vez más excepcionales.

El grueso de los contratos en nuestros días se celebran por adhesión a contenidos predispuestos. Piénsese en todos los contratos del derecho del consumo, los de seguros, los bancarios, los celebrados con grandes corporaciones para la satisfacción de bienes y de servicios, etc. En ellos, el común denominador es la predisposición de los contenidos de cada contrato y en ese escenario no parece claro afirmar ni libertad ni autonomía en quien, si desea o necesita contratar, debe limitarse a adherir. Más aún, lo que De la Puente y Lavallo denomina “libertad de contratar” no es claro hoy en día cuando la satisfacción de las más elementales necesidades sociales impone la contratación.

Ante esta evidente constatación social, ¿dónde queda el *principio de autonomía privada*?, ¿debe entenderse limitado a los contratos paritarios o libremente estipulados?, ¿desaparece, o por lo menos se mantiene pero debilitado, en el derecho contemporáneo?

Nuestra respuesta es de defensa frontal al *principio*, respecto del cual afirmamos que se mantiene como se le concibió desde el origen.

Negar la autonomía privada es aniquilar el libre desarrollo de la personalidad, la libre empresa, la libre iniciativa privada y otros derechos y garantías constitucionalmente protegidas. El *principio de autonomía privada* es el motor de la economía, y del desarrollo de los negocios.

El hecho de prevalecer hoy en día la contratación estándar bajo contenidos predispuestos no altera el principio. Es más, como se hará

ver al exponerse el *principio de buena fe*, dicha forma de contratación es indispensable en el mundo actual y no es, de suyo, censurable. Frente a ella puede afirmarse que el *principio de autonomía privada* permite legítimamente la predisposición de contenidos negociales.

Otra cosa muy distinta es que tal prerrogativa tiene que ser ejercida con rectitud y sin abuso. El contrapeso para los eventuales excesos que en la contratación contemporánea pueden presentarse en virtud de la posición dominante que la parte fuerte (predisponente) ostenta frente al adherente, está dado por la combinación de dos elementos: el primero consiste en que el *principio de autonomía privada* prevé sus propios límites que impiden manifestaciones contrarias al orden público como lo serían conductas abusivas, y el segundo está dado por el *principio general de buena fe*.

A continuación expondremos las que a nuestro juicio son las ideas de mayor significación respecto del orden público como límite de la autonomía privada. Más adelante vendrá lo tocante con el *principio de buena fe* en materia contractual.

3.2.1.3. Límites de la autonomía privada y en especial el orden público

Aunque es frecuente ver en la doctrina la idea según la cual son tres los límites de la autonomía privada: ley imperativa, orden público y buenas costumbres, y aunque los propios textos legales refieran separadamente estas categorías jurídicas, pensamos que es posible, conceptualmente hablando, reducir a uno sólo el límite de la autonomía privada: el orden público.

Y puede hacerse esta reducción en la medida en que las denominadas normas imperativas lo son, precisamente, por regular asuntos en los que está comprometido el orden público, al paso que las buenas costumbres responden a la misma concepción del orden, pero asociadas, dado su origen, a la moral. Así pues, es el orden público, cuyo concepto se ampliará más adelante, el límite a la autonomía privada, sea que se manifieste o no en norma positiva imperativa o en el terreno moral.

Hablar del *principio de autonomía privada* es hablar de orden público. Son, desde su origen, conceptos inescindibles. Como se verá, la autonomía privada siempre se la ha supeditado al orden público.

Para mayor claridad, consideramos importante acotar bien las fronteras de la concepción de orden público que interesa a esta exposición. Como el tema que desarrollamos es el de autonomía privada o negocial, debemos recalcar que nos referimos a lo que podríamos

denominar “orden público privado” u “orden público en las relaciones privadas”, para diferenciarlo de otras nociones distintas pero que comparten denominación⁽¹⁹⁾.

Definir orden público en las relaciones privadas es tarea difícil. Para nuestros propósitos digamos simplemente que es el conjunto de principios, valores y creencias predominantemente aceptados en una sociedad determinada como indispensables para la convivencia armónica de sus integrantes.

En palabras de Torr , el orden público.

“es la resultante del respeto, por todos los habitantes, de aquellos principios o normas fundamentales de convivencia, sobre los que reposa la organización de determinada colectividad”⁽²⁰⁾.

Para una mejor comprensión de lo que es orden público quisiéramos destacar que tal concepto no se limita a jugar un papel simplemente pasivo como guardián de las declaraciones de voluntad, que sanciona con nulidad absoluta cualquiera que lo vulnere, sino que, desde hace ya algunos años, se lo ha visto como un orientador de las conductas negociales que se esperan de los particulares.

Lo explica con claridad Hinestroza:

[...] las coordenadas de orden público y buenas costumbres... [son] los instrumentos de que se vale el Estado para *encauzar* y *controlar* el ejercicio [de la autonomía privada], asegurar la primacía del interés general, tutelar los intereses de sectores deprimidos de la sociedad e impedir el abuso de posiciones de poder económico o, en general, dominantes, en la formación del contrato...⁽²¹⁾. (bastardillas nuestras).

La distinción entre “encauzar” y “controlar” es clara. El orden público encauza con el señalamiento de conductas que deben observar-

(19) Así por ejemplo, la Constitución Política de Colombia emplea la expresión “orden público” en varias disposiciones y con diferentes alcances. Los artículos 100 inciso 1 , 140, 189 numeral 4  y 213 inciso 1 , versan sobre una concepción político-policiva de orden público. En similar sentido los artículos 303 inciso 1 , y 315 ordinal 2 , dan cuenta de una idea policiva de orden público. Con otro alcance, el artículo 215 contiene una noción de orden (público) social, económico y ecológico.

(20) TORR , Abelardo, *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, p. 457. Citado por CANCINO RESTREPO, Fernando, “*El Postulado de la Autonomía de la Voluntad*”. En *Estudios de Derecho Privado*, Bogotá: Editorial Temis, 1979, p. 43.

(21) HINESTROZA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones*. T. I. Primera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, ps. 272 y 273.

se en la contratación privada. Y controla, al sancionar con nulidad absoluta las manifestaciones que lo transgreden.

Ya ese mismo autor, aunque con terminología que no compartimos porque la consideramos equívoca, había puesto de presente cómo la doctrina venía haciendo la distinción a la que me refiero:

“La doctrina es clara y unánime al destacar que, al paso que el orden público político tiene fundamentalmente un *sentido negativo*, en cuanto ha de verterse en prohibiciones de celebrar determinados negocios jurídicos o de estipular determinadas cláusulas o pactos, el orden público económico tiene un *sentido positivo*: direccionista. Aquél “dice lo que no se debe hacer”, éste “dice lo que se debe hacer” [...]”⁽²²⁾ (bastardillas nuestras).

De otro lado, resulta fundamental precisar que el orden público no es un concepto necesariamente legal. Es decir, no toda materia de orden público tiene que estar contenida en norma positiva. Cuando así ocurre, la disposición es de naturaleza imperativa. Pero bien puede suceder que un específico asunto deba considerarse de orden público, dado su contenido material, a pesar de no tener norma legal que lo regule. En cada caso, quedará al buen juicio del juez la identificación del contenido de orden público que tenga una determinada cuestión. Por supuesto, hay que reconocer la enorme dificultad que, en ciertos casos, existe para concluir con acierto sobre el particular. Si en muchas oportunidades se presentan enconadas discusiones acerca de si una disposición legal debe considerarse o no de orden público, con mayor razón en eventos desprovistos de norma escrita.

Y además de no ser una noción necesariamente legal, no es tampoco invariable. En efecto, el transcurso del tiempo, de un lado, y las distintas culturas, costumbres y etnias, de otro, hacen que no pueda aseverarse que el orden público sea inmutable. Lo que ayer no ofendía el orden público, hoy puede ser absolutamente rechazado en una sociedad. En sentido contrario, lo que antes podía verse como contrario al orden fundamental de una sociedad hoy puede ser considerado normal y aún deseable. Y lo que para un específico núcleo social es corriente y usual puede ser desaprobado por otro que tenga un arraigo cultural diferente, así sea dentro de un mismo país.

(22) HINESTROSA, Fernando, *Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*, ob. cit., p. 29. Las expresiones “orden público político” y “orden público económico” preferimos emplearlas en ámbitos diferentes al de la autonomía negocial privada. Con todo, la distinción la compartimos. En las relaciones privadas el orden público tiene las connotaciones negativa y positiva explicadas por el autor.

“[T]ambién se ha tenido que abandonar la utopía racionalista del orden público legal e inmutable y se les ha tenido que reconocer a los otros órganos del poder público, distintos del legislativo, y especialmente al órgano judicial, facultades discrecionales para apreciar, en cada caso, la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares con los dictados del orden público [...]”⁽²³⁾

Muchos ejemplos pueden darse de mutaciones en el orden público en las relaciones privadas. Las sociedades cambian, los valores evolucionan, en fin, el orden público es variante tanto en el tiempo como en el espacio.

Lo que debe resaltarse, indudablemente, es la sabiduría de la norma que consagró en nuestro Código Civil el *principio de autonomía privada* puesto que se concibió de manera muy precisa pero con la suficiente flexibilidad para que, sin necesidad de modificación formal, tenga alcances distintos en el tiempo y en el espacio, según lo que en los diversos momentos y circunstancias se tenga como de orden público.

3.2.1.4. El principio de autonomía privada en el Código Civil colombiano

A diferencia de otros ordenamientos como el italiano⁽²⁴⁾ o el español⁽²⁵⁾, entre otros, que reconocen de manera positiva el *principio de autonomía privada*, nuestro Código Civil es de aquellos que lo reconocen por vía negativa al disponer que no son posibles las manifestaciones de voluntad contrarias al orden público.

Acerca de las diversas formas de reconocimiento legal del postulado de autonomía privada, Santos Briz dice:

“Esta ascendencia política y filosófica de la autonomía contractual explica su vigencia en todas las legislaciones. En unas, las más, se declara en sus Códigos de Derecho privado; [...]”

“Dentro del primer grupo, unos códigos hacen declaración solemne de la libertad de contratación. Así el italiano de 1942, el suizo de obligaciones, el portugués y el español. [...]”

(23) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, séptima edición. Bogotá: Editorial Temis S. A. 2005, p. 12.

(24) El inciso primero del artículo 1322 del Código Civil italiano dispone: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y por las normas corporativas”.

(25) El artículo 1255 del Código Civil español prevé: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

“Dentro del mismo grupo, encabezados por el Código Napoleón, figuran otros códigos que no hacen declaración expresa del principio, pero que resulta de vigencia indudable, por ejemplo, al declarar en su título preliminar que las convenciones particulares nada pueden disponer contra el orden público y las buenas costumbres (art. 6º del Código Napoleón)

“Entre estos figuran los códigos argentino, chileno, colombiano, boliviano y algún otro. [...]”⁽²⁶⁾

En ese sentido, y como texto legal básico de reconocimiento de la autonomía privada en derecho colombiano, el artículo 16 del Código Civil establece:

“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

La disposición que acaba de transcribirse, prácticamente idéntica a su modelo francés⁽²⁷⁾, es la que reconoce el *principio de autonomía privada*. En Derecho Civil colombiano el reconocimiento positivo del *principio de autonomía* privada se deduce a partir del concepto de orden público.

Complementan esta idea otros textos legales que insisten sobre la protección al orden público y a las buenas costumbres. En ese sentido, y refiriéndose al objeto en los contratos, el tercer inciso del artículo 1518 del Código Civil colombiano dispone:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al *orden público*” (bastardillas nuestras).

Y al tratar la causa, el segundo inciso del artículo 1524 del Código Civil colombiano señala:

“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al *orden público*” (bastardillas nuestras).

El concepto de orden público se edifica, entonces, sobre lo que interesa a la colectividad en general. Muy esclarecedoras sobre el particular resultan, como siempre, las palabras de Claro Solar:

(26) SANTOS BRIZ, Jaime, *La Contratación Privada*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1966, ps. 53 y 54.

(27) El artículo 6º del Código Napoleón dispone: “No se pueden derogar por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres”.

“La expresión *orden público*, tiene, sin embargo, una acepción más amplia. [...] En esta acepción *orden público* es sinónimo de *interés público*. Éste es el sentido del principio del derecho romano “*Privatorum conventio jure publico non derogat*” en que las palabras *jure publico*, *derecho público*, no están tomadas en el sentido que se les da ahora de disposiciones que regulan la constitución y fijan las atribuciones de los poderes públicos, sino de lo que se refiere al bien público o de la comunidad, en oposición al interés privado”⁽²⁸⁾.

Queda pues establecida la inseparable relación entre el *principio de autonomía privada* y el orden público, concepto este que viene de mucho más atrás del Código Napoleón. En efecto, según explica Luis Claro Solar, Portalis, integrante de la Comisión designada por Napoleón,

“[...] observó [en la exposición de motivos] que los juriconsultos romanos entendían aquí por *jus publicum* lo que interesa más directamente a la sociedad que a los ciudadanos”⁽²⁹⁾.

En su última exposición de motivos del Código dijo Portalis:

“Sólo para mantener el orden público hay gobierno y leyes”⁽³⁰⁾.

Y abundando sobre la noción, Claro Solar trae a líneas a Laurent así:

“El Código Civil entiende, pues, por *orden público*, dice Laurent, lo que los juriconsultos romanos calificaban de *derecho público*, y ellos significaban con esta expresión *interés público* en su más amplia acepción”⁽³¹⁾ (bastardillas nuestras).

No cabe, pues, duda alguna de que el orden público ha sido considerado siempre como limitante de las estipulaciones contractuales de los particulares. En ese sentido es válido afirmar que en la actualidad el postulado permanece tal y como se le concibió en sus orígenes.

En suma, el de *autonomía privada* que, como se dijo, lo consideramos principio originario en materia contractual, nunca se lo ha concebido como poder omnímodo o absoluto. El orden público en las relaciones privadas, a la vez que impulsa o encauza las relaciones negociales, vigila las declaraciones de voluntad para desechar su validez cuando éstas lo contrarían. Por eso este *principio general*, rectamente

(28) CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I. Edición facsimilar. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 57.

(29) *Ibidem*, Tomo undécimo, p. 286.

(30) Citado por CLARO SOLAR, Luis. *Ibidem*.

(31) CLARO SOLAR, Luis. *Ibidem*. Tomo undécimo, p. 286.

entendido, junto con el de buena fe, que se examinará a continuación, son más que suficientes para garantizar equilibrio y mesura en la celebración y ejecución de los contratos, en especial de aquellos celebrados por adhesión a contenidos predispuestos.

3.2.2. *El principio de buena fe*

El de buena fe es uno de los más sobresalientes entre todos los *principios generales de derecho*. Ninguna institución, regla de comportamiento o costumbre puede ser edificada en detrimento de la buena fe. Es pues, *principio edificante* de todo el ordenamiento jurídico. Su radio de acción cubre la integridad de la ciencia jurídica, por lo que son muchas y muy variadas sus manifestaciones particulares.

Por esta razón, sería imposible abordar este *principio* desde todas sus perspectivas y campos de aplicación. Por el tema de fondo que nos ocupa, me limitaré de él desde la óptica específicamente contractual.

3.2.2.1. Generalidades sobre la noción de buena fe

Muchas son las páginas que sobre la buena fe se han escrito. Casi podría afirmarse que muy poco o nada hay que agregar como verdaderamente novedoso sobre tan importante institución.

Escasas son las ideas jurídicas que resulten tan difíciles de reducir a una precisa definición. Quizá porque las manifestaciones particulares que sobre la buena fe existen en el ordenamiento jurídico no son siempre coincidentes, es prácticamente imposible ofrecer una noción unívoca.

La doctrina coincide en que son dos los significados básicos de buena fe.

El primero de ellos se relaciona con la buena fe subjetiva, también denominada buena fe creencia, que consiste, básicamente, en la convicción genuina, errada o no, del propio actuar probo, honrado y ajustado a derecho, apoyado en la confianza que brinda la apariencia jurídica. Varias son las disposiciones legales en las que se regula, con efectos particulares, esta concepción de buena fe de la que es ejemplo arquetípico el artículo 768 del Código Civil colombiano (buena fe posesoria), según el cual la buena fe “es la *conciencia* de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio”, lo que en los títulos traslativos “supone la *persuasión* de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla...” (bastardillas nuestras).

El segundo significado de buena fe es puramente objetivo. En esta acepción se entiende como criterio de comportamiento socialmente esperado, vale decir, como imperativo de conducta recta, honrada y diligente. Es con este alcance que, en líneas posteriores, se examinará el postulado de buena fe en materia contractual.

La anfibología de la expresión ha llevado a la doctrina a distinguir entre el “concepto” y el “principio” de buena fe.

En esta línea de pensamiento el *concepto* de buena fe se identifica con la noción subjetiva, al paso que el *principio* lo hace con la objetiva.

Así discurren, por ejemplo, López Mesa y Rogel Vide:

“En diversas sentencias y artículos de doctrina, puede apreciarse un cierto grado de confusión entre dos distintas elaboraciones conceptuales: el principio general de la buena fe y el concepto de buena fe.

[...]

“Esta buena fe —como concepto— consiste en la convicción de actuar conforme a Derecho.

“Este concepto de buena fe se relaciona, inescindiblemente, con las posibilidades de conocimiento e información que tienen las partes de los hechos ilícitos que pudieran esconderse detrás de los pliegues del acto.

[...]

“Pero además de un concepto jurídico indeterminado, [...] la buena fe es además, un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta.

[...]

“La buena fe opera, en esta segunda dimensión, como un principio jurídico superior y general en todo el ordenamiento social jurídicamente organizado [...]”⁽³²⁾

Este capítulo se dedicará a la buena fe objetiva aplicada al terreno estrictamente contractual. En este frente, como se verá, la comprensión de la figura tiene claro y preciso ámbito de acción.

(32) LÓPEZ MESA, Marcelo J. y ROGEL VIDE, Carlos, *La doctrina de los Actos Propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, Montevideo, Buenos Aires: Editorial Reus S. A. Editorial B de F, Euros Editores SRL, 2005, ps. 57, 58 y 61.

Para empezar a entender el asunto como es debido, resultan, como siempre, esclarecedoras las palabras de Mosset Iturraspe: “La buena fe es mucho más que lo contrario de la mala fe”⁽³³⁾.

Si por mala fe entendemos la conducta reprochable por deshonestas, mentirosa, falaz, engañosa o malintencionada, la buena fe no es únicamente la contraria. Lo es, por supuesto, pero es definitivamente más que eso.

En otras palabras: existen conductas que descartan la buena fe —las que por exclusión podrían ser denominadas de “mala fe”- que, sin embargo, no son dolosas, malintencionadas o deshonestas.

Tal es el caso, por ejemplo, de quien adquiere el dominio de un bien raíz sabiendo o debiendo saber que el derecho del enajenante pende de una condición resolutoria por ser resoluble el contrato en virtud del cual éste lo adquirió para sí (C. C. art. 1548 de Colombia). En tal evento, aun cuando el adquirente haya actuado sin mala intención, sin deseo de dañar y sin engaño alguno, no podría alegar buena fe para evitar ser alcanzado por los efectos de la resolución del contrato previamente celebrado por su enajenante, si es que acaece el correspondiente hecho condicionante.

Así pues, en palabras de Mosset, la mala fe “puede darse perfectamente, nos dice De los Mozos, “sin que medie dolo o culpa, simplemente por no concurrir la creencia o la confianza adecuada para que exista la buena fe...” La mala fe sería entonces un concepto puramente negativo”⁽³⁴⁾.

O, como lo afirma De Trazegnies,

“la buena fe no puede consistir en la inocencia del ingenuo o del negligente; si esa persona que alega buena fe no conoció el hecho irregular que se encontraba detrás de la situación a pesar de que cualquier persona razonable se hubiera dado cuenta de que tras las cortinas existía gato encerrado que maullaba su irregularidad, no estamos ante una situación de buena fe sino de necesidad”⁽³⁵⁾.

(33) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos Simulados y Fraudulentos*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 14.

(34) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 15. La cita textual empleada por MOSSET corresponde a DE LOS MOZOS, José Luis, *El Principio de la Buena Fe. Sus Aplicaciones Prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

(35) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Desacralizando la Buena Fe en el Derecho*, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* Tomo II Buenos Aires: Editorial La

Así pues, cabe concluir que la buena fe no solamente implica el actuar honrado, probo, recto, sino que exige más. Es decir, para que una conducta pueda ser catalogada de buena fe, con las consecuencias que de ello se derivan, no basta la simple ausencia de malicia o de proceder intencionalmente dañoso⁽³⁶⁾. Hace falta además que dicha conducta se distinga por la observancia del llamado postulado de diligencia, noción medular en todo el ordenamiento jurídico y criterio protagónico en las relaciones jurídicas.

En palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta:

“[H]emos afirmado que los actos jurídicos y las obligaciones, en general, deben ser cumplidos de buena fe, es decir, lealmente, con la intención positiva de realizar la finalidad social y jurídica a que obedecen. Mas esto no es suficiente. A las buenas intenciones hay que agregar algo más: *prudencia, diligencia, cuidado* en la ejecución de lo debido [...]”⁽³⁷⁾

A pesar de que la opinión de los Ospina se refiere a la *ejecución* de los negocios y de las obligaciones, la idea de fondo es extensible a todas las dimensiones contractuales incluida la *celebración* misma de los negocios, noción que abarca por supuesto la fase precontractual. Así lo regula, como se verá, el ordenamiento jurídico colombiano.

Pero todavía hay más. Aunque, en general, podrían entenderse incluidos en el postulado de diligencia, por su importancia deben ponerse de resalto como elementos integrantes e integradores de las conductas de buena fe; 1) la observancia de las cargas de la autonomía privada; 2) el cumplimiento de los deberes secundarios de conducta⁽³⁸⁾ y 3) la ausencia de abuso del derecho.

No es el propósito de esta exposición hacer el análisis pormenorizado de dichas instituciones. Las mencionamos no solamente para subrayar el contenido pleno del concepto de buena fe, sino porque lo

Ley, 2004, p. 34. Citado por LÓPEZ MESA Marcelo J. y ROGEL VIDE, Carlos, ob. cit., ps. 58 y 59.

(36) Con todo, debe tenerse en cuenta que en materia de responsabilidad civil se distingue la negligencia del dolo. En este específico aspecto un proceder simplemente descuidado o negligente trae consecuencias no íntegramente coincidentes con uno doloso o malintencionado. En este último caso, así como en el de culpa grave, por su asimilación al dolo, la indemnización comprende los perjuicios imprevistos (artículo 1616 del Código Civil colombiano).

(37) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, OSPINA ACOSTA, Eduardo, ob. cit., p. 325.

(38) Cf. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, “La Buena Fe Contractual y los Deberes Secundarios de Conducta”. En: *Revista Universitas*. nro. 108. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, ps. 281 y ss.

relativo a las cargas de la autonomía privada, particularmente la de claridad, y a la ausencia de abuso del derecho, serán elementos cruciales en las reflexiones que se expondrán respecto de la interpretación y efectos de las cláusulas abusivas.

3.2.2.2. El principio de buena fe en la celebración y en la ejecución de los contratos

El principio de buena fe contractual tiene consagración y características propias, a la vez que antecedentes históricos muy precisos, todo lo cual hace que su noción y alcance deban analizarse de manera particular.

La buena fe contractual, es decir, el comportamiento honrado, recto, diligente y cuidadoso que desde el comienzo de los tratos preliminares hasta la terminación y liquidación de la relación contractual deben observar las partes, es un claro imperativo del ordenamiento jurídico, cuya inobservancia trae consigo muy variadas consecuencias.

Como punto de partida, conviene dar una mirada a los textos legales que regulan la figura en el derecho colombiano.

El artículo 1603 del Código Civil colombiano establece:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella”.

Por su parte, el Código de Comercio colombiano, muy posterior al Código Civil, y por tanto expedido sobre nociones negociales más evolucionadas, reitera el principio establecido en la legislación común desde 1887, pero introduce algunos ajustes y mejoras en su concepción. El artículo 871 dispone:

“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Lo particular de la concepción de la buena fe en materia contractual salta a la vista.

Indudablemente no se trata de la típica concepción subjetiva o buena fe creencia. La buena fe contractual se erige, de manera objetiva, como un canon esperado de conducta, que trae consigo múltiples consecuencias dentro de las que se encuentran la calificación, la integración y, por supuesto, la interpretación general del contrato.

Punto neurálgico de la cuestión radica en que la *buena fe* contractual se concibe, en su origen, como factor de integración del negocio, con fundamento en la admirable creación de jurisconsultos del siglo XVI, diáfananamente recogida y enseñada por Pothier⁽³⁹⁾, según la cual en cada contrato se distinguen elementos que son de su esencia, sin los cuales o no produce efecto alguno, o degenera en contrato diferente; elementos que pertenecen a su naturaleza y por ello se entienden incorporados al acuerdo sin necesidad de cláusula especial, pero que por no ser esenciales pueden ser sustraídos por las partes, y por último aquellos elementos que sólo de manera accidental vienen a integrar el acuerdo. Como sabemos, esta construcción jurídica, de capital trascendencia en el derecho contractual, la adoptó el legislador colombiano en el artículo 1501 del Código Civil.

Los textos legales citados hacen girar el *principio de buena fe* en torno a los elementos integrantes de los contratos. Por eso, como se verá, la labor interpretativa debe conducir, primeramente, a la calificación del negocio, puesto que de ella dependerá la integración de este, es decir, el contenido material que el intérprete deba asignarle. Tal contenido está dado por la confluencia e interacción de los elementos esenciales, naturales y accidentales del correspondiente contrato, y la fuerza vinculante de aquellos, en especial de los naturales, se desprende precisamente del principio de buena fe.

Sobre la integración del contenido del contrato, labor para la cual el *principio de buena fe* es invaluable faro orientador, se expresa así Solarte Rodríguez.

“La regulación establecida por las partes en los contratos, esto es “lo que en ellos se expresa” en los términos del artículo 1603 del Código Civil es una regulación que se puede llamar “autónoma”, en el sentido de que son las partes quienes en ejercicio del poder autorregulador que el ordenamiento les brinda determinan el contenido que en principio deben tener las reglas contractuales. Sin embargo, la citada regulación contractual realizada por las partes no tiene la aptitud para contemplar todos los aspectos y detalles de su futura relación. Ninguna capacidad de previsión podría contemplar la totalidad de eventos que se pueden presentar en la ejecución de una relación contractual, ni establecer, de antemano, las soluciones a toda posible controversia. Dada la citada circunstancia, debe acudir a otras fuentes de “reglamentación contractual”, éstas sí heterónomas, con las cuales se podrá

(39) Cf. POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*. Versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. DUPIN, corregida y revisada por M. C. DE LAS CUEVAS. Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL, 1978, ps. 14 y ss.

integrar el contenido de la regulación que habrá de regir las relaciones de las partes. A través de ese procedimiento se puede hallar el “contenido implícito” del contrato. En el proceso anteriormente descrito la autonomía de la voluntad se encontrará en “concurso” con otras fuentes de determinación del contenido del contrato, con las que, en algunas ocasiones, se podrá encontrar en posición subordinada, e, incluso, antagónica lo que podría conducir a que la manifestación de voluntad sea depurada o corregida [...]”⁽⁴⁰⁾

Solarte, con cita de Larroumet⁽⁴¹⁾, plantea la interesante idea acerca del “contenido implícito” del contrato —al que se arriba con apoyo en el *principio de buena fe*— contenido que es el que se desprende de los elementos que pertenecen a su naturaleza.

En palabras de Borda:

“[E]l principio de la buena fe significa que el hombre cree y confía [con] que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales”⁽⁴²⁾.

Como los elementos naturales de un contrato se identifican, precisamente, con lo que es corriente y ordinario en eventos análogos, fluye con claridad la ilación entre ellos y el principio de buena fe. La historia así lo corrobora, como se demostrará enseguida.

Es que la relación que existe entre la aludida triple división de elementos que deben distinguirse en los contratos con el *principio de buena fe* contractual está estrecha. Veamos: el origen del principio de buena fe contractual se ubica en la antigua distinción romana entre contratos de derecho estricto y contratos de buena fe. En aquellos, que daban origen a las acciones de derecho estricto, la fuerza vinculante se circunscribía únicamente a lo expresamente acordado por las partes, al paso que con estos, generadores de las acciones de buena fe, se moderaba francamente el rígido formalismo y, con apoyo en la entonces noción de buena fe, se podía prescindir de lo expresamente acordado para, más allá de eso, encontrar obligaciones vinculantes.

Por su precisión, transcribimos la explicación que sobre el punto ofrece Claro Solar:

(40) SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, ob. cit., ps. 291 y 292.

(41) LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*. Volumen II. Bogotá: Temis, 1993, p. 7.

(42) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. 2. 8ª ed., Buenos Aires: Editorial Perrot, 1984, p. 143.

“La expresión de *buena fe* está tomada de la antigua distinción romana entre contratos *bonae fidei* y los contratos *stricti juris*.

“Según el derecho romano [...] los contratos en que las obligaciones a que daban nacimiento producían una acción de estricto derecho, *actio stricti juris*, se denominaban contratos *stricti juris*; y aquellos en que las obligaciones producían una acción *de buena fe*, *actio bonae fidei*, eran contratos *bonae fidei*.

“Eran *stricti juris* las acciones en que el juez estatúa según las reglas del derecho puro; y eran *bonae fidei* las acciones en que el juez atendía los dictados de la equidad, o en que la observación de la equidad constituía ella misma una regla de derecho. Todo dependía de la naturaleza del contrato de que derivaba la acción: si era sinalagmático, la acción era *bona fidei*; si era unilateral, la acción era *stricti juris*. “Cuando Gaius y después de él Justinianus, dice Accarias, quieren dar una idea general del efecto de los contratos consensuales, los presentan como engendrando a cargo de cada parte obligaciones que se determinan *ex aequo et bono*. Aquí pues, la trabazón del carácter bilateral y del carácter de buena fe es manifiesto [...]”

“De acuerdo con esta distinción define Escriche [...] [es] contrato de buena fe, “el que se extiende aun a cosas sobre que no se han explicado los contrayentes, por ejemplo a los intereses por mora o dilación; y aquel en que el juez puede desechar todo lo que se opone a la razón, a la equidad o a la intención presunta de las partes. Tal es el bilateral”.

“Hoy todos los contratos deben ser interpretados de buena fe; y por eso se comprenden en todo contrato las cosas que son de su naturaleza, que se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial porque emanan de la naturaleza misma del contrato o porque la ley se las atribuye o la costumbre del lugar las considera comprendidas en él. Habiendo guardado silencio al respecto en el contrato que celebran, la ley supone que ésta es la intención de las partes. [...]”

“A estos principios se ajustan las reglas que el Código da sobre la interpretación de los contratos. Hay que buscar la ejecución que se ajuste a la buena fe cuando los contratantes no han manifestado su voluntad expresamente o cuando las cláusulas del contrato se prestan a interpretaciones contrarias”⁽⁴³⁾.

La explicación de Claro Solar es contundente. La distinción entre contratos de buena fe y de derecho estricto explica sin el menor asomo de duda la razón por la que en los ordenamientos influidos por el derecho romano se enfatice la ejecución de buena fe de los contratos. En efecto, desaparecida la aludida distinción contractual, ya no queda

(43) CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo undécimo. Edición facsimilar. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, ps. 496 y 497.

nada diferente de entender a los contratos como de buena fe, para ser ejecutados como Gayo lo insinuaba.

Don Andrés Bello, inspirado en las legislaciones europeas de corte romano, especialmente en el Código Napoleón y en el Código Civil austríaco de 1811, y en las doctrinas francesa, germánica y española relacionada con aquéllas, plasmó el principio de buena fe contractual en el artículo 1546 del Código Civil chileno, que corresponde al artículo 1603 del Código Civil colombiano.

Todo parece indicar que la fuente directa de Bello, sobre el punto, está en los artículos 1134 y 1135 del Código Civil francés.

Disponen estos textos:

“Art. 1134. Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho.

“No pueden ser revocadas sino por su mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza.

“Deben ser cumplidas de buena fe.”

“art. 1135. Las convenciones obligan no sólo a lo expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.”

Bello, con acierto, plasmó en el artículo 1545 del Código Civil chileno (que corresponde al 1602 del Código Civil colombiano) lo relacionado con el principio de normatividad de los contratos, regulado en los dos primeros incisos del artículo 1134 del Código Civil francés. Y reunió en un solo texto (1546 del código chileno, que corresponde al 1603 del colombiano) lo relacionado con el postulado de buena fe, consagrado en el último inciso del artículo 1134 y en el artículo 1135 del Código Napoleón.

Los comentaristas franceses sostienen que el artículo 1135 del Código francés no es sino una consecuencia del último inciso del artículo 1134, sobre la ejecución de buena fe. A nuestro juicio, más técnica y precisa fue la estructura normativa dada por Bello.

Hay, sin embargo, una interesante diferencia entre el texto chileno (art. 1546) y el colombiano (art. 1603). Bello fue explícito en sostener que por el hecho de tenerse que ejecutar los contratos de buena fe, obligan a todo lo que emane de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre le pertenecen. El artículo 1603 del Código colombiano no menciona la costumbre.

Además debe tenerse en cuenta que ni el Código chileno ni el colombiano se refieren sobre el particular a la equidad.

Por eso, entre nosotros, es más completo el ya transcrito texto del Código de Comercio colombiano. Y lo es porque al señalar las fuentes integradoras del negocio menciona a la costumbre y la equidad, y además porque extiende el principio de buena fe a la *celebración* del contrato.

Indudablemente, el hecho de que la disposición mercantil ordene que el contrato, además de ejecutarse —cumplirse— deba *celebrarse*, es decir perfeccionarse o acordarse, de buena fe, da un paso adelante en el entendimiento del postulado en materia contractual. No solamente en su cumplimiento cabe afirmar la aplicación del principio, sino que, y esto es destacable, las orientaciones de la buena fe deben estar presentes en todo el periodo precontractual. Desde los tratos preliminares, en la fase de la oferta y, lógicamente en la declaración de aceptación, la buena fe ha de estar presente.

Pero las mencionadas disposiciones legales no son las únicas que deben considerarse como base positiva del *principio de buena fe* contractual. Además de ellas es necesario subrayar por lo menos otros dos que complementan y precisan sus elementos. Nos referimos a los artículos 863 del Código de Comercio y 1624 del Código Civil colombiano.

El primero de los aludidos textos dispone:

“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Aunque la norma se refiera a la noción de buena fe como soporte de la consecuencia resarcitoria en caso de que su inobservancia cause perjuicios, y aparentemente con ese único alcance, en realidad consagra un parámetro de comportamiento en el terreno precontractual, que no se agota en dicha consecuencia.

El proceder de buena fe en la fase precontractual supone que las partes desarrollen sus comportamientos anteriores al perfeccionamiento del correspondiente contrato con arreglo al estándar de conducta socialmente esperado, que no se limita, como ya se ha dicho, a conductas honradas y carentes de intención dañina, sino además diligentes, cuidadosas, respetuosas de los deberes secundarios y cumplidoras de las cargas de la autonomía privada.

La otra norma legal que complementa el elenco de disposiciones que estructuran el principio de buena fe contractual es el segundo in-

ciso del artículo 1624 del Código Civil colombiano, en cuanto impone al predisponente de contenidos contractuales la carga de explicarlos para evitar ambigüedades.

Dispone la norma:

“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la *falta de una explicación que haya debido darse por ella*” (bastardillas nuestras).

La formidable visión de Don Andrés Bello, que ya desde 1847 en su segundo proyecto sobre obligaciones y contratos identificó la categoría de los contratos que tiempo después se denominarían “de adhesión” o “por adhesión”, lo llevó, junto con el establecimiento de una de las más importantes normas legales que soportan la tarea de interpretar contratos de ese tipo, a disponer como pauta de comportamiento, la explicación de ellos.

La aludida norma de interpretación consagra, indudablemente, un patrón de conducta que debe observarse en el periodo precontractual.

El comportamiento del predisponente de contenidos contractuales, omisivo de las explicaciones debidas y por ello infractor del *principio de buena fe*, genera la inclusión de cláusulas que a la postre podrán considerarse ambiguas, y por ello interpretadas contra su autor, o incluso anuladas, como se explicará adelante, si se identifica abuso en la posición dominante contractual.

Si bien la *autonomía privada*, constitucional y legalmente reconocida en nuestro derecho, permite la predisposición de contenidos contractuales, lo cual no es de suyo reprochable sino, por el contrario, necesario para la agilidad del tráfico jurídico, no puede ser ejercida con descuido, ni con abuso.

En efecto, del *principio de buena fe* se desprende que al predisponente de los contenidos contractuales incumbe la observancia tanto del deber de información, como de la carga de claridad en la estructuración de las estipulaciones, carga que sin duda incluye la pertinente explicación que, según las circunstancias particulares, corresponda brindar al adherente.

Muy especialmente debe acentuarse que el predisponente tiene que explicar, con razones valederas y atendibles, el porqué de la inclusión de todas aquellas estipulaciones que incidan en la determinación o determinabilidad de los elementos esenciales del negocio o que de

cualquier manera alteren o modifiquen los que correspondan a su naturaleza o que introduzcan al mismo aspectos accidentales.

La desatención de la carga de claridad en el frente advertido acarrea la interpretación contractual en contra del predisponente, sin perjuicio de que la correspondiente estipulación pueda incluso ser anulada por el juzgador, si es que alcanza a configurarse como abusiva. En líneas posteriores se abordará en detalle el asunto de las cláusulas abusivas y sus efectos.

Somos plenamente conscientes de que en la contratación masiva no resulta fácil la explicación individualizada de los contenidos predispuestos. Es más, tal explicación podría resultar imposible en la práctica. Pero ello no puede justificar la inclusión de cláusulas que desequilibren la relación negocial. Si en un momento dado el predisponente no encuentra la manera de proceder a las debidas explicaciones, lo conducente es elaborar las estipulaciones contractuales con apego estricto al principio de buena fe, es decir, sin excluir componentes de la naturaleza del contrato de que se trate y sin incluir elementos accidentales concebidos en su exclusivo beneficio.

3.2.2.3. El principio de buena fe en la interpretación contractual

Dentro de las muy variadas definiciones que sobre interpretación ofrece la doctrina, siempre nos ha parecido particularmente exacta la de Cariota Ferrara, según la cual interpretar un negocio jurídico “es una actividad lógica, encaminada a buscar y fijar el significado de la manifestación o de las manifestaciones de voluntad, a fin de determinar el contenido del negocio, es decir, lo querido”⁽⁴⁴⁾.

Pues bien, para esa actividad lógica que pretende dilucidar el alcance y sentido de las manifestaciones de voluntad, el principio de buena fe juega papel preponderante, muy especialmente cuando se trata de identificar si una determinada estipulación puede o no calificarse de abusiva.

Como no es objeto de esta exposición la interpretación contractual en general, nos limitaremos a presentar algunas reflexiones específicas en torno a la tarea interpretativa a la luz del *principio de buena fe*.

Antes que nada conviene precisar que, contra lo que aparentemente podría creerse, la ley colombiana reconoce al principio de buena fe

(44) CARIOTA FERRARA, Luigi, *El Negocio Jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956, p. 607.

como herramienta de hermenéutica. Y decimos que podría creerse lo contrario, puesto que en las reglas generales de interpretación contractual, contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, no existe un texto que explícitamente emplee la expresión “buena fe”. Con todo, si se recuerda el origen histórico del principio aplicado al ámbito contractual, ya explicado, forzoso es concluir lo contrario.

En efecto, quedó dicho que la buena fe en materia contractual tiene su antecedente directo en los entonces denominados “contratos de buena fe”, que, por oposición a los de derecho estricto, permitían al juez suponer contenidos así las partes nada hubieran manifestado sobre el particular, y como lo explicaba Escriche, “desechar todo lo que se opone a la razón, a la equidad o a la intención presunta de las partes”⁽⁴⁵⁾.

Tales contenidos presuntos son justamente los que integran la naturaleza de los contratos y son, salvo estipulación expresa en contrario, vinculantes para las partes. De ahí que, según quedó explicado, los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, reguladores del principio de celebración y ejecución de buena fe de los contratos, disponen que son sus elementos integrantes no solamente aquellos expresamente acordados, sino también todos los que emanan de su naturaleza según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Pues bien, comoquiera que el artículo 1621 del Código Civil colombiano establece que “en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con *la naturaleza del contrato*”, y que “las cláusulas de uso común *se presumen aunque no se expresen*” está, a no dudarlo, consagrando el principio de buena fe como criterio interpretativo (bastardillas nuestras).

Por tanto, el intérprete debe, como primera tarea, escudriñar el negocio que está bajo su estudio con el fin de precisar ante qué clase de contrato se encuentra.

Trátase de un contrato típico o atípico, simple, mixto (combinado), o coligado con otro, el primer momento y ámbito de interpretación debe enderezarse a la calificación jurídica del negocio, puesto que de ella pende inexcusablemente su integración normativa, entendida como fijación del elenco o conjunto de normas y reglas legales y convencionales que habrá de regirlo.

(45) Citado por CLARO SOLAR, ob. cit., ps. 496 y 497.

El razonamiento interpretativo entonces comienza con lo que proponemos denominar “interpretación calificadora” que busca exclusivamente la determinación de la clase o categoría contractual del negocio que luego habrá de interpretarse.

La correcta calificación del negocio conduce a la debida integración normativa que, como quedó apuntado, marcará la disciplina bajo la cual habrá de tener lugar la interpretación definitiva del contrato, que consiste, básicamente, en la ya referida actividad lógica de establecimiento y fijación del sentido y alcance de todas y cada una de las disposiciones contractuales.

La calificación e integración normativa del contrato constituyen base insustituible para la cabal aplicación del *principio* de buena fe contractual. Ciertamente, saber qué negocio o negocios tiene entre manos el intérprete, permitirá decidir con acierto sobre las normas y reglas aplicables, reguladoras de los muy variados efectos que el contrato puede tener, aunque las partes nada hayan dicho sobre el particular.

3.2.2.4. El principio de buena fe frente al abuso en materia contractual⁽⁴⁶⁾

Con apoyo en las premisas que se han dejado expuestas, procede ahora el estudio de la más frecuente ruptura del *principio de buena fe contractual* en la contratación por adhesión a contenidos predispuestos: la inclusión de cláusulas abusivas.

Ya quedó dicho que debe descartarse la configuración de la buena fe negocial no solamente cuando se procede con dolo o intención positiva de causar daño (mala fe en sentido estricto), sino cuando el agente obra con descuido o negligencia y cuando, entre otras, conculca la observancia de las cargas de la autonomía privada o abusa del derecho⁽⁴⁷⁾.

(46) Las consideraciones que sobre cláusulas abusivas se exponen en este trabajo, corresponden, en lo fundamental, a apartes de la ponencia preparada y presentada por el autor al Tribunal de Arbitramento que integró con los doctores David LUNA BISBAL y Pedro Nel ESCORCIA CASTILLO para decidir en derecho el litigio de Punto Celular Ltda. Contra Comcel S.A. En esta publicación, a la que se han introducido los necesarios ajustes de redacción, se plantean algunos contenidos no incluidos en el laudo arbitral con el que culminó el citado litigio.

(47) Según se explicó, la diferencia se verá reflejada en la consecuencia indemnizatoria.

Se ha explicado también que en la economía contemporánea es cada vez más usual la contratación por adhesión a contenidos predispuestos. Es esta forma de contratar la regla general en la actualidad. Hoy por hoy, la contratación paritaria o libremente discutida, si bien se presenta en la práctica, es francamente la excepción.

En los eventos en que una de las partes tiene la posibilidad de predefinir los contenidos negociales, frecuentemente incurre en conductas abusivas por introducir estipulaciones que pretenden alterar la naturaleza del correspondiente contrato mediante la exclusión de asuntos que según el principio de buena fe deben entenderse a él incorporados, o incluir elementos accidentales inesperados a la luz de tal principio.

Como se reiterará más adelante, la contratación masiva y predefinida es un imperativo de las actuales dinámicas comerciales, y a pesar de que la disposición unilateral de contenidos contractuales no es *per se* reprochable, sí es “caldo de cultivo” del abuso del derecho a la autonomía privada.

Cuando el predisponente de las cláusulas contractuales agrega “estipulaciones” desequilibradas, lesivas de los intereses del adherente y benéficas para los suyos propios, tal proceder es claramente transgresor del principio de buena fe contractual, puesto que busca realizar una integración normativa contractual bien diferente de la que tendría según la ley, la costumbre y la equidad.

En palabras de Soto,

“[...] no existe buena fe contractual en el contratante que, teniendo la ventaja de redactar unilateralmente el contenido del contrato, incorpora cláusulas abusivas en perjuicio del futuro contratante que se adhiere a las cláusulas generales de contratación”⁽⁴⁸⁾.

Por eso para el intérprete el principio de buena fe contractual constituye faro insustituible para seguir el norte del equilibrio y la justicia contractuales.

Como pasará a estudiarse en seguida, la calificación de abusiva que pueda tener una estipulación exige ardua labor interpretativa en la que el *principio de buena fe* es criterio medular. Decidir cuándo una

(48) SOTO COAGUILA, Carlos Alberto, “La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”. En: *El Contrato en una Economía de Mercado*. Obra en coautoría con MOSSET ITURRASPE, Jorge, 2ª ed., Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 91.

cláusula es abusiva y cuándo no requiere de especial ponderación en el juicio y de valorar múltiples variables que solamente se interpretarán correctamente con la ayuda del principio de buena fe.

Ya es un tema pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia que el abuso del derecho, construcción propuesta en sus albores para relaciones extracontractuales, tiene aplicación en materia contractual.

Cuando en 1946 Josserand publicó su formidable obra sobre el espíritu de los derechos y su relatividad, en la que formuló una completa postura sobre el abuso de los derechos, explicó con nitidez cómo el abuso puede darse en materia contractual. Concretamente, al referirse al abuso en los contratos, señaló:

“Es un abuso esencialmente variable y multiforme, cuyas manifestaciones infinitas escapan a toda tentativa de enumeración limitativa, pero siempre de orden contractual que invariablemente se refiere a alguno de los diferentes estados de la vida de las convenciones: preparación, celebración, cumplimiento, disolución y período consecutivo a esta”⁽⁴⁹⁾.

Entre nosotros han sostenido la aplicabilidad de la teoría del abuso del derecho en el terreno contractual expositores como Pinzón Sánchez:

“De manera que en 1972, cuando entró en vigencia el nuevo Código de Comercio, en el cual se consagró expresamente el abuso del derecho [...], dicho principio ya había sido aceptado en nuestro medio y constituía desde entonces un sólido fundamento, no sólo para derivar de él indemnizaciones de perjuicios, sino también para deducir restricciones en el ejercicio de los derechos subjetivos de origen legal o contractual y para identificar lo abusivo con lo ilegal”⁽⁵⁰⁾.

La jurisprudencia colombiana ha admitido sin vacilación el principio del abuso del derecho en materia contractual. Baste recordar la sentencia de casación civil del 19 de octubre de 1994, en la que, no obstante referirse el caso concreto al ámbito financiero y bancario, se dejaron consignados cruciales criterios generales que conviene señalar.

(49) JOSERAND, Louis, *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*. Puebla: Editorial José M. Cajica Jr., 1946, ps. 103 y 104.

(50) PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, “Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas”. Ponencia presentada en los Encuentros Jurídicos sobre Armonización del Derecho Iberoamericano, organizados por la Fundación Banco de Bilbao y Vizcaya BBV de Bilbao. Toledo, España, 1994.

Se pronunció así la Honorable Corte Suprema de Justicia en la aludida sentencia:

“[...] el acto ilícito abusivo, contra lo que sostiene la censura, tiene su fisonomía jurídica propia y en buena medida autónoma, por lo que no siempre implica de suyo un supuesto de responsabilidad extracontractual o aquiliana; también puede justificar la reparación pecuniaria de daños conforme a las reglas de la responsabilidad contractual [...]”⁽⁵¹⁾

Más adelante, agregó esa corporación:

“Y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en ese ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”⁽⁵²⁾.

De lo anterior se desprende que el abuso en el campo contractual tiene manifestaciones que van desde la definición del contenido contractual, pasan por la fase de ejecución del acuerdo y llegan hasta la disolución y liquidación del mismo.

Ahora bien, la posición dominante en una relación contractual se refiere, entre otras, a la posibilidad que tiene una persona, por razones de superioridad originadas en causas de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio.

El tráfico moderno ha venido, de manera creciente, imponiendo la llamada contratación estándar que, como se hará ver, de suyo no puede precalificarse de abusiva.

Sin que sea necesario entrar en especiales detalles que se alejarían del tema central, conviene dejar consignadas algunas consideraciones acerca de esta forma de negociación.

Puede decirse, en general, que el contrato que se celebra por adhesión a contenidos predispuestos se configura cuando por circunstan-

(51) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 19 de octubre de 1994. Expediente 3972. Magistrado ponente: Carlos Esteban JARAMILLO SCHLOSS.

(52) *Ibidem*.

cias de superioridad una de las partes tiene la posibilidad de extender o dictar los contenidos contractuales a la otra, a quien no le es dado controvertirlos, ni introducir variaciones al texto planteado.

Si bien originalmente se alzaron voces contra la naturaleza contractual de los contratos por adhesión, hoy tal naturaleza es indiscutida.

Larroumet sostiene sobre el particular:

“Contrato de adhesión. En segundo lugar, en oposición al contrato libremente negociado, el contrato de adhesión somete la libertad contractual de un contratante al querer de otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato. En contra de lo que, a principios de siglo pretendieron algunos autores que se negaron a ver en el contrato de adhesión un contrato verdadero, la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente”⁽⁵³⁾.

Dentro de la amplia jurisprudencia nacional sobre esta categoría contractual, destacan las palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 8 de 1974:

“Son elementos característicos del contrato de adhesión, a saber: la imposición por una de las partes de la “Ley del contrato”; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lo lleva a prestar su voluntad, sin discutir”⁽⁵⁴⁾.

Como ya se ha afirmado, los contratos por adhesión a contenidos predispuestos son en la actualidad la regla. Se trata de una verdadera necesidad del tráfico jurídico. Hoy por hoy no sería posible la contratación si siempre tuviera que darse la negociación, una a una, de las cláusulas de todo contrato.

La necesidad de acudir hoy en día a la celebración de contratos por adhesión a contenidos predispuestos la explica Farina así:

“Este mecanismo de contratación, llevado a cabo mediante cláusulas predispuestas, responde a la necesidad del comercio moderno y no es posible suprimirlo, dadas las características de la contratación en masa que exige

(53) LARROUMET, Christian, ob. cit., Vol. I. Bogotá: Editorial Temis, 1993, p. 120.

(54) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 8 de mayo de 1974.

la economía actual. En consecuencia, resulta ineludible que la formación y ulterior desenvolvimiento de las relaciones contractuales queden sometidas a las condiciones dictadas por el empresario”⁽⁵⁵⁾.

Con esto queremos subrayar que no debe concluirse que por el solo hecho de celebrarse un contrato por adhesión a contenidos pre-dispuestos, se genere una situación de abuso.

Si bien el contrato predispuesto constituye terreno propicio para el abuso, por la vía de la inclusión en el acuerdo de las llamadas cláusulas abusivas, tiene que reconocerse que ello no siempre ocurre.

Así lo admite también la doctrina. Santos Ballesteros afirma:

“Así pues, no todas las condiciones generales ni las cláusulas impuestas por un contratante unilateralmente, ostentan, por sí mismas, la condición de abusivas, que sólo lo serán en la medida en que involucren facultades o atribuciones que, en general, desmejoren la situación del contratante más débil, o que limiten el ejercicio de las acciones para hacer efectivas las prestaciones estipuladas a su favor, o que restrinjan el reconocimiento de las indemnizaciones a que tiene derecho por incumplimiento [...]”⁽⁵⁶⁾

Con abuso o sin él, lo cierto es que el contrato de contenido predispuesto es dictado o extendido por la parte que, dadas las especiales circunstancias del caso, ostenta el llamado poder de negociación o posición dominante contractual.

Y la posición dominante contractual, que de acuerdo con lo dicho puede ejercerse con abuso o sin él, es aquella condición jurídico-económica que sitúa a uno de los contratantes en una posición de superioridad que le permite, entre otras cosas, definir los contenidos contractuales.

Como quedó apuntado, una de las manifestaciones de abuso del derecho en materia contractual está dada por los excesos en que incurre, en la preparación de los contenidos contractuales, quien detenta la posición fuerte o dominante. Es éste un muy frecuente caso de transgresión al postulado de buena fe contractual.

En ejercicio del llamado derecho a la autonomía privada, es legítimo plantear, proponer y establecer normas contractuales. Pero el rec-

(55) FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p. 147.

(56) SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Instituciones de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, p. 116.

to ejercicio de ese derecho supone, necesariamente, el respeto por los límites que imponen los dictados del orden público.

La autonomía privada, en cuanto se refiere al establecimiento de contenidos contractuales, puede desviarse de su legítimo cauce y, por ende, ejercerse abusivamente. En efecto, tratándose de contratos cuyo contenido predispone unilateralmente quien ostenta la posición dominante en la contratación, es frecuente ver excesos (abuso) en la concepción y redacción de las cláusulas con los consiguientes y reprochables desequilibrios.

En palabras de Pinzón Sánchez,

“Dicha noción [se refiere al abuso de posición dominante contractual], en primer lugar, permite aplicar los razonamientos y principios ya decantados a propósito del abuso del derecho en el caso de los contratos cuyo contenido se determina con referencia a condiciones de contratación que incluyen cláusulas “abusivas” en contra del adherente, imposición que en sí misma constituye un aprovechamiento abusivo de su posición de preeminencia, como también es abusivo el ejercicio de las prerrogativas (derechos) derivados de ellas”⁽⁵⁷⁾.

Se plantea con esto el trascendental tema de las cláusulas abusivas, cuyo estudio sigue a continuación, como una de las más significativas expresiones del abuso contractual —y por ello de la vulneración del principio de buena fe— que, por supuesto, no descarta otras como podría ser, por vía de ejemplo, el ejercicio abusivo de un derecho o prerrogativa incluida en una cláusula no abusiva, asunto que, no obstante su interés, escapa al propósito de este trabajo.

Se ha dicho ya que el derecho contractual es terreno propicio para el examen de conductas abusivas. La contratación por adhesión a contenidos predispuestos, modalidad que dado el tráfico jurídico moderno es cada vez más frecuente, abona la posibilidad de que se presenten prácticas constitutivas de abuso tanto en la celebración de los contratos, como en su ejecución.

Tal y como quedó dicho al tratar el *principio de autonomía privada*, cabe sostener que ella comprende, entre otros aspectos, la libertad relativa de disponer y de predisponer contenidos negociales. En efecto, según se dijo, en ejercicio de tal derecho las partes pueden, en los llamados contratos de libre discusión, acordar en pie de igualdad los

(57) Ob. cit. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge.

términos y condiciones de su negocio, y, en los denominados contratos por adhesión, preestablecer por una de ellas la ley del contrato.

Sin embargo, aunque la posibilidad de predisponer unilateralmente los contenidos negociales no solamente no es en sí misma censurable, sino necesaria en la contratación moderna, lo cierto es que sí constituye terreno proclive al abuso. En ese sentido cabe afirmar que el derecho a la autonomía privada, como cualquier otro derecho, puede ser objeto de ejercicio abusivo.

El abuso del derecho a la autonomía privada en la contratación bajo contenidos predispuestos encuentra una de sus principales manifestaciones en las llamadas cláusulas abusivas.

Aunque en nuestra legislación no existe un estatuto sistemático, integrado e integral sobre cláusulas abusivas, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, sino apenas algunas referencias como la de la ley 142 de 1994 (art. 133) en materia de servicios públicos domiciliarios, su noción y características están claramente perfiladas en la doctrina y la jurisprudencia colombiana.

Para una mejor comprensión, ténganse en cuenta las siguientes concepciones:

Para Lafont las cláusulas abusivas.

“[s]on aquellas que, con vulneración de las reglas de la igualdad y equilibrio contractual, son impuestas y otorgan a una de las partes contratantes una serie de atribuciones, o le exoneran otra serie de deberes o responsabilidades, o bien le imponen a la otra parte una serie de obligaciones, cargas o responsabilidades o le eliminan o le reducen seriamente sus derechos, en forma tan desproporcionada e irrazonable que al constituir un abuso en el ejercicio del derecho de contratar (*v. gr.* como sucede con los términos rescisiones, pruebas, variaciones prestacionales, responsabilidades, etc. de carácter abusivo contenidos en dichas cláusulas, etc.) tales cláusulas deben ser objeto de corrección en la forma que permita restablecer el equilibrio contractual, [...]”⁽⁵⁸⁾

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de febrero de 2001 (exp. 5670), sostuvo, citando a Stiglitz y a otros autores que,

“En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria —entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual— [...] responde, preponderantemente, al

(58) LAFONT PIANETTA, Pedro, *Manual de Contratos*. Tomo I. Bogotá: Editorial Librería del Profesional, 2001, ps. 263 y 264.

hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, [...]”⁽⁵⁹⁾

Y más adelante agregó en esa misma providencia:

“De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva —y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, *in radice*, se estiman vejatorias—, aquella cláusula que “favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente.”⁽⁶⁰⁾

Señala la sentencia comentada, como características de las cláusulas abusivas, las siguientes, dentro de las cuales ponemos de resalto lo relativo a la infracción al principio de buena fe:

“[...] se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas —primordialmente—: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial —vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad—, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”⁽⁶¹⁾.

Con la perspectiva arbitral, muchos son los laudos que han abordado el tema. Sobre las características de las cláusulas abusivas, se pronunció así el laudo dictado para dirimir las diferencias entre Valores y Descuentos Ltda. y Bellsouth S. A (antes Celumóvil):

“La caracterización, entonces, de la cláusula abusiva, en palabras de Stiglitz, exige la presencia, por lo menos, de los siguientes elementos: “a) Que no haya sido negociada individualmente [...]; b) Que al consumidor le sea presentada dicha cláusula ya redactada previamente; c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido, y d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe “entendiendo que ello acontece” cuando cause, en detrimento del consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos, y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Agrega el tribunal, en reiteración de lo dicho, que “la infracción a las exigencias de la buena fe” supone que está descartada la posibilidad de justificación y/o [sic] de razonabilidad de la estipulación, connotaciones éstas que, desde luego, y según su nivel de relevancia, diluyen o eliminan los motivos de reproche,

(59) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 2 de febrero de 2001. Expediente 5670. Magistrado ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

(60) *Ibidem*.

(61) *Ibidem*.

enmarcándola en el respeto del importante postulado del derecho de los contratos, y del derecho en general”⁽⁶²⁾.

Y en interesante presentación general del tipo de cláusulas que entrañan especial riesgo sobre su “aceptabilidad o repulsión jurídicas” dijo el laudo que acaba de citarse:

“Al final, independientemente de la consideración del asunto conforme a las características propias de cada ordenamiento legal, el común denominador termina ubicándose en la ineludible limitación que representan la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres, enmarcados todos en un contexto de adecuado rechazo a las estipulaciones que representen ofensa a los principios fundamentales del sistema jurídico, principalmente al de la buena fe y sus extensiones, modalidades o derivaciones, como la prohibición genérica de abuso del derecho”⁽⁶³⁾.

Stiglitz, después de advertir que existen dos concepciones, una amplia y otra restrictiva, sobre los caracteres de las cláusulas abusivas, afirma que en cualquiera de ellas debe concluirse que son propiedades del tipo de cláusulas que se comenta “que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe”, “que el desequilibrio sea relevante y significativo” y que “el desequilibrio significativo deberá apreciarse tomando como referencia la relación de fuerzas de negociación existente al tiempo en que se formalizó el contrato”⁽⁶⁴⁾.

Muchas citas más de orden doctrinal y jurisprudencial podrían ilustrar el concepto y características de las cláusulas abusivas. No es del caso ahondar en ideas que son ya claras.

Resumiendo, son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual.

Por supuesto, lo “excesivo” de la estipulación, su “injustificación” o “irrazonabilidad”, su “desproporción”, son asuntos que en cada caso

(62) Laudo arbitral dictado el 4 de junio de 2002 en el proceso arbitral de Valores y Descuentos Ltda. contra Bellsouth S. A (antes Celumóvil). Árbitros: Jaime ARRUBLA PAUCAR (p.), José Armando BONIVENTO JIMÉNEZ, Álvaro MENDOZA RAMÍREZ.

(63) *Ibidem*.

(64) STIGLITZ, Rubén S. *Contratos Civiles y Comerciales*. Parte General. Tomo II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 33 a 36.

deben ser cuidadosamente evaluados por el juzgador. No existen definiciones únicas, precisas y generalizables sobre tales características.

Entonces, atendidas sus especificidades, lo que en determinado evento puede ser visto como justificado y razonable, en otro podría no serlo. Una cláusula penal puede ser o no abusiva, según las circunstancias. La renuncia a un derecho puede tener plena explicación en un determinado caso, dadas sus propias particularidades, pero no tenerla en otro diferente. La asunción de un determinado gravamen puede ser razonable en un caso, pero abusiva en otro distinto. Las cláusulas agravantes o atenuantes de responsabilidad pueden tener razones suficientes en determinados casos y no en otros. En fin, los ejemplos abundan.

Así, el juez debe indagar por las condiciones específicas de las partes, por los supuestos de hecho y de derecho que rodearon la celebración del contrato, por las que antecedieron su perfeccionamiento, y en general, por todas las particularidades propias de cada caso, para concluir con acierto acerca de la configuración o no de una cláusula abusiva.

Por tanto, debe concluirse, según el derecho colombiano, que el carácter abusivo de una estipulación no se produce de manera automática y predefinida según cotejo mecánico con un listado taxativo. No es, a nuestro juicio, un concepto meramente objetivo. El carácter abusivo resulta de la confluencia de elementos objetivos (como la marcada desproporción en ciertas condiciones económicas del contrato), con otros que requieren inexcusablemente de un examen subjetivo, como la falta de justificación o de razonabilidad, atendidas las especiales circunstancias del caso. La conclusión sobre si una cláusula es o no abusiva dependerá en cada evento del sereno y profundo análisis del juez, con fundamento en las reglas de la sana crítica, y, se reitera, según las características y especificidades propias de cada caso particular, a la luz, siempre del *principio de buena fe* contractual.

De lo anterior se sigue, lógicamente, que una misma cláusula puede ser considerada abusiva en un caso particular y no abusiva en otro. Un mismo contenido podría juzgarse abusivo frente a una parte, pero equilibrado y razonable respecto de otra, pues, como se ha dicho insistentemente, la calificación de abusiva de una cláusula no responde a criterios puramente objetivos y automáticos, sino que varía en cada caso particular.

El criterio central que debe seguir el fallador, para este empeño, no es otro que el que se desprende del principio de celebración y ejecu-

ción de buena fe de los contratos, consagrado en nuestro ordenamiento en los artículos 1603 y 1624 del Código Civil y 863 y 871 del Código de Comercio.

Para terminar el punto conviene resaltar que, como lo tiene decidido nuestra jurisprudencia, la configuración del comportamiento abusivo no exige la intención dañosa del agente (dolo), ni su culpa grave, sino que, de acuerdo con la jurisprudencia reinante⁽⁶⁵⁾, basta un error de conducta, un yerro en el comportamiento, que en materia de cláusulas abusivas se evidenciaría por la inclusión de éstas en el contrato.

3.2.2.5. Nulidad de las cláusulas abusivas

Para terminar, y advirtiendo que no es propósito de este ensayo profundizar sobre las diversas tendencias que doctrina y jurisprudencia tienen sobre los efectos de las cláusulas abusivas, sólo nos resta afirmar que en la medida en que estas son violatorias del *principio de buena fe*, la sanción que a nuestro juicio corresponde es la de nulidad absoluta.

En efecto, la inclusión en un contrato de una cláusula abusiva comporta una conducta contraria al orden público que, como se vio, constituye el límite fundamental a la autonomía privada.

Así pues, las cláusulas abusivas, ora por el camino de la ilicitud en el objeto, ora por el de vulneración de normas imperativas o por el simple hecho de resultar contrario al *principio general de buena fe*, tienen que ser fulminadas con la sanción de nulidad absoluta. Ese es el resultado que reclama la justicia, el recto desenvolvimiento de los negocios y el orden social y al que se llega de la mano del *principio de buena fe contractual*.

Desaparecidas del ámbito negocial las cláusulas calificadas de abusivas, queda entonces limpio el contenido del contrato integrado, como se explicó, con los elementos que brotan de la naturaleza del contrato, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Hasta acá, las ideas que juzgamos de mayor importancia en relación con los *principios* de autonomía privada y de buena fe, que hemos denominado *principios originarios*. En los puntos siguientes se enumerarán y describirán, en su esencia, los *principios contractuales*

(65) Cf. Sentencia de la Corte Suprema de Colombia del 19 de octubre de 1994, expediente 3972, y laudo arbitral de Prebel S. A. vs L'Oreal del 23 de mayo de 1997, atrás citados.

derivados de los anteriores, respecto de los cuales no se expondrán mayores profundizaciones. Simplemente se dejará consignado el *principio* mismo y su función en el ordenamiento.

3.2.3. Principio de consensualidad

Con esta denominación suele llamarse el *principio contractual de libertad de forma* en las declaraciones de voluntad.

Como quedó dicho, una de las múltiples manifestaciones del *principio de autonomía privada* consiste en que los particulares pueden escoger la forma como se expresa la voluntad.

A este principio se llegó después de mucho tiempo en el que, a diferencia de lo que hoy rige en todos los sistemas modernos, lo trascendente eran los ritualismos.

Como lo describen Ospina Fernández y Ospina Acosta,

“El antiguo derecho quirritario, lo mismo que todos los sistemas jurídicos arcaicos, estuvo dominado por un rígido formalismo que abarcaba por igual, las relaciones familiares, la adquisición de los bienes, la celebración de los contratos y, en general, todas las manifestaciones de la vida civil”⁽⁶⁶⁾.

Sin embargo,

“El renacimiento del derecho romano, iniciado en el siglo XII por los glosadores de la Escuela de Bolonia, y el desarrollo del derecho canónico moderaron un tanto el crudo simbolismo germánico, creando un sistema mixto, compuesto de elementos germánicos, romanos y canónicos que rigió hasta muy avanzada la edad media.

[...]

“En general, los canonistas se esforzaron por consagrar la eficacia de todas las convenciones, aunque estuvieran completamente desprovistas de solemnidades de cualquier género, y así llegaron a imponer el postulado *solus consensus obligat*, que llegó a convertirse en axioma jurídico a partir del Renacimiento y, especialmente, por la influencia de la Escuela del Derecho de Gentes de Hugo Grocio”⁽⁶⁷⁾.

Como se advierte con facilidad, desde hace siglos rige el *principio general de consensualidad que stricto sensu*, se deriva del de *autonomía privada*.

(66) Ob. cit., p. 223.

(67) *Ibidem*, p. 225.

Por supuesto, el principio no es absoluto. Existen eventos en los que, por variadas razones, la ley exige que la voluntad se exprese a través de ciertos formalismos o solemnidades. Tal es el caso de los contratos que tienen por objeto la transmisión o gravamen sobre bienes raíces.

En el derecho colombiano este principio es indudable. Nuestro Código Civil, de 1887, no lo recogió de manera positiva, no obstante lo cual nadie ha dudado nunca de su vigencia. Examinada la integridad del ordenamiento civil, una conclusión se ofrece diáfana al respecto: solamente en casos excepcionales la voluntad debe expresarse a través de formalidades. De ahí se sigue que por *principio*, ninguna cortapisa formal tienen las manifestaciones de voluntad.

Es que, como se dijo anteriormente, los *principios generales de derecho*, como lo es el que se comenta, no requieren de reconocimiento positivo para alcanzar validez material.

El Código de Comercio colombiano, por su parte, decidió, a diferencia del estatuto civil, plasmar en norma positiva el principio *sub examine*. Así, el artículo 824 establece:

“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”⁽⁶⁸⁾.

En rigor, hay que decir que el texto que se acaba de transcribir es superfluo. Su contenido da cuenta de algo que es así, no porque la norma lo diga, sino porque es un verdadero *principio general de derecho*. Si, en un ejercicio de abstracción, hiciéramos de cuenta que el artículo 824 del Código de Comercio no existe, nada acontecería. Igual regiría el *principio de consensualidad*. La norma que se comenta, nada agrega de fondo. Sólo tiene utilidad práctica e instrumental en la medida en que se trata, simplemente, de la constatación en norma escrita de un verdadero axioma, de una verdad que en nuestros días es indiscutida y aceptada por todos.

De hecho, en el Código Civil no existe norma alguna de contenido igual o similar al citado artículo 824 del Código de Comercio, no obs-

(68) En el derogado Código de Comercio Terrestre de Colombia de 1887, el principio estaba recogido en su artículo 183 bajo los siguientes términos: “Los comerciantes pueden contratar y obligarse verbalmente, por escritura pública o privada, o por póliza autorizada por un agente intermediario, a menos que la ley exija una determinada solemnidad como requisito esencial de la validez del contrato”.

tante lo cual nadie dudó jamás de la vigencia del *principio de consensualidad*, ni afirmó que las manifestaciones de voluntad en materia civil tuviesen, por regla general, que estar revestidas de ritualismos o solemnidades.

3.2.4. Principio de normatividad

Con esta denominación nos referimos al *principio pacta sunt servanda*. Se trata, sin lugar a dudas, de uno de los *principios generales* de mayor trascendencia en el derecho contractual.

Este *principio*, claramente derivado del *principio general de buena fe*, da cuenta del poder vinculante de las manifestaciones de voluntad, especialmente de los contratos.

Comoquiera que un contrato es una norma particular creada por las partes en ejercicio de su *autonomía privada*, brota, en virtud del *principio de normatividad*, la fuerza obligatoria de dicha norma. Y es que no podría ser de otra manera. Lo contrario llevaría al caos en las relaciones sociales. Así pues, se tiene desde antiguo como verdad sabida que los contratos atan obligatoriamente a las partes quienes, con su cumplimiento, buscan la satisfacción de las diversas necesidades de orden económico, jurídico y social que impone la vida en sociedad.

En el derecho colombiano, el *principio de normatividad* está recogido en norma positiva en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual.

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Así pues, una vez celebrado un contrato, las partes no son ya libres. Hay en esto una especie de paradoja: el ejercicio de la libertad, lleva a la atadura. En efecto, las partes, libres por principio en ejercicio de su *autonomía privada*, dejan de serlo y tendrán que observar sumisión a la norma convencional por ellos creada, so pena de las graves consecuencias que prevé el ordenamiento.

Por supuesto, para que pueda afirmarse el poder vinculante del contrato, este debe haberse perfeccionado sin menoscabar ningún requisito establecido. El *principio de normatividad*, no es una imposición ciega e irreflexiva. Supone que las partes, al acordar el contrato, hayan procedido dentro de los límites de la *autonomía privada*, con observancia de sus cargas y del *principio de buena fe*, y de los deberes secundarios de conducta.

En esas circunstancias y bajo el supuesto de que no varíen las condiciones en las cuales las partes expresaron sus recíprocas voluntades (*rebus sic stantibus*)⁽⁶⁹⁾, la fuerza normativa, es decir, obligatoria del contrato no termina sino con el mutuo disenso de las partes o por acontecer una cualquiera de las causas legales de extinción del vínculo contractual⁽⁷⁰⁾.

3.2.5. Principio de relatividad

“Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest”.

Esta expresión latina da cuenta del *principio de relatividad* de los contratos, y significa, en términos generales que la fuerza vinculante de los mismos (*principio de normatividad*) se predica, en principio de las partes.

Dicho con otras palabras, los efectos de un contrato no alcanzan, ni para beneficiar ni para menoscabar, a los terceros.

Por supuesto, el *principio de relatividad* es, a su turno, relativo, en la medida en que los efectos contractuales se extienden a los sucesores universales de las partes, salvo que el contrato correspondiente sea *intuitu personae*, y en algunos casos y con ciertas limitaciones, a los sucesores singulares, como ocurre, por vía de ejemplo, con los contratos que son títulos para la adquisición de derechos reales; con los resolubles —en relación con los efectos provenientes de la resolución— respecto de los adquirentes de mala fe; con aquellos respecto de los cuales la ley establece esa extensión de efectos, por variadas razones, como sucede con los adquirentes obligados a respetar los contratos de arrendamiento celebrados por sus causantes, etc.

Así pues, salvo que se esté en presencia de alguno de los eventos excepcionales que prevé la ley, es *principio general* que los contratos solamente vinculan con su fuerza normativa a las partes y a sus causahabientes universales, con la aludida excepción.

(69) La variación en las circunstancias podría dar lugar a la terminación del vínculo obligatorio, si no pueden introducirse al negocio los ajustes que la equidad indique, con base en la denominada teoría de imprevisión contractual, la cual encuentra en el *principio de buena fe*, uno de sus pilares fundamentales.

(70) Las causas legales de extinción de los contratos son la nulidad, la rescisión, la resolución, la revocación judicial (acción pauliana y acciones revocatorias especiales), y en ciertos casos particulares el vencimiento del plazo extintivo, la revocación unilateral y la muerte de uno de los contratantes.

3.2.6. Principio de prevalencia interpartes de la voluntad real sobre la declarada

Este fundamental *principio* encuentra sus raíces en los dos *principios originarios* que ya se explicaron. Como se verá, tanto el *principio de autonomía privada*, como el de *buena fe*, originan éste que alcanza aplicaciones de primera importancia.

En cualquier declaración de voluntad, y especialmente en los contratos, es frecuente advertir discrepancias o divergencias entre la voluntad real de los agentes y aquella que aparece formalmente declarada.

Muchas circunstancias podrían explicar tales divergencias. En algunas ocasiones se presentan de manera involuntaria, como por ejemplo cuando las partes, por hablar distintos idiomas, terminan sin proponérselo expresando ideas que para una de ellas o para ambas, no corresponden realmente a su querer. En otras, la discrepancia es deliberada. En estos casos las partes tienen claro su designio, pero acuerdan mentir frente a terceros y dar ante ellos una apariencia diversa a lo que verdaderamente desean.

En uno y otro caso prevalece *inter partes* su verdadera voluntad. Lo formalmente expresado, por no corresponder con la voluntad real, no vincula a las partes ni a sus sucesores universales. Es una clarísima derivación o aplicación del *principio de autonomía privada* y evidente manifestación del de *buena fe*.

Hacemos nuestras las palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta:

“[...] esta teoría [se refiere a la prevalencia de la voluntad real] ha sido el resultado de la tenaz lucha emprendida por los juriconsultos romanos y continuada por sus discípulos contra el formalismo simbolista de los sistemas primitivos y contra las consecuencias derivadas de él.

“[...] la idea de la prevalencia de la voluntad real [...] fue la idea que determinó la aparición de los contratos consensuales [...] en los cuales la voluntad privada se liberó totalmente de la servidumbre impuesta por las solemnidades...

“En efecto, la afirmación del predominio de la voluntad real sobre su expresión material *deriva directamente del propio postulado de la autonomía de la voluntad privada* y del carácter que a este se le atribuye de institución natural en la vida social [...]. Por esto, el elemento verdaderamente relevante en la actuación jurídica privada es la voluntad real que la preside, y no la apa-

riencia material que resulta de su exteriorización más o menos perfecta”⁽⁷¹⁾ [bastardillas nuestras].

Ahora bien, el *principio de buena fe* —explicado a espacio anteriormente— se impone para complementar la idea sobre prevalencia de la voluntad real respecto de la declarada. En efecto, en la medida en que, como se dijo, es con apoyo en tal *principio* que en últimas se pueden determinar los contenidos del contrato, especialmente en los celebrados por adhesión a contenidos predispuestos, cabe también afirmar que el *principio de prevalencia inter partes de la voluntad real*, puede concebirse como derivación del de *buena fe*. Así pues, y comoquiera que en muchas oportunidades no resulta posible establecer de manera directa la voluntad real, a ella se llega por la vía del contenido implícito del contrato con apoyo en el *principio de buena fe*.

El *principio de prevalencia inter partes de la voluntad real sobre la declarada* tiene trascendentes apariciones en diversas reglas legales entre las que se encuentran, por vía de ejemplo, la que contiene la regla subjetiva de interpretación contractual y la que consagra los efectos de la simulación entre las partes.

Respecto de la primera, basta con recordar la disposición contenida en el artículo 1618 del Código Civil colombiano según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, para concluir sin el menor asomo de duda el papel prevalente de la voluntad real de los agentes sobre lo que formalmente se ha declarado.

En lo que hace a las consecuencias del fenómeno simulatorio, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera coinciden con el efecto que se comenta. Las partes quedan vinculadas entre sí a lo realmente buscado por ellas y no a los efectos del negocio que, falsamente, han declarado celebrar. En el derecho colombiano, la regla legal sobre la que se ha construido toda la teoría de la simulación está contenida en el artículo 1766 del Código Civil que no es nada distinto a la expresión en regla legal del *principio general* que se está comentando. Dispone este texto: “Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efectos contra terceros...”

(71) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo, ob. cit., ps. 101 y 102.

Nuevamente la primacía de la voluntad real sobre la declarada resulta evidente. Las partes de un negocio simulado absoluta o relativamente, no pueden hacer valer entre ellos los efectos de la declaración aparente que de manera engañosa han dicho celebrar. Entre ellas rige siempre su real querer. Por supuesto, es el *principio general de autonomía privada* lo que soporta esta conclusión.

Sin embargo, los efectos *respecto de terceros* en los casos de discordancia entre la voluntad real y la declarada tienen un régimen diferente en virtud de la *buena fe*, no sólo como concepto sino como *principio general de derecho*.

En efecto, así como *las partes* no pueden prevalerse de la manifestación aparente, *los terceros de buena fe* no pueden verse afectados por declaraciones ocultas, de las que no han podido tener noticia. Es en ese sentido que puede afirmarse, siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia sobre simulación contractual, que tales terceros pueden prevalerse de la declaración aparente o de la privada, según mejor convenga a sus intereses. Por supuesto, el fundamento de esta conclusión encuentra sus raíces en la necesaria protección de la buena fe de los terceros.

PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL (DE LA IGUALDAD FORMAL A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES)⁽¹⁾

Por Miguel F. DE LORENZO⁽²⁾

SUMARIO: 1. El derecho común de los contratos, entre los principios y la diversidad. 2. Contrato, derechos fundamentales y dignidad de la persona. 3. Colofón.

*“Elle était si belle et si simple, la notion
de contrat dans le Code Civil”*

R. SAVATIER.

*“Quanto siamo lontani.
dalla semplicità dell ‘unità
architettonica del contratto!”*

L. BARASSI.

1. EL DERECHO COMÚN DE LOS CONTRATOS, ENTRE LOS PRINCIPIOS Y LA DIVERSIDAD

Hace más de un siglo, un reconocido jurista británico afirmaba “que el derecho contractual puede considerarse como un derecho universal apto a todos los tiempos y razas, a todos los lugares y circunstancias, porque está basado sobre aquellos grandes principios fundamentales inmutables y eternos deducidos de la razón natural”⁽³⁾.

(1) Mi agradecimiento al Dr. Carlos Soto Coaguila por la generosa invitación a participar de este merecido homenaje al Prof. Ricardo L. Lorenzetti.

(2) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Sub-Director de la Revista *Responsabilidad Civil y Seguros* de la Editorial La Ley.

(3) ADDISON, Charles Greenstreet, *Treatise on the Law of Contracts and Rights and the Liabilities Ex Contractu*. Philadelphia: Lea and Blanchard, 1847, Prefacio, p. V, textualmente: “The law of contracts may justly indeed be said to be a universal

Eran tiempos de un derecho privado caracterizado por la *paradoja de la igualdad formal*, según la cual, *la igualdad era al mismo tiempo, un presupuesto y un objetivo*. La ley podía ser general —medida única— porque los hombres eran iguales; pero eran iguales porque eran mensurados con la misma medida!

En ese clima, también la teoría contractual predicaba su propia paradoja: por un lado el particularismo y la diversidad de las personas que se involucraban contractualmente; por el otro, el sometimiento de todos al principio de una racionalidad única y formal a través de reglas jurídicas comunes a *todos los contratantes*. Era una teoría contractual monista y en cierto modo *neutral* a los valores, que trasuntaba, al mismo tiempo, una indiferencia por las cualidades y circunstancias del *sujeto contratante*⁽⁴⁾.

Pero la realidad del derecho privado cambió sustancialmente, y aquella unidad formal, que ocultaba situaciones sustancialmente diferentes, forma parte de un capítulo de la mitología jurídica. El derecho común de los contratos, urgido por la *constitucionalización de la cultura jurídica*, enfrenta una multiplicación de categorías y, fundamentalmente, una diversificación de los principios como técnica para captar la sustancia real de intercambio⁽⁵⁾.

Paradójicamente, podría afirmarse, si un principio unifica hoy la teoría contractual, parece ser no ya la unidad mística basada en el monismo axiológico del *laissez faire*, sino más bien el *principio de la diversidad*.

En efecto, el derecho común de los contratos asiste, de algún modo, a una verdadera *princiología*⁽⁶⁾ o *princiología*⁽⁷⁾. A los tradicionales

law adapted to all times and races, and all places and circumstances, being founded upon those great and fundamental principles of right and wrong deduced from natural reason which are immutable and eternal”.

(4) COLLINS, Hugh, *Regulating Contrats*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 32; ATIYAH, P. S. “Contracts, promises, and the law of obligations”, en *Essays on contract*, Clarendon Press, Oxford, 1986, ps. 16 y 17; LURGER, Brigitta, “Il futuro del diritto europeo dei contratti, tra libertà contrattuale, giustizia sociale e razionalità del mercato”, en *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Torino 2007, p. 145.

(5) MAZIERE, Pierre, *Le principe d'égalité en droit privé*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 165.

(6) NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 200, p. 110.

(7) PAGLIANTINI, Stefano, “Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa”, RDCOM, 2010, p. 423.

principios de la *autonomía de la voluntad*, de la *libertad contractual*, del *consensualismo*, de la *fuerza obligatoria del contrato*, y de los *efectos relativos* que informaban —casi en exclusividad— el derecho contractual tradicional⁽⁸⁾, en los últimos años, se le han ido sumando, sin solución de continuidad, nuevos principios que evocan o dan cuenta de un *derecho contractual proteico y voluble a nuevos valores*.

Así, por caso, y al margen del fecundo principio de la buena fe⁽⁹⁾, se invocan aquellos principios de la *solidaridad contractual*⁽¹⁰⁾, de la *razonabilidad del contrato*⁽¹¹⁾, de la *transparencia*⁽¹²⁾, de la *igualdad*⁽¹³⁾, de la *conservación* o de *favor contractus*⁽¹⁴⁾, de la *proporcionalidad*⁽¹⁵⁾, de la *colaboración*⁽¹⁶⁾, de *estabilidad*⁽¹⁷⁾, de *apariciencia*⁽¹⁸⁾, de *equidad*⁽¹⁹⁾, de *protección de la parte débil*⁽²⁰⁾, de *coherencia*⁽²¹⁾,

(8) Son los que enumera y estudia prolijamente el destacado LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte General*, tomo 1, Edit. Jurídica de Chile, 2001, ps. 231 y ss.

(9) FERREYRA RUBIO, Delia, *La buena fe: el principio general en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo, 1984, ps. 171 y ss.

(10) COURDIER CUISINIER, Anne, *Le solidarisme contractuel*, Litec, París, 2006.

(11) TROIANO, Stefano, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Cedam, 2005; RAMPARANY RAVLOMIRANA, Hobinavalona, *Le raisonnable en droit des contrats*, París: LGDJ, 2009; GIORGINI, Erika, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Esi, Napoli, 2010; BROWNSWORD, Roger, *Contract Law. Themes for the twenty first century*, Butterworths, London, 2000, ps. 79 y ss.

(12) VIGNAL, Nancy, *La transparence en droit privé des contrats: approche critique de l'exigence*, Aix-en-Provence: Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1998.

(13) BERTHIAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. París: LGDJ, 1999.

(14) GRASSETTI, Césare, "Conservazione (principi di)", *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, ps. 173 y sig.; DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *La conversión del contrato nulo (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)* <http://repositorio.bib.upct.es/>

(15) LE GAC PECH, Sophie, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, París, 2000; LANZILLO, Raffaella, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Cedam, Padua, 2003.

(16) STIGLITZ, Rubén, "Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo" en *La Ley*, tomo 2009-B, p. 1085 y ss.

(17) DO CARMO SILVA, Jean-Michel, *La stabilité du contrat*. Thèse de doctorat, Droit, Toulouse 2001.

(18) DANNIS FATÓME, Anne, *Apparence et contrat*, LGDJ, París, 2004.

(19) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Bs. As., 1999, p. 333.

(20) LORENZETTI, Ricardo, *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 1995, ps. 97 y ss.

(21) HOUTCIEFF, Dimitri, *Le principe de cohérence en matière Contractuelle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

de *cooperación*⁽²²⁾, de *equilibrio*⁽²³⁾, de *renegociación* (en los contratos de duración)⁽²⁴⁾, de *seguridad*, de *lealtad*, de *fraternidad*⁽²⁵⁾; de *affectio contractus*⁽²⁶⁾, de *información*, de *consejo*, de *proporcionalidad*⁽²⁷⁾, de la prohibición del *abuso*⁽²⁸⁾, de *no contradicción* o de protección de la confianza legítima⁽²⁹⁾, de la *función social*⁽³⁰⁾, de *tratamiento paritario* o no discriminación⁽³¹⁾, de *eficiencia*⁽³²⁾, de la *implicancia de los derechos fundamentales*⁽³³⁾, de la *protección constitucional de la relaciones*

(22) SCOTT, Robert E. *Conflict and cooperation in logn term contracts*, California Law Review, 1987, p. 2005 y ss.; en la jurisprudencia por caso: CNCom., sala B, 03/07/84, "Acetta", en ED, 111-482: "hasta abarcar el deber de cumplir la legítima expectativa de la contraparte"; o, "de evitar todo aquello que pudiera frustrar el fin de la convención o perjudicar indebidamente al cocontratante" CNCom., sala B, 22/06/91, "González", La Ley, 1991-E, 398.

(23) CAMILLETTI, Francesco, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2004.

(24) NICOLAU, Noemí, "La revisión y renegociación del contrato como instrumentos útiles para su adecuación a las circunstancias sobrevenidas", en *Emergencia y revisión de los contratos*, coord. Ariel Ariza, Rev. Jurisprudencia Argentina del 04/12/2002, p. 6, BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *La revisión del contrato*, Amf, Montevideo, 2008.

(25) THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine, "Libres propos sur la transformation du droit des contrats", en RTDC, 1997 p. 352.

(26) MESTRE, Jaques, "L'évolution du contrat en droit privé français" en *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, París, 1986, p. 51; y la antítesis: TERRE, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit civil. Les obligations*, 6ª ed., París, 1996, p. 3.

(27) TERRE, F. "La proportionnalité comme principe?" en *Sem. Jur, Ed. gén.* 2009, p. 53, considerando, sin embargo, que la proporcionalidad no es un principio sino una técnica.

(28) STOFFEL MUNCK, Philippe, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, París, 2000.

(29) Proyecto Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, et sous-titré, "Réflexion et proposition d'un groupe de travail sous l'impulsion de François Terré, Président de l'Académie des Sciences Morales", Article 6: Une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé. La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime".

(30) El Código Civil de Brasil dispone en su art. 421, "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"; en doctrina, puede verse: GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, São Paulo, Saraiva, 2007.

(31) WILHELMSSON, Thomas, *Contract and Equality*, Scandinavian Studies in Law, 2000, vol. nº 40, p. 147: "when I speak here of a contract law principle of equality, I am thus referring to a principle according to which a person is obliged to treat his counter-parties equally".

(32) SOTO COAGUILA, Carlos, "Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina, Tomo I, Lima, Grijley, 2007, p. 31.

(33) CANARIS, Claus W. *Dereitos Fundamentais e Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2003; y su antítesis HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995.

contractuales⁽³⁴⁾; *de lo útil y lo justo*⁽³⁵⁾, por mencionar sólo algunos entre los tantos paradigmas que sesgan la teoría contractual moderna.

Poco interesa la enumeración exhaustiva, que incluso podría ser un cometido inútil⁽³⁶⁾.

Hace décadas, un jurista reflexivo afirmaba que *les principes forment un tout*⁽³⁷⁾. La teoría contractual moderna, intensificando las diferenciaciones, no ha hecho más que hacer converger ese *todo* en una diversidad.

Lo cierto es que la teoría contractual encuentra hoy su riqueza, y por cierto su complejidad, en el espinoso problema del pluralismo⁽³⁸⁾.

El principio de la *autonomía de la voluntad* —por dar un ejemplo— es un principio capital para la teoría del contrato. Sin embargo, en una sociedad pluralista, su significación se relativiza cuando se enfrenta a otros principios de no menor importancia como aquellos derivados de los *derechos personalísimos*, el *orden público*, las *buenas costumbres*, o la *dignidad de la persona*⁽³⁹⁾.

El germinal principio de la fuerza obligatoria del contrato —otro ejemplo— que con tanto empeño fue previsto por los códigos del *civil law*, cede sin embargo su carácter absoluto cuando debe armonizarse —con diversa acentuación según el tipo contractual— con otros principios generales no menos trascendentes como *la buena fe*, *la represión sistémica del fraude*, *el principio de la protección frente al abuso*, *la protección de la confianza legítima*, *la asimetría informativa*, *la cooperación*, o *la frustración del fin contractual*.

Lo mismo acontece con el principio de la libertad contractual. El campo de tensión entre este principio y los derechos fundamentales —como veremos más adelante— constituye un punto doliente de la

(34) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2004, p. 113; DE LORENZO, Miguel Federico, “La tutela constitucional de la autonomía privada contractual”, en *Revista Nova Tesis*, Rosario, marzo, 2008 ps. 18/42.

(35) GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit Civil. La formation du contrat*, París, 1993, p. 202, n° 225.

(36) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Bs. As., 1999, p. 81.

(37) RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, París, 1955, p. 343.

(38) OMAN, Nathan, *Unity and pluralism in contract law*, Michigan Law Review, 2005, 1488.

(39) LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, cit. p. 161; PIEPOLI, Gaetano, “Dignità e autonomía privada”, en *Politica del Diritto*, marzo, 2003, ps. 45 y ss.

teoría contractual. De hecho, y por caso, la libertad de conclusión y elección del cocontratante ha sido siempre un dogma para la teoría contractual⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, una vez más, frente a la *constitucionalización de la cultura jurídica* ¿cómo dudar que, al menos en la oferta pública, *rehusarse a contratar* puede constituir, bajo ciertas circunstancias, una discriminación ilícita?⁽⁴¹⁾.

Alguna vez, a principios del siglo XX, el conflicto central de la teoría contractual —por aquel entonces, entre declaracionistas y voluntaristas— fue denominado como una “*lucha épica*” entre principios antagónicos. Con el tiempo sin embargo, el debate se ha tornado mucho más inquietante. No se trata ya de un conflicto sobre *aspectos internos al contrato*, sino, a diferencia, del conflicto entre *valores externos al contrato*, que traducen —por así decirlo— una *lucha épica entre principios* que aspiran, en la teoría contractual, a ser priorizados⁽⁴²⁾.

Lamentablemente no se dispone —quizá porque el derecho contractual moderno *incluye múltiples valores sociales*⁽⁴³⁾— de una jerarquía *a priori* de los principios, ni de una *meta principio jurídico* en condiciones de resolver o coordinar —en el caso concreto— un potencial conflicto entre ellos⁽⁴⁴⁾. El derecho contractual moderno sólo conoce de un catálogo de principios concurrentes⁽⁴⁵⁾.

Por lo demás, distante del derecho tradicional —pensado sobre la unidad formal del contrato en *singular*— el nuevo derecho contractual se interesa por los “*principios generales de diferenciación*” que

(40) *Choice requires discrimination!*: WILLIAMS, Walter, “Discrimination: the Law vs. Morality”, en *Cornell Journal of Law & Public Policy*, 2003, p. 113.

(41) En los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) se establece en el artículo 2:101: Right not to be discriminated against: A person has a right not to be discriminated against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other juridical act the object of which is to provide access to, or supply, goods or services which are available to the public.

(42) La referencia obligada es a LORENZETTI, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006, espec. ps. 253 y ss.

(43) HILLMAN, Robert A. *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 268.

(44) KRESS, Ken, “Legal Indeterminacy”, *77 California Law Review*, p. 278.

(45) NEGREIROS, Teresa, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 285 señalando, en su bella obra, que “no existe en el sistema normativo civil constitucional homogeneidad axiológica que pueda unificar la teoría contractual en torno a un único y absoluto valor”.

incesantemente articula a través del *reconocimiento normativo de las desigualdades*⁽⁴⁶⁾. El legislador, por así decirlo, programa actualmente un derecho “desigual” como medio instrumental a la protección del contratante débil⁽⁴⁷⁾.

La lógica de la unidad, ya no gobierna el razonamiento jurídico en la teoría contractual que, por el contrario, desde hace años, vive inmersa en un incesante proceso de *ruptura con la igualdad (formal) ante la ley*.

El derecho moderno, con otra sensibilidad jurídica, valora los *factores condicionantes que envuelven a la relación jurídica* y, particularmente, a *la persona que contrata*⁽⁴⁸⁾.

Si una impronta caracteriza al derecho contractual en estos tiempos, es el acento puesto sobre la *superación de la lógica de la paridad de los contratantes* que sesgaba la fisonomía de los códigos decimonónicos⁽⁴⁹⁾, poniendo de resalto, a su vez, un fenómeno aún más significativo: *la crisis de la ley general y abstracta*, y con ella, la crisis del mito de un derecho igualitario, que paulatinamente es sustituido por el realismo de un derecho pensado —“*ratione personae*”— *según las circunstancias de la persona*.

Es lo que un movimiento de juristas reflexivos denominaba, a principios del siglo XIX, como *el advenimiento de la desigualdad ante la ley*⁽⁵⁰⁾.

(46) Con lúcidas reflexiones: FACHIN, Luiz Edson *Teoria critica do Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 286; véase también, las siempre apropiadas consideraciones que realiza sobre el contrato en general: COLINS, Hugh, *The law of contract*, 4ª ed., Lexis Nexis, London, 2003, p. 30.

(47) DE LORENZO, Miguel F. “Sobre ficciones y mitos en el derecho privado” *La Ley*, 2007-A, 854; PORTO MACEDO, Ronaldo, *Contratos relacionales y defensa del consumidor*, La Ley, Bs. As., 2006, p. 14, afirma: “El reconocimiento de las diferencias de estatus jurídico hará que progresivamente el derecho social pase a ser un derecho de desigualdades y discriminaciones positivas, moral y políticamente legitimadas. (...) y la pertenencia a clases o grupos pasa a determinar el régimen jurídico contractual”.

(48) ALCARO, Francesco, *L'attività: profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Esi, Napoli, 1999, con agudas observaciones.

(49) Preciosas consideraciones en CAPO, Giovanni, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, ps. 30 y ss.; asimismo, lúcidamente sobre la crisis de la teoría tradicional: SOTO COAGUILA, Carlos, “La contratación masiva y la crisis del contrato”, *La Ley*, 1999-C, 1179.

(50) RIPERT, Georges, *Le déclin du droit*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, p. 33; DABIN, Jean, “Droit de classe et Droit commun”, en *Introduction a l'étude du droit comparé. Recueil en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey,

Cada vez más, se acentúa la transición de la igualdad entendida como generalidad del precepto legislativo, a una igualdad como *discriminación justificada y razonable*. *Le juriste est obligé de distinguer!*⁽⁵¹⁾

En los tiempos actuales —recuerda Lorenzetti— la norma especial no es sólo una aplicación de la general, sino antes que todo una decodificación, porque sienta otros principios distintos o derogatorios de la general. Esto sucede porque en las sociedades pluralistas se da también la multiplicidad de fuentes de producción jurídica. El Estado sólo formalmente promulga las leyes, ya que el proceso de su producción se ha privatizado. De ello se sigue que no hay un único sistema, el codificado, sino que se van produciendo varios sistemas, cada uno con principios comunes pero también con derogaciones del general. Es preciso advertir entonces una pluralidad sistemática en el orden normativo. La centralidad ha explotado y en gran medida es una mitología⁽⁵²⁾.

La *teoría general del contrato*, en este giro del derecho privado, padece las distinciones que emergen de los *derechos especiales* y de las normas de sector enfrentándose, inevitablemente, a contradicciones y problemas de armonización⁽⁵³⁾.

La coexistencia de un “derecho común” con “derechos especiales” en materia contractual se ha convertido, si se quiere, en un punto de dolor para la arquitectura del derecho contractual⁽⁵⁴⁾.

1938, ps. 65 y ss.; DUPEYROUX, Henri, “Sur la généralité de la loi” en *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, ps. 137 y ss.; JOSSEMAND, Louis, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, Dalloz, 1937, ps. 1 y ss.

(51) DABIN, Jean, *Droit de classe et droit común*, cit. p. 71.

(52) LORENZETTI, Ricardo L. “El espíritu del derecho civil moderno (La tensión entre personas, economía y dogmatización)”, *La Ley* 1992-C, 1098.

(53) HILLMAN, Robert A. *The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 273.

(54) PATTI, Salvatore, “Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni”, en *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civile*, 2008, ps. 735 y ss.; CASTRONOVO, Carlo, “Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema”, en *Europa e Diritto Privato*, 2005, 4, ps. 397 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos en general en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998 (estudio comparativo con la ley 24.240 de Tutela al Consumidor)”, en *JA*, 2000-II-786; del mismo autor: “Del micro al macro sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, en *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, T. 2009-1, ps. 7 y ss.; HERNÁNDEZ, Carlos A. “Hacia la generalización de algunas soluciones del régimen de defensa del consumidor (El diálogo entre el derecho común y el derecho del consumidor)”, en *Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Santa Fe, 2005, ps. 183 y ss.

Precisamente por ello, urge al jurista contemporáneo *salvar a la parte general* del contrato ordenándola con una *sustantiva racionalidad*⁽⁵⁵⁾ que la (re)posicione como guardián de la coherencia del derecho contractual.

No se trata de volver a una teoría general como un *jus unum*, ni, desde el plano de la técnica legislativa, de la agregación infinita de “nuevos” tipos contractuales en el Código —que por otra parte, debido a la imposibilidad del legislador de prever la innovación contractual, sólo resulta un recurso destinado a la inevitable obsolescencia— sino más bien de *repensar la parte general del contrato* de modo tal que se halle en condiciones tanto de afrontar la armonización, atenuando las discordancias entre los derechos especiales como, frente a las “fallas” o las lagunas de éstos, a favorecer la corrección o la completitud del derecho de los contratos.

Tiempo atrás, la preocupación que abrazaba la doctrina era la armonía de la parte general con los contratos especiales regulados en el *mismo código*. La actualidad, con los derechos especiales en el centro de la experiencia jurídica, nos depara un escenario mucho más disruptivo: la relación entre Constitución, tratados internacionales, Código Civil y leyes especiales⁽⁵⁶⁾. Con el agravante que, a diferencia de aquél, éste, lejos está de poder ser articulado exclusivamente con el empirismo jurisprudencial o con el recurso mecánico a adagios como *speciali generalibus derogant* (cuyo alcance cada vez parece más incierto) o de la *norma más favorable* (para cuya apreciación se discute si debe serlo en concreto o en abstracto, en favor o no de la divisibilidad del régimen, etcétera).

El camino a recorrer pues, tiene otra espesura. Implica —como afirma Lorenzetti— sustituir la tradicional noción de antinomia, con los principios tradicionales de conflictos de normas, *por otros criterios*, basados en juicios de ponderación y en el diálogo sistemático de coherencia para expresar cómo las nociones generales se construyen a

(55) MARTINS COSTA, Judith, “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”, en *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*, Porto Alegre, 2010, p. 89, en un elaborado ensayo en el cual se expone este criterio en un contexto aún más amplio del derecho privado. Impecables las consideraciones de: ALTERINI, Atilio Aníbal, “Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno”, La Ley, 1998-B, 1172.

(56) Reflexivamente ya en su momento: IRTI, Natalino, “Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)”, en *Riv. Dir. Civile*, 1979, ps. 10 y ss.

partir de una pluralidad de fuentes que hay que hacer *dialogar* entre sí⁽⁵⁷⁾.

De ser así, sería precisamente la parte general la destinada a aportar —como *container* de una nueva estructura argumentativa— el mayor compromiso con los valores e, *in primis*, con la propia justicia contractual y la axiología constitucional.

2. CONTRATO, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

La vinculación entre la teoría contractual y los derechos fundamentales constituye sin dudas otro capítulo que se agrega, no sin cierta perplejidad para el jurista contemporáneo, como reflejo de esta incesante constitucionalización de la cultura jurídica⁽⁵⁸⁾.

El contrato, paradigma de los negocios patrimoniales, desde hace años, y cada vez con más intensidad parece haberse convertido en portador de una suerte de *tensión entre la utilidad y los derechos inherentes a la persona*⁽⁵⁹⁾. La realidad contractual muestra que no es infrecuente que los particulares consientan en limitar derechos fundamentales o personalísimos por contrato!

El problema cuenta con singular importancia. No se trata de considerar el alcance de la *vexata quaestio* de los intereses extrapatrimoniales como objeto de la obligación [arg. art. 1169 Cód. Civil argentino] sino, de un fenómeno ciertamente alarmante: *la persona como objeto del contrato*⁽⁶⁰⁾.

(57) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos*, cit. p. 164 (énfasis añadido).

(58) Perplejidad que, por ejemplo, ha llevado a una autorizada doctrina a considerar que “le droit des contrats, ‘saisi’ par les droits fondamentaux” implica o podría llevar a, “remettre en cause profondément l’architecture même du droit des contrats” (JAMIN, Christophe, “Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux”, en *Repenser le contrat*, Dalloz, París, 2009, p. 177).

(59) Véase el bien logrado trabajo de FRUSTAGLI, Sandra A. “El contrato como marco de tensión entre utilidad y derechos de la personalidad” en *Rev. Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Bs. As., 2010-VII, 24; LIMA MARQUES, Claudia, “Contratos no Código de Defensa do Consumidor”, *RT*, San Pablo, 2006, ps. . 255 y ss. con admirables acotaciones sobre el tema; asimismo, la excelsa obra de: TOBIAS, José, *Derecho de las Personas*, La Ley, Bs. As., 2009.

(60) La expresión del texto es en cierto modo metafórica pues, en rigor, se trata de supuestos en los cuales a través del contrato (*rectius*: acto jurídico) y de forma positiva o negativa se dispone o compromete total o parcialmente el bien objeto del derecho personalísimo o del derecho fundamental con aptitud para comprometer la realización de la persona [con precisión de conceptos y terminología: CIFUENTES,

No caben dudas que el contrato —o en su caso la *negativa a contratar*— puede incidir sobre derechos fundamentales de la persona, como la vida, la salud, la intimidad, el honor, la educación, la libertad, etc., cuando los mismos aparecen involucrados en la operación jurídica que conforma su objeto.

Para dar una idea de la complejidad del tema, conviene dar algunos ejemplos: Un colegio religioso decide no renovar el contrato de una profesora de catequesis invocando que ésta contrajo matrimonio con un divorciado ¿puede la maestra exigir su contratación invocando los DF a la libertad de culto y al trabajo?⁽⁶¹⁾; ¿El derecho fundamental a la libertad de expresión ampara al empleado de una empresa, para hacer propaganda negativa de los productos de la misma? ¿Un shopping puede impedir que en su interior se exteriorice en contra de una marca instalada en el hipermercado? ¿Puede un gimnasio que funciona como “exclusivo para mujeres” rechazar el ingreso de un travesti? ¿O el derecho fundamental a la no discriminación impone la obligación de contratar sobreponiéndose a la libertad contractual del dueño del gimnasio?⁽⁶²⁾. ¿Puede un contrato de *reality show* pre-

Santos, *Derechos Personalísimos*, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 2008, p. 171; y las apreciaciones, siempre pertinentes, sobre la persona como objeto del acto jurídico de BUERES, Alberto J. *El objeto del negocio jurídico*, Hammurabi, 1986, p. 59, y más adelante, p. 65 aclarando que “los contratos vinculados con los derechos personalísimos versan sobre hechos o bienes y no sobre la persona”. Sin embargo, desde otra óptica se ha dicho que: “No hay que pensar que el asumir una, ‘persona’ como ‘objeto’ de una relación sea de suyo disminuirla u ofender en cualquier modo su condición de sujeto, desconocer su ‘personalidad humana’. Todo depende de la naturaleza de la relación: es ciertamente inadmisibles considerar a la persona como objeto de relaciones jurídicas patrimoniales, pero si la relación tiene finalidad en consonancia con la naturaleza humana no hay ya razón para ofenderse o experimentar repugnancia alguna por ello” (BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, trad. de Sentís Melendo, Bs. As., EJEA, tomo 1, p. 284; asimismo, sobre el tema las disertaciones de los Dres. Roberto Greco, José M. Gastaldi y Francisco De la Vega en “Tutela de la persona: contratos relativos a la persona y a su cuerpo”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n. 830, julio-septiembre 1991 ps. 550/563.

(61) El caso fue resuelto en España por el Tribunal Constitucional Pleno, 14-4-2011, a favor de la profesora. Según el TC, “la decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida “queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar” y que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión “no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente, dentro del respeto a las reglas de orden público interno español, su estado civil”.

(62) El caso fue resuelto, a favor del denunciante, por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. Ministerio de Justicia, Se-

ver en una cláusula la renuncia al ejercicio de derechos políticos de uno de los contratantes impidiéndole participar en política por un lapso de meses aún después de finalizado el show⁽⁶³⁾? ¿Incorre en una discriminación arbitraria el padre que testa en la porción disponible en beneficio de sus hijos varones y no de su hija? ¿Afecta el derecho fundamental a la vida privada la cláusula inserta en un contrato de locación que prohíbe al locatario hospedar en forma no temporaria a personas no vinculadas parentalmente?⁽⁶⁴⁾ ¿Pueden los estatutos de una asociación civil establecer que sólo podrán formar parte de ella los individuos de una determinada etnia? ¿Se estaría violando el derecho a la igualdad? Una empresa que suministra bienes y servicios, ¿carece de las posibilidades de establecer con sus clientes el precio y las condiciones de los mismos, una vez que los haya fijado con el primero, porque todos los siguientes tienen el derecho constitucional a ser tratados de manera igual? ¿El derecho a la libertad ideológica permite a un profesor de una escuela privada enfocar su enseñanza en contra radicalmente del ideario de dicho centro educativo? ¿Una empresa de transporte público que sólo contrata choferes varones puede ser obligada por mujeres a contratar también con ellas?⁽⁶⁵⁾

Por cierto no resulta fácil una contestación categórica a estos interrogantes sobre todo porque los derechos fundamentales fueron concebidos originariamente para ser ejercitados frente a los poderes públicos, y no frente a los restantes particulares⁽⁶⁶⁾.

guridad y Derechos Humanos de la Argentina, dictamen 104/08, 19 de mayo de 2008.

(63) GORZONI, Paula, “Direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso dos reality shows”, en Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 25, 2010, p. 211.

(64) Estos son los hechos del *leading case* de la Corte Suprema italiana (Casación Civil, sala III, 19/6/2009, sentencia n. 14.343) en el cual, analizando la relación entre autonomía negocial y valores constitucionales, la Corte anula la cláusula por considerarla atentatoria de (a) el derecho del locatario a ejercer su solidaridad a través de la hospitalidad social; Y (b) porque dicha cláusulas también afecta el derecho personalísimo a la vida privada en tanto implica una ilegítima intromisión del locador en las relaciones individuales en el interior del inmueble.

(65) El caso fue planteado ante un tribunal de Salta, Argentina que rechazó la acción de amparo [CJ Salta, 6/6/2010, “Sisnero, Mirtha”, en LLNOA, 2011 (febrero), 15; con nota de Liliana N. Picón]. Para un análisis de casos jurisprudenciales argentinos, véase el muy bien logrado trabajo de KIPER, Claudio, “Autonomía de la voluntad y discriminación”, en Rev. Derecho de Familia y de las Personas, Bs. As., La Ley, 2010, n° 6, ps. 187 y ss.

(66) Con singular claridad: LÓPEZ y LÓPEZ, A. M. *Derecho Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, ps. 557 y ss.

Sin embargo, la idea de que los derechos fundamentales resultan sólo oponibles al Estado, sin relevancia para el derecho privado, es otro mito que también ha quedado superado. Ya no se discute que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales tienen también *eficacia horizontal* en las relaciones entre particulares⁽⁶⁷⁾. Como afirma Lorenzetti, el efecto horizontal de los derechos fundamentales es una realidad en numerosos ordenamientos que plantea la necesidad de un *contrato ajustado a los parámetros constitucionales*⁽⁶⁸⁾.

Tanto ello es así, que discutir la dialéctica entre autonomía privada y principios constitucionales puede resultar, en cierto modo, una tarea inconsecuente⁽⁶⁹⁾. En efecto, si la autonomía privada es la facultad otorgada a los particulares de crear una regla, *tertium non datur*, o se ubica a esta regla en paridad con la ley formal y en consecuencia queda sometida a los principios constitucionales, o se la emplaza en un grado de dependencia de la norma, en cuyo caso, *a simili*, y con mayor razón, también queda sometida a estos principios.

Por lo tanto, si se quiere, el problema central es otro y podría plantearse de este modo: ¿en las relaciones contractuales, los particulares son *sujetos pasivos* de los *derechos subjetivos fundamentales*? En su caso ¿cómo y con qué intensidad los derechos fundamentales son aplicables en las relaciones privadas y, particularmente, en las relaciones obligacionales? Puesto de otra manera: ¿la norma constitucional que consagra un derecho fundamental se puede aplicar de forma *inmediata* al contrato? ¿O por el contrario, la operatividad de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales es *indirecta y mediata* debiéndose concretar a través de instrumentos y reglas propias del derecho civil como las cláusulas generales o los conceptos indeterminados tales como la buena fe, el orden público o el abuso del derecho?

En cierta forma —podría argumentarse— los derechos fundamentales en el ámbito del *derecho contractual* se muestran siempre en conflicto, porque frente a su pretendida eficacia se alza siempre otro

(67) MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria geral do Direito Civil*, 3ª ed., Coimbra, 1999, p. 73.

(68) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2004, p. 113.

(69) COSTANZA, María, “Nostalgia dell'autonomia privata”, en *Contratto e costituzione in Europa*, Cedam, 2005, p. 151.

derecho fundamental, el derecho a la *autonomía personal* de la otra parte⁽⁷⁰⁾.

¿Cómo conciliar pues, esta tensión congénita de principios que se presenta en la teoría contractual moderna?

Creo, ante todo, que lo primero es reconocer que entre particulares, la aplicación de los derechos fundamentales debe ser coordinada con los principios estructurales y los valores propios del derecho privado⁽⁷¹⁾. Resultaría harto discutible, por no decir peligroso, en consecuencia, una transposición mecánica e incondicionada de los mismos al campo de las relaciones contractuales privadas. No se puede olvidar que lo que está en juego es el frágil equilibrio entre estos derechos y libertades y el principio de autonomía, sobre el que se vertebra si no todo, al menos gran parte del derecho privado⁽⁷²⁾. Una aplicación indiscriminada de los derechos fundamentales en estas relaciones obligacionales implicaría el riesgo de ahogar la *libertad contractual*.

No hará falta aclarar, por cierto, que esto no implica afirmar una independencia del derecho privado frente a los derechos fundamentales, lo que equivaldría a postular —como muchas veces se ha repetido— un *derecho a doble ética*⁽⁷³⁾; sino, en todo caso, de considerar que si bien de la Constitución se puede derivar la necesidad de proteger determinados valores, en principio, corresponde *prioritariamente* al derecho privado concretar el alcance, el modo y los medios conforme a los que se debe articular esta protección⁽⁷⁴⁾.

Bajo esta luz, pueden ubicarse a las *cláusulas generales* como instrumentos idóneos para canalizar la incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones contractuales⁽⁷⁵⁾.

(70) HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Civitas, Madrid, 2001, p. 60.

(71) BILBAO UBILLAS, José María, “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales”, en *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, San Pablo, 3ª ed., 2010, p. 288.

(72) BILBAO UBILLAS, J. M. loc. cit. p. 288.

(73) GOMEZ CANOTILHO, J. ob. cit. p. 1294.

(74) Sobre el debate entre las diferentes posturas: NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 176.

(75) CANARIS, Claus Wilhelm, *Direitos fundamentais e direito privado*, Almedina, 2003, ps. 53 y ss., MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito civil Português*, Almedina, Coimbra, 2000, T. 1, ps. 204 y ss.

Pero al margen de ello, y consciente de las dificultades que encierra el tema⁽⁷⁶⁾, me temo que el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en el derecho privado tiende hoy a una superación de la dicotomía eficacia mediata/inmediata a favor de *soluciones diferenciadas* y adecuadas al derecho fundamental que se encuentra en *causa* en el *caso* concreto, tomando en consideración la especificidad del derecho privado por un lado, y el significado de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, por el otro⁽⁷⁷⁾.

Si se quiere, en el derecho contractual privado, la eficacia de los derechos fundamentales es *una cuestión de grados*⁽⁷⁸⁾.

En suma, los derechos fundamentales, en su aplicación a las relaciones contractuales del derecho privado, no pueden aspirar a una aplicación mecánica y rígida, debiendo por el contrario conciliar su alcance con los principios propios del derecho contractual. Con lo cual, a la postre, la eficacia definitiva de un derecho en este ámbito será el resultado de un *juicio de ponderación* entre los derechos en tensión que puedan presentarse en el caso concreto⁽⁷⁹⁾.

Llegados a este punto, ¿es posible suministrar criterios que orienten la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales privadas?⁽⁸⁰⁾. Creo que se pueden avanzar algunas pautas orientadoras.

En primer lugar —y al margen de los casos en los cuales la Constitución expresamente consagra derechos de operatividad directa con eficacia frente a otros particulares (*v.gr.* arts. 41 y 42 CN de Argentina)⁽⁸¹⁾— la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones obligacionales de derecho privado —como se anticipó— debe

(76) SANTOS SOMBRA, Thiago Luis, *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico privadas*, Fabris Editor, San Pablo, 2004, p. 82 sobre las dificultades del problema.

(77) Por esta vía: GÓMEZ CANOTILHO, José J. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, ps. 1154 y más adelante p. 1289.

(78) LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *Derecho Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 559; MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria geral do Direito Civil*, cit., ps. 73 y ss.

(79) Sobre la ponderación en casos de principios competitivos, admirablemente: LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal, Bs. As., 2006, ps. 262 y ss.

(80) Véase RIVERA, Julio C. “El derecho privado constitucional”, en *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, n° 7, ps. 33 y ss.

(81) Véase: LORENZETTI, Ricardo L. “Nuevas fronteras del abuso de derecho (Situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo)”, *La Ley*, 1995-E, 593 *in fine*.

articularse *preferentemente* a través de las normas del derecho privado que reproducen su contenido (*v.gr.* normas sobre derechos personálísimos). En segundo lugar, de no existir una norma que regule directamente la situación, el juez podrá recurrir a las *cláusulas generales* y *conceptos indeterminados* cuyo contenido, como sabemos, se nutre de los valores constitucionales. Por último, excepcionalmente, de no darse los casos anteriores, el intérprete podrá apelar a la *cláusula de clausura del sistema de protección de los derechos fundamentales*, permitiéndose, previa ponderación, una eficacia inmediata de la norma constitucional portadora de un derecho fundamental en la relación jurídica concreta.

Habrán supuestos, va de suyo, en los cuales este tipo de penetración de los derechos fundamentales en el ámbito contractual deberá acentuarse.

Ello sucedería, primeramente, en los casos de *contratación con disparidad sustancial entre las partes*, es decir, cuando *el abuso de una posición dominante* por una de las partes convierte a la relación jurídica en *asimétrica*⁽⁸²⁾. El criterio es que, cuanto mayor sea la *desigualdad de facto* entre los sujetos de la relación (*v.gr.* contratos de consumo, monopolio, servicio esencial) menor es la restricción tolerable del derecho fundamental de la parte “débil” y, correlativamente, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible⁽⁸³⁾.

En segundo lugar, la penetración de los derechos fundamentales en las relaciones contractuales será más incisiva en supuestos en que el sujeto privado haya asumido una obligación de garantía mínima de

(82) LOMBARDI, Giorgio, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, ps. 85 y ss. para quien es necesario que se verifique dos condiciones: a) el abuso de un poder privado o, “supremazia privata”; y b) que los instrumentos del derecho común no ofrezcan adecuadas garantías para la protección del débil en el caso concreto (ps. 88 y 89). El caso típico —pero no único— es el contrato de trabajo en cuyo marco, dicho sea de paso, vio la luz la drittwirkung en Alemania a través del prestigioso juez y civilista Nipperdey. Recientemente la Corte Suprema de Argentina (con disidencia parcial) se pronunció en un reclamo por despido discriminatorio haciendo mención expresa a la drittwirkung y acogiendo el reclamo de reinstalación de los dependientes: CS 7-12-2010, “Alvarez”.

(83) BILBAO UBILLAS, J. M. “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales”, en *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, cit. p. 290; para VEIRA DE ANDRADE, José Carlos, “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações particulares”, en *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 252, esta sería una conditio sine qua non para que los derechos fundamentales puedan aplicarse entre particulares en forma directa.

un derecho fundamental (*v.gr.* contrato de medicina prepaga, etc.)⁽⁸⁴⁾. En efecto, cuando el objeto contractual se vincula con bienes que hacen al “*patrimonio mínimo de la persona*”, el principio general de la justicia conmutativa que orienta la distribución de riesgos en el contrato cede a favor de puntuales y limitadas respuestas *distributivas* que no impliquen, obviamente, la desnaturalización de la correspondencia sistemática de las prestaciones⁽⁸⁵⁾.

Finalmente, la incidencia de los derechos fundamentales en la relación contractual será más intensa cuando es la propia *dignidad de la persona* la que se ve directamente afectada⁽⁸⁶⁾. La dignidad humana, en tanto *contenido esencial del Derecho*, no podría quedar axiológicamente subordinada a la *autonomía de la voluntad* sin una justificación suficiente. El límite de libertad de actuación individual o de autodeterminación está, precisamente, en que no se perjudique *intolerablemente la dignidad de la persona humana*⁽⁸⁷⁾. Como lo ha reconocido la Corte Suprema de la Argentina, “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”⁽⁸⁸⁾.

Es cierto, a nadie se le puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Está claro que una persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (art. 19 de la Constitución Nacional)⁽⁸⁹⁾. Como también es claro que el negocio jurídico, siendo un instrumento de autodeterminación, es, por naturaleza, un medio de expresión de las preferencias subjetivas, de la libertad emocional y de sentimientos discrecionales

(84) LORENZETTI, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2006, p. 125.

(85) LORENZETTI, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial*, cit., p. 156; FIDALGO PINHEIRO, Rosalice, *Contrato e direitos fundamentais*, Jurua, Curitiba, 2009, p. 145; MOLFESSIS, Nicolas, “La dignité de la personne humaine en droit civil”, en *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Marie Luce Pavia et Thierry Revet, Economica, 1999, p. 117, en términos de un “mínimo vital”.

(86) BILBAO UBILLAS, J. M. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1997, p. 369.

(87) RAYNAU, Julien, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2003, p. 131 n° 130; VEIRA DE ANDRADE, José Carlos, ob. cit., p. 241.

(88) CSJN, Fallos: 316:479.

(89) Voto del Juez Lorenzetti en el fallo de la CSJN, “Arriola” del 25/8/2009, considerando 13°.

jurídicamente no controlables por criterios de razonabilidad. Pero esa libertad deja de justificarse cuando su ejercicio atenta *intolerablemente* contra la dignidad humana⁽⁹⁰⁾. La *renuncia* o *abdicación* de un derecho fundamental o personalísimo (*v.gr.* imagen, libertad, integridad física, privacidad, etc.) en el marco de un contrato es siempre, por así decirlo, *ad referéndum* del *orden público humanista*⁽⁹¹⁾ que enerva cualquier acuerdo que implique la *deshumanización* o *cosificación* de la persona humana involucrada.

Es un corolario del régimen de la *abdicación* en el derecho privado en el cual rige la regla de la disponibilidad de los derechos (o facultad) aunque provengan de normas imperativas, salvo que esté interesado el *orden público* o una norma expresa consagre su irrenunciabilidad (arts. 19 y 872 Código Civil). Del mismo modo que el ordenamiento permite las convenciones sobre los derechos *salvo* que se afecte al orden público o las buenas costumbres (art. 21), o tengan una causa u objeto ilícitos (arts. 502, 953) o recaiga sobre un *bien fuera de comercio* por estar prohibida su enajenación (art. 2336)⁽⁹²⁾.

Con mayor adecuación específica al tema, en un intento verdaderamente significativo para la modernización de la teoría contractual, el reciente proyecto liderado en Francia por François Terré, además de prohibir las cláusulas contrarias al orden público y las buenas costumbres, especifica, en una cláusula separada, que “*no se puede afectar las libertades y derechos fundamentales sino en la medida indispensable para la protección de un interés serio y legítimo*”⁽⁹³⁾.

(90) SOUSA RIBEIRO, Joaquim, *Direito dos contratos*, Coimbra, 2007, p. 30; Desde el plano del derecho positivo argentino, además, el artículo 19 de la Constitución de la República Argentina expresa que: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública... están... exentas de la autoridad de los magistrados”.

(91) MAYO, Jorge, “Persona humana y dignidad. El orden público humanista”, en *Rev. de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Bs. As., diciembre de 2010, ps. 238 y ss.; sobre el tema también, las ideas de: RIVERA Julio C. “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, en *La Ley*, 1983-D, 846.

(92) Sobre la renuncia: COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, Abeledo-Perrot, 3ª ed., Bs. As., 1961, n° 858, p. 588, aclarando que la renuncia siempre es “abdicativa” y no traslativa, motivo por el cual —sostiene correctamente el A.— metodológicamente es materia que debe legislarse en el libro preliminar o en la parte general si la hubiere; NERSON, Roger, *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, París, 1939, p. 418, con un escenario normativo semejante en Francia.

(93) *Pour une réforme du droit des contrats*, Academie des sciences morales et politiques, 2008, art. 4.

Que la norma esté emplazada en el ámbito contractual es significativo. Da cuenta, en una sociedad cada vez más permeable a la *mercantilización del ser humano*, de un uso *nihilista* del contrato.

Precisamente por ello —reiteramos— la *autodeterminación*, como reflejo de la autonomía personal, resulta insuficiente, *por sí sola*, para validar la abdicación de un derecho fundamental⁽⁹⁴⁾.

Indirectamente lo intuía Josserand cuando a principios del siglo XX predicaba sobre la posibilidad de una “responsabilité envers soi même”!⁽⁹⁵⁾. Tantos años después, el Derecho, cada vez más, ahonda esta nueva dimensión desatendida en el pasado: proteger los intereses del individuo no ya de las agresiones del *otro*, sino, paradójicamente, de *sus propias decisiones*.

De este modo, precisamente, algo que parecía inequívoco para la teoría jurídica se ha vuelto arduo y controvertido: precisar quién es el “*otro*” al que hace referencia el principio de no dañar⁽⁹⁶⁾.

Los ejemplos más sensibles son los *contrats déshumanisant*. En el derecho comparado se han juzgado algunos casos emblemáticos de contratos denunciados por tratarse de *exhibiciones humanas degradantes*⁽⁹⁷⁾. En Francia, tuvo lugar el famoso caso de “Manuel Wackenheim” relativo a un contrato de *espectáculo de lanzamiento de persona con nanismo* (“dwarf tossing”), invalidado sobre la base de que la dignidad es un valor objetivo inderogable sustraído a la libre disponibilidad del individuo⁽⁹⁸⁾; y en Alemania, por su parte, fueron nulificados los contra-

(94) RAYNAU, Julien, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, cit. p. 177: “el consentimiento no puede constituirse en elemento clave para juzgar de la validez de una afectación a los derechos fundamentales”.

(95) JOSSERAND, Louis, *La responsabilité envers soi même*, en Dalloz Hebdomadaire, 1934, ps. 73 y ss.

(96) Si durante siglos el *alterum non laedere* contaba con certeza sobre ese “*alterum*”, hoy, superada la visión antropocéntrica, es precisamente el destinatario del principio el punto más agitado de su alcance. Así, por caso, se discurre sobre nuevos sujetos pasivos del “no dañar”: el propio consintiente, la naturaleza, las generaciones futuras, la pluralidad de afectados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, los animales, el sujeto fallecido (el honor del), el ambiente, etc.

(97) Hace medio siglo, un jurista atento al tema, había sugerido la invalidez de las “exhibiciones humanas degradantes” no obstante el beneficio económico para el sujeto pues, la “curiosidad morbosa” no es un interés digno como para legitimar la exhibición. DECOCQ, André, *Essai d’une théorie générale des droits sur la personne*, LGLJ, París, 1960, nº 47, p. 38.

(98) Los detalles del caso: FRUMER, Philippe, *Le renonciation aus droits et libertés*, Bruylant, Bruselas, 2001, ps. 298 y ss.; La causa fue fallada primeramente por

tos de *chat lines* eróticas⁽⁹⁹⁾ y de *peep-show fall*, este último relativo a la exhibición pornográfica de una mujer encerrada en una cabina que es observada por espectadores a través de ventanas que se abren a medida que éstos ingresan sus fichas.

Estos ejemplos son significativos, no tanto porque se trataba de contratos que reducían la persona a *objeto mecanizado* —a diferencia del *strip tease*, aclara la sentencia⁽¹⁰⁰⁾— sino porque, en la especie, el alcance de la dignidad era controvertido por los propios interesados que *consentían expresamente* la actividad.

Cons. État, Ass., 27 octubre de 1995, Ville d'Aix-en-Provence, in D. 1996, jur., p. 177, con nota de G. Lebreton. Posteriormente llegó al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *Manuel Wackenheim v. France* Communication N° 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002). Wackenheim, que sufría de enanismo y se ganaba la vida ofreciendo un show en discotecas en el cual era lanzado, debidamente protegido con un traje especial, por asistentes del lugar, denunció, luego de quedar desempleado, que la prohibición del show afectaba su dignidad, su privacidad y su derecho al trabajo, acusando a Francia de haberlo discriminado en relación a otras ocupaciones. El Comité rechaza la demanda de discriminación por entender que “...the differentiation between the persons covered by the ban, namely dwarves, and those to whom it does not apply, namely persons not suffering from dwarfism, is based on an objective reason and is not discriminatory in its purpose. The Committee considers that the State party has demonstrated, in the present case, that the ban on dwarf tossing as practised by the author did not constitute an abusive measure but was necessary in order to protect public order, which brings into play considerations of human dignity that are compatible with the objectives of the Covenant. The Committee accordingly concludes that the differentiation between the author and the persons to whom the ban ordered by the State party does not apply was based on objective and reasonable grounds”. El texto completo puede consultarse en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html>.

(99) Caso, “Telefonsex” AG Essen 13 julio 1989, in NJW, 1989, p. 3162; En el mismo orden se inserta el contrato de participación en el conocido formato televisivo del Gran Hermano, en el cual los participantes adhieren a una “orwelliana” supresión de sus vidas privadas reduciéndose a objeto de un zoológico televisivo [véase: EDELMAN, B. *Quatre pattes, oui; deux pattes, non. Loft Story - une nouvelle fonction-auteur*, en Dalloz, 2001, chr., p. 2763 ss.,].

(100) Anulado por el BVerwG, 15 de diciembre 1981, in NJW, 1982, p. 664; confirmada por el BVerfG, 9 de julio de 1986, in NJW, 1987, p. 3246; Resulta de particular interés analizar cómo la sentencia se esfuerza argumentalmente en diferenciar el peep show del striptease. Básicamente, toma dos argumentos; “la atmósfera de un negocio mecanizado y automatizado” así como también el “aislamiento” de la mujer con respecto al espectador. En ese contexto el tribunal germano hace referencia a la introducción de una moneda para acceder a un lugar reservado, el mecanismo para abrir una ventanilla para mirar, el contacto visual unilateral, la falta de un control social de lo que ocurra en el recinto y la consecuencia necesaria de que la visión de la mujer desnuda motiva actos de onanismo por el voyeur (sobre el fallo, entre otros: HOERSTER, Norbert, “Acerca del significado del principio de la dignidad humana” en su libro: *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, 1992, p. 100).

Estos casos atraen las dudas. En primer término ¿corresponde proteger al hombre contra sí mismo? Después ¿es la dignidad un valor objetivo o subjetivo?⁽¹⁰¹⁾ ¿Se trata de un valor *meta individual* no renunciabile por el individuo, o sólo éste es libre de definir el horizonte de su dignidad? ¿Es susceptible de ser *balanceado* con otros principios como el de la “autodeterminación”?

La respuesta del tribunal alemán [*Bundesverwaltungsgericht*] fue categórica: la dignidad es un valor objetivo sustraído a la disponibilidad de la persona interesada. El sujeto, diríamos, es considerado por el tribunal no ya “acreedor” sino “deudor” del deber de respeto de su propia dignidad con relación a la totalidad del género humano. O como ha dicho un autor francés a propósito del caso del “lanzamiento del enano”, el fallo considera la dignidad no ya como *droit de l’homme*, sino más bien, cual *droit de l’humanité*⁽¹⁰²⁾. Desde esta visión antropológica, el individuo no podría *excluírse* de la humanidad: *el hombre no puede renunciar a su cualidad de hombre*⁽¹⁰³⁾.

Las sentencias pueden ser vistas laudatoriamente como reafirmando que el deber de respeto de la dignidad humana constituye un límite *también para el mismo destinatario de la garantía*. Otros, por el contrario, verán en estas sentencias un uso *fetichista* de la dignidad humana como técnica de legitimación de preferencias morales personales⁽¹⁰⁴⁾ y más específicamente, de las preferencias del *imperialismo*

(101) WRIGHT, George, *Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non-Coercively*, en Boston University Law Review, 1995, p. 1397 y ss.

(102) JORION, Benoît, “La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif”, en Revue du Droit Public, LGDJ, 1999, p. 214.

(103) MAURER, Beatrice, *Le Principe de Respect de la Dignité Humaine et la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, La Documentation Française, París, 1999, p. 55; «Il n’existe pas de droit subjectif à la dignité, auquel son titulaire pourrait, par définition, renoncer; en revanche l’individu doit pouvoir s’opposer à ce qu’on y porte atteinte, et exiger réparation en cas de dommage».

(104) Desde esta óptica, es decir para aquellos que ven el concepto de dignidad humana como juicio moral relativo, se objeta lo paradójico de la prohibición del peep show comparándola con la permisión del boxeo en el cual dos sujetos, a cambio de dinero, ponen en juego su salud ante una masa anónima para excitar los nervios de los espectadores o satisfacer su afán de sensaciones (HOERSTER, Norbert, *Acerca del significado del principio de la dignidad humana*, cit. p. 101), o la condescendencia para con la prostitución (CAYLA, Olivier, “Dignité humaine le plus flou des concepts”, Le Monde, 31 janvier 2003, consultable en <http://www.philolog.fr/dignite-humaine-le-plus-flou-des-concepts-olivier-cayla/>). Precisamente por esto, terminan por considerar a la dignidad como una fórmula vacía empleada como vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad

cultural de occidente⁽¹⁰⁵⁾. Otros, en fin, verán los fallos como *instrumentos peligrosos de normalización de comportamientos* —aquello que Foucault denominaba “poder de normalización”⁽¹⁰⁶⁾, o incluso, como instrumentos de imposición de valores dominantes en un determinado ambiente social⁽¹⁰⁷⁾.

La dificultad del derecho para definir la dignidad humana tiene su explicación. Definir la dignidad equivale a determinar aquello que hace a la *humanidad de un ser humano*. La definición filosófica de la dignidad de la persona depende, por ende, de la concepción que se tenga del hombre.

Es el problema antropológico de la autonomía personal. En efecto, para una visión liberal, el valor objetivo de la autonomía hace que las preferencias subjetivas del individuo, que no contradigan ese valor, deben ser respetadas aun cuando sean consideradas, por la mayoría⁽¹⁰⁸⁾, como incorrectas. Otros, a diferencia, desde una perspectiva

de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual. Para una mirada difidente de estos argumentos: SAGUÉS, Néstor P. “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en JA, 1994-IV-904, afirmando que “es inevitable que la Constitución emplee conceptos cuyos contenidos poseen una naturaleza ética, moral o ideológica variable y a veces opinable”.

(105) Sobre esta problemática, en un ensayo admirable: GLENDON, Mary Ann, “La visione dignitaria dei diritti sotto assalto”, en *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubbettino, Catanzaro, 2007, p. 74.

(106) FOUCAULT, Michel, *Los anormales (Curso en el Collège de France)*, FCE, Bs. As., 2007.

(107) Parecen atinadas las observaciones de aquellos que vieron el fallo francés del “lanzamiento del enano”, como la incapacidad actual del Derecho para pensar las relaciones del cuerpo con la persona, de reproducir una lectura medicalizada del discapacitado nacida durante el siglo XIX en el contexto del higienismo triunfante, que no veía en el cuerpo más que un instrumento de lectura de la persona que éste representa [FROMENT Jean-Charles, “Composantes jurisprudentielles de la notion d’ordre public. Police et dignité humaine (C.E., Ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge; Ville d’Aix-en-Provence)”, RDP, 1996, II, ps. 549/564]. En nombre de la persona, abstracción metafísica —también se sostuvo razonablemente— se excluye un cuerpo de la sociedad [MARTENS, Paul, “Encore la dignité humaine: réflexions d’un juge sur la promotion par les juges d’une norme suspecte”, en *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 575].

(108) Sobre la incorrección de medir los principios por mayorías: meritoriamente anticipado: NIETO BLANC, Ernesto, *Orden Público*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1960, p. 16; recientemente; LÍPARI, Nicolás, loc. cit. p. 644; La CSJN, entre otros fallos, in re, “Arriola”, cit. ha dicho que “los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias” (cons. 34); Ley 26.305 Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales dispone en su art. 3. La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones

filosóficamente perfeccionista, dan por descontado que objetivamente existen proyectos o planes de vida que tienen un valor jerárquicamente superior a los que los individuos tienen según la sugerencia de sus propios deseos o preferencias. La obligación del Estado —para este enfoque— es ejecutar el poder de tal forma de alentar y promocionar los primeros y respecto de los segundos desalentarlos o impedir que se logren⁽¹⁰⁹⁾.

Como quiera que, la noción de dignidad de la persona —relativamente nueva en la teoría jurídica⁽¹¹⁰⁾— ha ingresado *de modo expreso* al derecho constitucional argentino a través de su recepción en los tratados internacionales con jerarquía constitucional⁽¹¹¹⁾. Sin embargo, esta *recepción*, por así decirlo, de un principio ético y filosófico en el derecho positivo no está exenta de dificultades⁽¹¹²⁾. Como ha sido

culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos”.

(109) Sobre ambas posturas, ampliamente: NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Astrea, Bs. As., 2007, ps. 204 y ss.; SISINI, Julio N. “El valor autonomía personal: privacidad e intimidad en la Constitución Nacional”, en BIDART CAMPOS G. y GIL DOMÍNGUEZ, A. *Los valores en la Constitución Argentina*, Ediar, Bs. As., 1999, ps. 241 y ss.

(110) PEYRANO, Guillermo F. “Bioética, dignidad y derecho”, JA, 2003-III-1034; SAGUÉS, Néstor P. “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, en JA, 1994-IV-904; GRACIA, Diego, “¿Es la dignidad un concepto inútil?”, JA, 2008-IV-1055.

(111) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, “la dignidad intrínseca de la persona humana”; Convención sobre los Derechos del Niño, “dignidad humana”; Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, “dignidad humana”; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, “Dignidad de la persona humana”; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, “dignidad inherente de la persona humana”; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (art. 11)”, “a la dignidad inherente al ser humano” (art. 5º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”, “dignidad inherente al ser humano” (art. 10); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad (art. 13); la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”; Declaración Universal de Derechos Humanos, “la dignidad intrínseca” (preámbulo), “dignidad humana” (art. 23); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, “Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad” (preámbulo), “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros” (preámbulo).

(112) JORION, Benoit, “La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d’une règle morale dans le droit positif”, en *Revue du Droit Public*, LGDJ, 1999,

observado, es mucho más fácil aprehender la dignidad *intuitivamente* como noción cultural que precisarla como paradigma jurídico⁽¹¹³⁾.

Coincido con Nino⁽¹¹⁴⁾ en que la relación entre el principio de autonomía y el de dignidad de la persona no es del todo clara. Si se considera que la dignidad es un atributo de la autonomía personal, la consecuencia lógica es que cada uno, como hombre esencialmente libre, elige su horizonte vital y, naturalmente, define su propia dignidad. Porque es libre de definir lo que es bueno y malo para él, puede por lo mismo definir aquello que es susceptible de afectar su dignidad.

Por el contrario, si se razona de modo inverso, considerando a la autodeterminación como atributo de la dignidad, la invocación de la dignidad inherente al hombre puede servir para limitar su libertad, pero en este caso queda abierta la cuestión de saber qué es la dignidad y, fundamentalmente, quien es el encargado de definir su contenido.

En esta relación conflictiva y de contornos imprecisos, entre la dignidad y la autonomía personal reside, a mi entender, uno de los aspectos más delicados de la teoría de los derechos fundamentales en su vinculación con el contrato⁽¹¹⁵⁾.

La propia noción de dignidad, como todo *concepto-dimensión*, no está exenta de los riesgos de una *substantial manipulation*⁽¹¹⁶⁾, ni —desde luego— de una controversia ética⁽¹¹⁷⁾. Es el problema de los *textos abiertos*: riqueza semántica y complejidad aplicativa.

El propio accionante —en el caso del lanzamiento— Manuel Wackenheimer denunciaba en su recurso que la sentencia lo había devuelto, indignamente, a su condición anterior de “enano solitario y desocupa-

p. 215.

(113) LIPARI, Nicolò, “Diritti fondamentali e ruolo del giudice”, en *Riv. Dir. Civile*, 2010, p. 643; MARITAIN, Jacques, “Introduction”, en “UNESCO, Human Rights: comments and Interpretation” consultable en <http://unesdoc.unesco.org>, que recordaba la famosa frase a propósito de los derechos humanos: “we agree about the rights, but on condition that no one asks why”.

(114) NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, cit. p. 291.

(115) CLAPHAM, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, 1993, p. 148.

(116) CAROZZA, Paolo, “Human dignity and judicial interpretation of human rights: a reply”, en *European Journal of International Law*, November, 2008, p. 932.

(117) HOERSTER, Norbert, *Acerca del significado del principio de la dignidad humana*, ob. cit., p. 99; VETTORI, Giuseppe, *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 38.

do". En nombre de la persona, abstracción metafísica —sostenía— se excluye un cuerpo de la sociedad⁽¹¹⁸⁾.

El debate es inagotable. Para algunos, la dignidad es la humanidad del hombre. Precisamente por ello, un individuo no podría, en ejercicio de su autonomía personal, excluirse de la humanidad⁽¹¹⁹⁾.

Así entendida, la dignidad humana trasciende al individuo singular, con sus puntos de vistas y preferencias, para transformarse en la *dignidad de la humanidad*.

¿Es ésta, una concepción *ontológica*, una aplicación *socio política* de la dignidad o una *opción ideológica*?⁽¹²⁰⁾.

Por esta última opción parece inclinarse el pensamiento *relativista*, que ve con preocupación a la noción de dignidad, ora como un concepto *vacío*⁽¹²¹⁾, ora como un instrumento *litúrgico y fetichista*⁽¹²²⁾.

El debate permanece abierto; quizás, filosóficamente, en la más angustiante de sus formas: como dos paralelas destinadas a no encontrarse jamás⁽¹²³⁾.

Más allá del uso controvertido que se haya hecho en los casos jurisprudenciales mencionados, entiendo que la dignidad, como parte del orden público, no sólo constituye un principio material de interpretación de los derechos fundamentales⁽¹²⁴⁾ sino que fun-

(118) MARTENS, Paul, "Encore la dignité humaine: réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte", en *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, p. 575.

(119) ELDELMAN, Bernard, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", en *La dignité de la personne humaine*, sous la direction de Marie Luce Pavia et Thierry Revet, Economica, 1999, p. 32.

(120) Sobre esta última opción, véase: SAGUÉS, Néstor P. "Dignidad de la persona e ideología constitucional" JA, 1994-IV-904.

(121) HOERSTER, Norbert, "Acerca del significado del principio de la dignidad humana" en su obra: *En defensa del positivismo jurídico*, cit. p. 99.

(122) CAYLA, Olivier, «Dignité humaine le plus flou des concepts», *Le Monde*, 31 janvier 2003, que se puede consultar en <http://www.philolog.fr/dignite-humaine-le-plus-flou-des-concepts-olivier-cayla>.

(123) Puede verse reflejado este contrapunto filosófico en los trabajos de: D'ORS, Alvaro, "La llamada "dignidad humana", La Ley, 1980-C, 978; y su antítesis en: BIDART CAMPOS, Germán J. La dignidad del hombre (natural o sobrenatural). (Comentarios a una tesis de Alvaro D'Ors), La Ley, 1980-D, 940.

(124) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Daños a la dignidad*, Astrea, Bs. As., 2011, T. 1, n° 3, ps. 7 y ss., en una de las obras más logradas sobre el tema.

damentalmente está destinada a servir de *reacción contra los excesos del mercado o el abuso de la ciencia*⁽¹²⁵⁾. Tanto, diría, que la dignidad se ha convertido en uno de los conceptos más usados y abusados de la literatura filosófica moderna, asignándosele —nada menos!— que la función de responder a los interrogantes sobre los límites de la licitud que plantean las innovaciones científicas y tecnológicas⁽¹²⁶⁾.

No me encuentra de acuerdo el escepticismo, aun noblemente sostenido, de aquellos que ven una dignidad sin contenidos mínimos, a la deriva de la subjetividad episódica y contingente. Ortega y Gasset decía con razón, que si no existe la verdad, no puede el relativismo tomarse a sí mismo en serio⁽¹²⁷⁾.

Por lo demás —y afrontando una última tesis— aun admitiendo la innegable importancia de la autodeterminación personal, frente a los contratos que exasperan el límite entre la dignidad humana y la autonomía privada, cobra actualidad la advertencia de un lúcido jurista argentino sobre el aforismo *volenti non fit injuria*: “pantalla de todas las iniquidades y explotaciones”⁽¹²⁸⁾. Es cierto: si se quiere tomar a la dignidad en serio, creo que habría que preguntarse ¿qué interés podría tener un individuo en renunciar a su dignidad sino es por una necesidad económica?

3. COLOFÓN

El derecho privado vive tiempos de materialización, de corrección de las desigualdades a través de la construcción de las *diferenciaciones*⁽¹²⁹⁾. Mientras tanto, el contrato, de su lado, busca su nueva identidad entre los nuevos principios que lo orientan y la influyente penetración de los valores constitucionales. Un proyecto de *Código Latinoamericano de los Contratos* puede constituir, sin lugar a dudas, una

(125) MEKKI, Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, París, 2004, p. 276.

(126) VETTORI, Giuseppe, *Diritto dei contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 38.

(127) ORTEGA y GASSET, José, *El tema de nuestro tiempo*, Revista de Occidente, Madrid, 1976, p. 34.

(128) LLAMBÍAS, Jorge J. *Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*. Universidad Nacional de Tucumán, 1968, nota al artículo 1020.

(129) KOUBI, Geneviève y ROMI, Raphael, *Etat, Constitution, Loi*, Editions de L'Espace, La Garenne Colombes, 1991, p. 199.

oportunidad para ir, *más allá de un mercado común*, hacia un nuevo *humanismo de los negocios*⁽¹³⁰⁾ a través de una *(re)personalización del derecho patrimonial*⁽¹³¹⁾.

(130) ALEGRIA, Héctor, "Humanismo y derecho de los negocios", en Rev. La Ley del 25/08/2004, ps. 1 y ss.

(131) CARVALHO, Orlando de, *Para uma teoria da relação jurídica civil. Seu sentido e limites*, Centella, 1981, p. 10.

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE Y EL DERECHO DE CONTRATOS (ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS)

Por Mariana BERNAL FANDIÑO⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio general de la buena fe. 2.1. Concepto. 2.2. Aplicaciones en el derecho contractual. 3. La doctrina de los actos propios. 3.1 Breves comentarios sobre la noción de actos propios. 3.2. Requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios. 3.2.1. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. 3.2.2. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatorio de la buena fe— existente entre ambas conductas. 3.2.3. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. 3.3. Límites de la doctrina de los actos propios. 4. Consideraciones finales. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Los principios generales del derecho son fundamento del ordenamiento jurídico, y tienen como funciones informar al derecho, orientar su interpretación e integrarlo.

Estos principios generales pueden aplicarse a todas las ramas del derecho, y constituyen un instrumento para que el juez pueda adaptar las normas a la realidad social y sus necesidades. Esto puede presentar dificultades por el riesgo de caer en la arbitrariedad y la inseguridad jurídicas, por lo cual la doctrina puede hacer un aporte importante como guía para evitar abusos en la interpretación y aplicación de las normas.

(1) Profesora investigadora del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

En materia de contratos consideramos que existen reglas que deben tenerse en cuenta al momento de pensar en una codificación latinoamericana, como lo son la excesiva onerosidad sobreviniente, la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho, la cláusula *rebus sic stantibus*, el enriquecimiento injusto, y la buena fe negocial, entre otros.

Es sobre esta última noción que se basa nuestro análisis, por considerar el principio de buena fe en su acepción objetiva como elemento fundamental del derecho de contratos y elemento indispensable para sentar las bases de una unificación en el derecho de contratos en Latinoamérica⁽²⁾.

En Europa conocemos diferentes experiencias que han optado por buscar la unificación en materia contractual. Así, recordemos el proyecto franco-italiano de las Obligaciones, dirigido por el profesor Mario Rotondi que contó además con la participación de varios autores de diferentes nacionalidades⁽³⁾. En 1980, el profesor Ole Lando⁽⁴⁾ dirige una comisión conformada exclusivamente por universitarios con financiación de la Comisión Europea con el fin de redactar unos principios para un derecho común de contratos dentro de la Comunidad Europea, trabajo que concluyó en 2001. No hay que olvidar el proyecto de la Academia de Privatistas Europeos fundada por Giuseppe Gandolfi⁽⁵⁾, o proyecto de Pavía, que desde 1991 ha intentado unificar los diversos textos europeos referentes al derecho de los contratos, conformado por juristas que se desempeñan como profesores, magistrados y abogados. Finalmente quisiéramos destacar la labor del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) con sede en Roma y cuyo objetivo consiste en la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional. En efecto, uno de los instrumentos trabajados por UNIDROIT con mayor impacto ha sido el que contiene los *Principios* para los contratos comerciales internacionales⁽⁶⁾.

(2) MOJER, Mario Antonio, "La buena fe contractual", Ponencia presentada ante el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, setiembre de 2004.

(3) Sobre este proyecto ver FUEYO LANERI, Fernando, Revista de derecho y jurisprudencia, tomo LXXVII, Número 3, septiembre a diciembre, 1980, ps. 65 y ss.

(4) LANDO y BEALE, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.

(5) DE CORES, Carlos y GANDOLFI, Giuseppe, *Código europeo de contratos de la academia de Pavía*, ed. Reus, Madrid, 2009.

(6) OVIEDO, Jorge, "Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales", en *Criterio Jurídico*, n° 3, Santiago de Cali-Colombia, 2003, p. 39.

En estos trabajos se le ha dado gran importancia al principio de la buena fe negocial. Ahora, este principio tiene diversas manifestaciones, una de ellas ha tenido gran desarrollo en los últimos años en Iberoamérica, razón por la cual haremos especial referencia a la doctrina de los actos propios en materia contractual⁽⁷⁾.

2. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

2.1. Concepto

La buena fe desempeña una función muy importante en la teoría general del contrato. Es un elemento esencial no solamente en la formación del contrato sino en su ejecución y terminación.

Es necesario diferenciar lo que se entiende por buena fe y lo que se considera buena fe como principio general del derecho. Según el Consejo de Estado de Colombia, la buena fe “a secas” se utiliza para precisar supuestos de hecho en casos particulares, mientras que como principio general del derecho se refiere a una apreciación de las personas que al realizar actos jurídicos estén motivados por una actitud honesta, leal, tanto en el ejercicio del derecho, como en el cumplimiento de sus obligaciones⁽⁸⁾.

La buena fe es una noción con diversas clasificaciones como la distinción tradicional de la buena fe establece una diferencia entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

Se entiende por buena fe subjetiva la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma, es decir, la convicción que tiene una persona de que su comportamiento es regular y permitido.

Por otra parte, la buena fe objetiva se considera una regla de conducta⁽⁹⁾, un comportamiento recto y honrado que debe manifestarse en las diferentes fases del tráfico negocial⁽¹⁰⁾.

(7) Este estudio es una versión actualizada de un avance de investigación publicado anteriormente.

(8) Consejo de Estado de Colombia, sala de consulta y derecho civil, sentencia del 17 de abril de 1996, C. P. Roberto Suárez Franco.

(9) DE LOS MOZOS, José Luis, *El Principio de la buena fe*, Ed. Bosch, Barcelona, 1965, p. 40.

(10) Sobre las clasificaciones de la buena fe, ver NEME, Martha Lucía, “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos” en *Revista de Derecho Privado* nro. 17, Universidad

La buena fe impone una cláusula general de corrección proyectada en un deber de conducta ética. Es un principio orientador del comportamiento. Para algunos es un elemento extrajurídico pues al referirse al actuar honesto, se introduce un componente moral que se manifiesta en deberes como la lealtad y la fidelidad.

2.2. Aplicaciones en el derecho contractual

En el ámbito contractual, la buena fe se aplica en su concepción objetiva y no en su concepción subjetiva que se refiere a un estado de ignorancia y error, a una convicción del sujeto de la relación jurídica propia de las situaciones posesorias.

Así, la buena fe objetiva se considera como un principio general del derecho y por ende, cumple funciones como ser principio informador e integrador del contrato.

Este principio se encuentra presente desde el momento de la negociación del contrato, donde se exige un deber de lealtad, de confidencialidad, de información y que se extiende al momento de celebrar el contrato y acompaña su ejecución y terminación.

Ahora bien, sobre la buena fe en los contratos, algunos autores han distinguido la buena fe contractual de la buena fe de los contratantes. En la primera visión, se trata a la buena fe como una regla de interpretación del contrato, una forma de determinar a qué se obligan las partes, mientras en el segundo caso se entiende como una exigencia de comportamiento⁽¹¹⁾. Pero en ambas visiones, el actuar de buena fe supone una coherencia en las relaciones contractuales, fundamental en la construcción de la doctrina de los actos propios.

Si bien la buena fe no tiene un contenido preestablecido, es un principio de solidaridad contractual en el que se observan dos aspectos fundamentales, el de la salvaguarda, que pretende proteger el interés de la contraparte y el de la lealtad. Así, la buena fe exige no suscitar una falsa confianza, no especular con esa falsa confianza y no desconocer la confianza razonable generada en la contraparte⁽¹²⁾.

Externado, 2009, p. 47; SOLARTE, Arturo, "Buena fe contractual y deberes secundarios de conducta", *Revista Universitas*, nro. 108, diciembre, 2004, p. 286.

(11) LOIR, Romain, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Ecole doctorale, N° 74, Lille 2, 2002, p. 11.

(12) BIANCA, Massimo, *Derecho Civil*, tomo 3 El Contrato, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, ps. 443 y ss.

El principio de la buena fe contractual implica que las partes se obligan no solamente a lo que declaran sino además a las normas legales aplicables al contrato, a la costumbre a la equidad⁽¹³⁾. La buena fe como principio general ofrece criterios para colmar las lagunas de la ley y la diversidad de las situaciones económicas y sociales no sólo en materia de las obligaciones derivadas del contrato sino para todas las obligaciones en general⁽¹⁴⁾.

Ya que se ha insistido mucho en la importancia de precisar el contenido del principio de buena fe⁽¹⁵⁾, consideramos pertinente en este estudio analizar una de las manifestaciones que mayor discusión han presentado en la doctrina los últimos años y es la doctrina de los actos propios.

3. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

3.1. Breves comentarios sobre la noción de actos propios

La doctrina de los actos propios es tal vez la figura que más se ha relacionado en el ordenamiento jurídico colombiano con la regla del *venire contra factum proprium non valet*. Enneccerus explica que según esta regla:

“A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.”⁽¹⁶⁾

Este tratadista alemán, al referirse a la mencionada regla, la equipara al *estoppel* anglosajón, y manifiesta que el Tribunal Supremo español también consagra la regla en su conocida doctrina de los actos propios de acuerdo con la cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos. Compartimos esta opinión en cierta medida, pues si bien como se comentó en la introducción del presente texto consideramos que la regla del *venire contra factum proprium* tiene diversas

(13) BECERRA, Rodrigo, *Teoría general del acto jurídico*, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 145.

(14) GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1992, p. 328.

(15) HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, p. 564.

(16) ENNECCERUS, LUDWIG, *Tratado de derecho civil. Parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 1935, p. 482.

manifestaciones, cada una de ellas presenta particularidades que las hacen distinguirse unas de otras⁽¹⁷⁾.

En cuanto a la presencia de esta doctrina en el derecho internacional, encontramos que los principios UNIDROIT en el artículo 2.1.18 se refieren al tema así:

“Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.”

Siguiendo entonces con el concepto de los actos propios, López Mesa en su obra sobre el tema explica que de acuerdo con esta doctrina “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros la expectativa de comportamiento futuro”⁽¹⁸⁾. Se constituye así, un límite al ejercicio de un derecho subjetivo con el fin de obtener en las relaciones jurídicas, un comportamiento consecuente de las personas y el respeto del principio de la buena fe.

Es pertinente aclarar que esta noción no debe confundirse con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento. En efecto, es claro que una parte en un contrato no puede retirarse unilateralmente, pero ello se entiende no como una consecuencia de la doctrina de los actos propios sino como una consecuencia del contrato (art. 1602 CC).

La doctrina de los actos propios ha sido generalmente asociada al principio general de la buena fe, considerándose una derivación del mismo. Incluso, algunos autores han ido más allá⁽¹⁹⁾, al calificar la doctrina como un principio general del derecho. En nuestro país, los jue-

(17) Al respecto ver BERNAL, Mariana, “El deber de coherencia en los contratos y la regla del *venire contra factum proprium*”. Revista *International Law*, nro. 13, Bogotá, julio-diciembre de 2008, ps. 291/321.

(18) LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia*, Edición Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 97.

(19) EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda, *La doctrina de los actos propios*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, p. 26; FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 319; LÓPEZ MESA, Marcelo, *La doctrina de los actos propios y su importancia práctica en el derecho argentino y español. Proyecciones de la misma en Latinoamérica. principales aspectos y requisitos de aplicación*, disertación del 10 de septiembre de 2007 en el marco del V Congreso Iberoamericano de Derecho Civil en Cartagena, Colombia; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, en *Revista de administración pública*, nro. 20, Madrid, 1956, p. 72.

ces han calificado la doctrina como un principio, como lo demuestra una sentencia reciente de la Corte Constitucional que establece que: *“Es preciso señalar que la entidad accionada vulneró el derecho al debido proceso de la demandante al desconocer los principios de buena fe, confianza legítima y respeto del acto propio”*⁽²⁰⁾.

Tal calificación es discutible puesto que la aplicación de los actos propios contiene múltiples excepciones y es de aplicación residual. Por ello, compartimos la opinión de Alejandro Borda, quien afirma que la teoría de los actos propios es una regla de derecho, no un principio, pues considera que los principios generales no admiten excepciones, abarcan una generalidad de situaciones y son base de una estructura que no acepta una idea aún más amplia⁽²¹⁾.

3.2. Requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios

La doctrina y la jurisprudencia en diferentes países han tratado el tema de los requisitos necesarios para la aplicación de la doctrina de los actos propios. Señalaremos a continuación los requisitos establecidos por la Corte Constitucional de Colombia⁽²²⁾ y comentaremos las discrepancias existentes al respecto.

3.2.1. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Sobre este requisito, la Corte explica que debe tratarse de una conducta ejecutada dentro de una relación jurídica que suscite la confianza de un tercero. Adicionalmente, se refiere a la necesidad de la eficacia de la primera conducta que emite un sujeto y que contradice otra conducta posterior contradictoria con aquélla.

En este punto vale la pena comentar la discrepancia que existe entre estudiosos del tema sobre la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios frente a una conducta viciada por error, dolo o violencia. Así por ejemplo Díez-Picazo plantea la disyuntiva que se presenta entre el no poderse alegar error por proteger la confianza que la propia conducta suscitó en la otra parte en la voluntad inicial o si por

(20) Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-075 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

(21) BORDA, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 56.

(22) Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-295 de 1999, M. P. Alejandro Martínez.

el contrario la doctrina de los actos propios no debe aplicarse si de lo que se trata es de rectificar las consecuencias de un error⁽²³⁾.

En opinión de López Mesa, la presencia de un vicio de la voluntad de cierta significación, impide la aplicación de la doctrina. Ahora bien, es importante para el intérprete del contrato que pretende vislumbrar la voluntad contractual, precisar qué se entiende por un vicio de “cierta” significación. Para Fueyo Laneri⁽²⁴⁾, no va contra sus propios actos quien pide la anulación de un contrato por vicio del consentimiento, pero esto como regla general, pues el autor admite que el mismo Código Civil chileno establece excepciones como por ejemplo el caso del art. 1683 según el cual la nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, “excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba...”. Desde otro ángulo, Borda comenta que es “ir contra los propios actos atacar de nulidad un contrato cuando le resulta incómodo o perjudicial si lo ha considerado válido por años y se ha beneficiado de él”⁽²⁵⁾.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que los particulares no están obligados a soportar los errores de las entidades públicas y cuando tienen derechos a su favor creados por la Administración, se les deben garantizar hasta que no haya decisión judicial que los desvirtúe⁽²⁶⁾. Y en cuanto a los particulares, la corte determina:

“[...] cuando la tutela, como en el presente caso, no es (dentro de la estructura de la acción de tutela) propiamente contra autoridad pública, entonces, con igual razón hay que proteger las determinaciones ya tomadas, que han constituido un derecho adquirido para el beneficiado y que no pueden ser modificadas sin la autorización del favorecido porque se ha consolidado en

(23) DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, ed. Bosch, Barcelona, 1963, p. 209. Sobre las distintas posiciones al respecto ver LÓPEZ MESA, MARCELO, *La doctrina de los actos propios*, Editorial Reus, Buenos Aires, 2005, p. 50.

(24) FUEYO LANERI, Fernando, ob. cit., p. 351.

(25) BORDA, Alejandro, ob. cit., p. 88.

(26) La sentencia de la Corte Constitucional T-336 del 15 de julio de 1997, MP José Gregorio Hernández determina: “Como ya lo ha señalado la jurisprudencia, los particulares no tienen porqué correr con las consecuencias negativas de los errores de las entidades públicas y, cuando tienen derechos a su favor, creados por actos de la Administración —así éstos provengan de equivocaciones cometidas por ella— se les debe garantizar, como lo hace el Código Contencioso Administrativo, que tales derechos permanecerán incólumes en tanto no haya una decisión judicial que los desvirtúe, previas las reglas del debido proceso”.

él una situación jurídica concreta, que al ser variada afecta la buena fe y la seguridad jurídica.”⁽²⁷⁾

3.2.2. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción —atentatorio de la buena fe— existente entre ambas conductas

Al explicar este requisito, la Corte retoma el análisis de Alejandro Borda, quien manifiesta que para aplicar la teoría de los actos propios es necesaria la existencia de una “pretensión contradictoria”. Así, se sugiere tomar un concepto más amplio del que se entiende tradicionalmente por pretensión, particularmente desde un punto de vista procesal. De esta forma, se engloban no solamente declaraciones sino fundamentalmente conductas.

Esto implica un esfuerzo adicional por parte del intérprete del contrato, quien debe tener en cuenta no sólo la literalidad del contrato, sino el comportamiento de las partes y sus variaciones, que por supuesto, podrán estar justificadas por las circunstancias del caso, intereses sociales prevalecientes, o cuando han cambiado las condiciones existentes al producirse la conducta vinculante. Se agrega además, que la pretensión puede ser tanto judicial como extrajudicial⁽²⁸⁾.

Hasta ahora nos hemos referido frente a este requisito a las conductas propiamente positivas, es necesario abordar ahora qué sucede ante el silencio de las partes. Si resulta difícil en muchos casos interpretar la voluntad expresada, el intérprete se enfrenta a una dificultad mucho mayor cuando se encuentra con el silencio de las partes como posible manifestación de voluntad⁽²⁹⁾. Si bien el principio general nos indica que el silencio no es una forma idónea de manifestar la voluntad contractual, existen excepciones, como los casos en los que la ley le da efecto vinculante al silencio, o cuando son las mismas partes quienes le otorgan tal posibilidad.

Ahora bien, en el tema del silencio, hay situaciones que no encajan en las excepciones anteriores y son muy interesantes de analizar como es el tema de la prescripción y los actos propios. Cuando los actos pro-

(27) Sentencia T-295 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

(28) BORDA, Alejandro, ob. cit., p. 76.

(29) BORDA, Alejandro, ob. cit., p. 102.

pios consisten en omisiones o en una conducta pasiva, se produce una situación semejante a la prescripción extintiva⁽³⁰⁾.

En palabras de Puig Brutau⁽³¹⁾:

“[...] en el caso de protección dispensada por equidad a quien ha confiado en la apariencia creada por la actitud pasiva de alguien, es decir, cuando el silencio ha podido ser interpretado de buena fe como asentimiento o como prueba de la inexistencia del derecho que luego se intenta hacer valer, en tales casos nos encontramos con un problema de aplicación de la doctrina de los actos propios.”

Por esta razón, la doctrina mencionada puede ser en estos casos una guía importante para el intérprete en la determinación del silencio como una declaración de voluntad, puesto que si bien no se trata de una real declaración de voluntad, puede producir el mismo resultado, si las circunstancias lo ameritan.

Un ejemplo reciente de un conflicto en materia de seguros sometido a la justicia arbitral nos puede ayudar a entender mejor la situación. En el laudo arbitral del 5 de marzo de 2009 que dirimió las diferencias entre la Beneficencia del Valle del Cauca E. I. C. E. y la Previsora S.A. Compañía de Seguros, la aseguradora establece en la póliza de seguros denominada Multiriesgos que no responderá por perjuicios causados por el asegurado hasta tanto éste no sea condenado a reparar perjuicios. El asegurado acude ante la aseguradora tan pronto lo demandan, pero la aseguradora contesta que de acuerdo con lo estipulado en el contrato no responderán hasta tanto no se obtenga la sentencia. El asegurado espera entonces a obtener sentencia para acudir nuevamente ante la aseguradora. Esta le contesta que ya prescribió su derecho y por lo tanto no están obligados a responder. El tribunal decide que el comportamiento de la aseguradora no es coherente y se aprovecha de la confianza suscitada en el asegurado.

Sobre este tema afirma Larenz que es válido oponer la objeción del ejercicio inadmisibles del derecho ante una excepción de prescripción, cuando el deudor, mediante su anterior conducta, aunque fuese involuntaria, hubiese dado motivo al acreedor para prescindir de interrumpir la prescripción⁽³²⁾. En este caso vemos la imposibilidad de la

(30) PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Edit. Ariel, Barcelona, 1951, p. 116.

(31) PUIG BRUTAU, José, ob. cit., p. 119.

(32) LARENZ, Karl, “Derecho de Obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, T. 1, traducción de Jaime Santos Briz, Madrid, 1958, p. 151.

aseguradora de excepcionar por prescripción por ir en contra de sus propios actos, pues si bien no se trata de una verdadera declaración de voluntad, se trata de un supuesto que debe producir el mismo resultado y por ende debe ser reconocido en virtud del principio de la buena fe por quien esté a cargo de interpretar el contrato.

Enneccerus se refiere a la situación que se presenta cuando el deudor invoca una excepción en forma contraria a la buena fe (que sería el caso en comentario), y como se da contra él una *replicatio doli*. Y dice: “así, por ejemplo, la excepción de prescripción puede ser desvirtuada por *replicatio doli*, cuando en virtud de conversaciones sobre la cuantía de una pretensión, por él no discutida, el deudor ha determinado al demandante a omitir la presentación en tiempo de la demanda”⁽³³⁾.

3.2.3. *La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas*

Acerca de este último requisito, es interesante analizar si los sujetos que intervienen y a quienes les afectan las dos conductas deben ser los mismos o si basta con un solo sujeto común en dos relaciones distintas que se comporte de manera incoherente. Si bien los casos más comunes en los que la jurisprudencia y tribunales arbitrales han aplicado la doctrina de los actos propios han versado sobre situaciones con identidad de sujetos, existen casos en los que se ha alegado la incoherencia del comportamiento de un sujeto frente a situaciones similares en relaciones distintas⁽³⁴⁾, lo cual es perfectamente acorde con el tenor del requisito establecido por la Corte Constitucional que claramente se refiere a “la identidad del sujeto”, a diferencia de lo que opinan autores como Fueyo Laneri que consideran que debe darse la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas⁽³⁵⁾.

Un ejemplo interesante en el cual se le exige coherencia a una de las partes con base en su comportamiento anterior frente a una relación contractual diferente, es un caso sometido a la justicia arbitral colombiana en materia de contratos de interconexión entre dos operadores de telecomunicaciones, en el cual se alega que una de las partes va en contra de sus actos propios pues varió las condiciones de

(33) ENNECCERUS, LUDWIG, *Tratado de derecho civil, parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 1935, p. 482.

(34) *Vid.*, laudo arbitral del 7 de noviembre de 2007 entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S. A.

(35) FUEYO LANERI, Fernando, *“Instituciones de Derecho Civil Moderno”*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 314.

interconexión con un operador y otro. Adicionalmente, para analizar este conflicto debe tenerse en cuenta que el regulador colombiano (la entonces CRT, hoy CRC), había determinado que por razones de protección a la libre competencia no podía haber trato discriminatorio, es decir, el operador debe ofrecer las mismas condiciones de interconexión para todos.

Por otra parte, al analizar si una de las partes ha actuado en contra de sus propios actos, quien interpreta el contrato debe tener en cuenta frente a este requisito que se refiere a los sujetos involucrados, que la Corte se refiere a identidad de sujetos o centros de interés. Estos últimos han sido desarrollados por la jurisprudencia española al referirse a sujetos físicamente distintos donde el centro de interés es el mismo, como ocurre en los casos de representación y sucesión. En efecto, en casos de representación, los actos del representante se imputan al representado, de manera que éste, en principio, no puede contradecir los actos realizados por aquél, pues se está afectando un mismo interés⁽³⁶⁾. O en materia de sucesiones donde a nadie le es lícito desconocer la eficacia de los actos realizados por su causante.

Al considerar los anteriores requisitos, es evidente que no basta la mera contradicción de un acto previo con otro posterior. Nuestro sistema contractual se basa en la autonomía de la voluntad de los individuos, y debe permitirse desde luego la posibilidad de corregir los errores que se hayan podido cometer. Por esta razón, es fundamental entender que la base de la doctrina de los actos propios se encuentra en las expectativas legítimas creadas con las actuaciones. Es necesario proteger la planeación y que no se permita que con su incoherencia una parte de un contrato le ocasione un daño a la otra.

3.3. Límites de la doctrina de los actos propios

Existen fuertes críticas contra la aplicación de esta doctrina, pues se ha considerado que flota en la imprecisión y con frecuencia se limita a servir de complemento a argumentos que se basan en los más variados conceptos⁽³⁷⁾, de ahí la importancia de tener claros no solamente sus requisitos de aplicación, sino también sus límites.

La doctrina de manera uniforme considera que la regla de los actos propios no puede considerarse una regla absoluta. Es fundamental

(36) BORDA, Alejandro, ob. cit., p. 85.

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*, Revista de Administración Pública, nro. 20, Madrid, 1956, p. 72.

aplicarla de forma restrictiva siguiendo los límites y requisitos considerados anteriormente, analizando caso por caso para evitar inequidades.

Son múltiples los casos en los cuales la ley misma permite volver sobre las conductas, cambiar de actitud como es el caso de la oferta que puede ser retractada antes de su aceptación, las circunstancias que llevan a la aplicación de la figura de la imprevisión, la revocabilidad del mandato, la posibilidad de pactar arras precisamente para anticipar la posibilidad del retracto, el cambio del testamento, la renuncia a la herencia, entre muchos otros.

En materia de nulidades como límite para la doctrina de los actos propios, será el juez quien determine si se presenta abuso o no al alegar la nulidad, pues una cosa es alegar una nulidad por un acto viciado, y otra si después de celebrado un acto nulo o viciado, con la conducta se ratifica el mismo y después se pide la nulidad cuando por ejemplo se ha sacado provecho de ese acto. En consecuencia, la doctrina no aplicaría para los actos que adolezcan de nulidad absoluta, por tanto insubsanables.

Adicionalmente, se trata de una regla de aplicación residual⁽³⁸⁾, pues no se utiliza en los casos en los que el ordenamiento determina una solución expresa para la contradicción a través de figuras especiales. Un laudo del 14 de octubre de 2009⁽³⁹⁾, aclara esta situación, pues una de las partes, Lukoil, en las excepciones propuestas, manifiesta que las partes firmaron una transacción, que “produce los efectos de cosa juzgada de conformidad con el artículo 2483 del Código Civil”, pero además, en otra de las excepciones declara que las reclamaciones traídas al proceso ya habían sido objeto de acuerdos entre las partes, lo que supone mala fe de la otra parte, Occipetrol, y por lo tanto desconocimiento de sus actos propios. La decisión del tribunal afirmó que dado el carácter residual de la doctrina de los actos propios, no podía aplicarse preferentemente, pues la parte convocada formuló, en primer término, la excepción que literalmente denominó de cosa juzgada.

(38) Sobre el carácter residual y relativo de los actos propios ver EKDAHL E. MARÍA FERNANDA., ob. cit., p. 38, FUEYO LANERI, FERNANDO, ob. cit., p. 309, LÓPEZ MESA, MARCELO, ob. cit., p. 180, JARAMILLO, CARLOS IGNACIO, “La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos” en AA.VV., *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 310.

(39) Laudo Arbitral entre Occipetrol S. A. contra Lukoil Overseas Colombia Ltd.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos visto como el principio general de la buena fe es fundamental en el derecho de los contratos. Este principio tiene diversas manifestaciones, una de ellas la teoría de los actos propios que ha sido equiparada a la regla del *venire contra factum proprium* principalmente en Iberoamérica, ha tenido un gran desarrollo en los últimos años.

Dado el interés que tiene el presente texto de contribuir a un estudio para un Código Latinoamericano de Contratos, insistimos en el cuidado que requiere el tema de los actos propios en la medida en que como lo hemos expresado, lo consideramos una regla de derecho y no un principio como sí lo es el principio general de la buena fe, del cual se deriva. Adicionalmente, se requiere acuerdo sobre los requisitos para la aplicación de la teoría y claridad sobre sus límites para evitar el abuso de la figura.

BIBLIOGRAFÍA

- Becerra, Rodrigo, *Teoría general del acto jurídico*, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Bernal Fandiño, Mariana, *El solidarismo contractual*, Revista Universitatis, Pontificia Universidad Javeriana, N° 114, julio-diciembre de 2007.
- Bernal Fandiño, Mariana, *La transformación de la causa en el derecho de contratos francés*, Revista Universitatis, Pontificia Universidad Javeriana, N° 111, junio 2006.
- Bianca, Massimo, *Derecho Civil*, tomo 3 El Contrato, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 3ª Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- Cárdenas, Juan Pablo, *Justicia y Abuso Contractual*, Los Contratos en el Derecho Privado. Ed Legis, Bogotá, 2007, p. 697.
- Cartwright, John "Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law". Reporte del XVII Congreso Internacional de Derecho Comparado, julio de 2006.
- Castillo, Blanco Federico, *"La protección de la Confianza en el Derecho Administrativo"*, Marcial Pons, Monografías Jurídicas, Madrid, 1998.

- Cepeda Espinosa, Manuel José, *Los contratos de adhesión: problemas y soluciones*, Revista de derecho civil N° 3, noviembre de 1985.
- Cooke, Elizabeth (2000), *The modern law of estoppel*, Editorial Oxford University Press.
- Corral Talciani, Hernán F, “*Desaparición de personas y presunción de muerte en el derecho civil*”, Ed. Jurídica de Chile, 2000.
- De Cores, Carlos y Gandolfi, Giuseppe, *Código europeo de contratos de la academia de Pavía*, ed. Reus, Madrid, 2009.
- De los Mozos, José Luis, *El Principio de la buena fe*, Ed. Bosch, Barcelona, 1965.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Editorial Bosch, 1963.
- Ekdahl Escobar, María F, “*La doctrina de los actos propios*.” Ed Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989.
- Enneccerus, Ludwig, *Tratado de derecho civil, parte general*, Ed. Bosch, Barcelona, 1935.
- Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.
- Fueyo Laneri, Fernando, *Revista de derecho y jurisprudencia*, tomo LXXVII, N° 3, septiembre a diciembre, 1980.
- Gaillard, Emmanuel, *L’Interdiction de se Contredire au Détriment d’Autrui comme Principe Général du Droit du Commerce International*, Rev.d. Arb. 1985.
- Galgano, Francesco, *Diritto privato*, Padova, 1992.
- García de Enterría, Eduardo, “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, en *Revista de administración pública*, N° 20, Madrid, 1956.
- Houtcieff, Dimitri (2000), *Le principe de cohérence en matière contractuelle* (tesis doctoral), Universidad de París XI, Facultad Jean Monnet-Sceaux, doctorado en derecho.
- Jaramillo, Carlos I, “La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos” en AA.VV., *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- Lando, Beale, *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 2000.

- Larenz, Karl, *Derecho justo*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.
- Loir, Romain, *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, Ecole doctorale N° 74, Lille 2, 2002.
- López Mesa, Marcelo, *"La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia"*, Editorial Desalma, 1997.
- López Mesa, Marcelo, *"La doctrina de los actos propios"*, Editorial Reus, Buenos Aires, 2005.
- Mazeaud, Denis, *Le nouvel ordre contractuel*, Revue des contrats, diciembre, 2003.
- Mazeaud, Denis, *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?* En *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, París: Dalloz, PUF, Editions du juris-classeur, 1999.
- Mazeaud, Denis, *Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel"* LPA, N° 92, 7 de mayo 2004.
- Mojer, Mario Antonio, *"La buena fe contractual"*, Ponencia presentada ante el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires, setiembre de 2004.
- Neme, Martha L., *Venire contra factum proprium. Prohibición de obrar contra los actos propios y la protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe*. Tomo III de los Estudios de derecho civil obligaciones y contratos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Oviedo, Jorge, *"Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales"*, en *Criterio Jurídico* N° 3, Santiago de Cali-Colombia, 2003.
- Puig Brutau, José, *"Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios"*, Edit. Ariel, Barcelona, 1951.
- Werner, Flume, *El negocio Jurídico*, tomo II. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

NUEVOS PRINCIPIOS DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA RECONSTRUCCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA: BUENA FE OBJETIVA Y FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PRIVADO BRASILEÑO

Por Claudia LIMA MARQUES⁽¹⁾
y Bruno MIRAGEM⁽²⁾

SUMARIO: 1. Introducción: homenaje a un reconstructor del derecho privado latinoamericano. 2. La buena fe objetiva en el derecho contractual brasileño. 2.1. Intervención del Estado en la autonomía contractual y buena fe. 2.2. Buena fe objetiva como fuente de deberes anexos en los contratos. 3. Función social de los contratos en el derecho brasileño. 3.1. Orígenes de la función social de los contratos en el derecho privado brasileño. 3.2. Efectos de la función social de los contratos en el derecho brasileño. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN: HOMENAJE A UN RECONSTRUCTOR DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO

Homenajear a Ricardo Luis Lorenzetti es homenajear lo que el Derecho Privado tiene de mejor: un derecho de libertad preocupado con la protección de los más débiles. Este artículo, escrito a dos plumas, es un merecido homenaje a este gran jurista latinoamericano, que tanto contribuye para la reconstrucción del Derecho Privado latinoamericano. Ricardo Luis Lorenzetti es pensador humanista y renovador,

(1) Profesora en la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Ex-Presidenta del *BRASILCON - Instituto Brasileiro de Direito e Política do Consumidor*.

(2) Profesor en la *Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Miembro del *BRASILCON - Instituto Brasileiro de Direito e Política do Consumidor*.

comprometido con la emancipación del individuo, la función social del derecho y la realización plena de los derechos humanos en el derecho privado, y en especial, con la protección de los más débiles y la lealtad. Querido por los brasileños, Ricardo Luis Lorenzetti ha sido especialmente generoso en dividir su sabiduría y gran cultura jurídica al permitir la traducción de 4 de sus más importantes obras para el portugués⁽³⁾. Habiendo participado de algunas de estas traducciones es con mucha honra que colaboramos con este importante homenaje, eligiendo como tema nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada⁽⁴⁾.

El instituto del contrato, expresión máxima de auto reglamento del voluntad de los particulares, es un concepto que se encuentra en transformación⁽⁵⁾. La idea de contrato viene siendo moldada, desde los romanos, teniendo siempre como base las prácticas sociales, la moral y el modelo económico de la época. El contrato, por así decir, nació de la realidad social. El valor decisivo del contrato está por lo tanto en ser el instrumento jurídico que permite y reglamenta el movimiento de riquezas dentro de la sociedad. De simple representación jurídica de una operación económica⁽⁶⁾, teniendo su fundamento tradicional en la prevalencia de la libertad individual (autonomía de la voluntad)⁽⁷⁾, como un amplio espacio de posibilidades en la cual la ley apenas interviene de forma subsidiaria, hoy da lugar a un escenario en que la intervención del Estado Legislador y, sobre todo, del Estado Juez, se amplía en el sentido de proteger una nueva concepción social del contrato⁽⁸⁾.

(3) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Véra María Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*, trad. Fabiano Menke. Notas Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2004, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Tradução de Bruno Miragem. Revisão e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Direito Ambiental*. Tradução Fábio Morosini e Fernanda Barbosa. São Paulo: RT, 2010.

(4) *Vid.*, también LORENZETTI, Ricardo Luis y MARQUES, Claudia Lima. *Contratos de servicios a los consumidores*. Santa Fe/Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

(5) *Vid.*, su monumental obra, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999-2000. Ts. I, II e III.

(6) ROPPO, ENZO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11.

(7) *Vid.*, LORENZETTI, Ricardo Luis. Análisis crítico de la autonomía privada contractual. In: *Revista de Direito do Consumidor*, número 14, abril/junho de 1995, p. 5-19.

(8) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 455.

Esta concepción social del contrato tiene como presupuesto la necesidad de protección del equilibrio entre los intereses legítimos de ambos contratantes, y da confianza de los contratantes entre sí, así como en las proyecciones de los efectos de la relación contractual en relación a toda la comunidad⁽⁹⁾. Hay en este sentido una sensible alteración de la concepción clásica del contrato, forjada a partir de los siglos XVII y XVIII, centrada en la escuela del *jusracionalismo*⁽¹⁰⁾ y en su recepción por las codificaciones clásicas a partir del Código de Napoleón, de 1804, donde el contrato representaba, como ejemplo de otros institutos del derecho privado, el triunfo de una libertad individual del comportamiento humano, en vista de la satisfacción de sus propios intereses⁽¹¹⁾. Este Estado de *laissez-faire*, influenciado por el liberalismo económico, rechaza la posibilidad de intervención de terceros, sean particulares o el propio Estado, en el control o evaluación de los límites del contenido de los contratos, consagrándose a partir de aquel momento los trazos esenciales del contrato, que son la relatividad e inmutabilidad de las condiciones contractuales (*pacta sunt servanda*)⁽¹²⁾.

El desarrollo de continuas y profundas transformaciones sociales y económicas durante el siglo XX dio origen a una nueva realidad contractual; permitiendo los fenómenos de masificación de las relaciones contractuales y la consecuente despersonalización del contrato, con la adopción de nuevas técnicas en la formación de su contenido (contratos de adhesión, condiciones generales de los contratos⁽¹³⁾), así como en su celebración (contratación distancia, telemática, ventas emocionales, bajo presión). De la misma forma, la creciente complejidad del sistema económico trajo aparejado el surgimiento de una multiplicidad de vínculos contractuales substancialmente distintos de la comprensión tradicional del contrato bilateral (así el fenómeno de las redes de contratos y contratos conexos⁽¹⁴⁾), de la misma forma como

(9) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo: RT, 1998, p. 252.

(10) Al respecto, *vid.*, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, T. I.

(11) *Vid.*, en Brasil. LÔBO, Paulo Luiz Neto, "Contrato e mudança social", in *Revista dos Tribunais*, vol. 722, p. 40 e seg.

(12) *Vid.*, MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*, 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010, ps. 150 y ss.

(13) *Vid.*, LORENZETTI, Ricardo Luis. "La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del Mercosur". *Revista de Direito do Consumidor* 21, ps. 9/31.

(14) *Vid.*, LORENZETTI, Ricardo Luis. "Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros". *Revista de Direito do Consumidor* 28, ps. 22/58, 1999.

exige una comprensión diferenciada en los contratos en que se acentúe la dependencia existencial o económica de uno de los contratantes en relación a la continuidad del vínculo contractual (por ejemplo contratos cautivos de larga duración⁽¹⁵⁾, contratos relacionales⁽¹⁶⁾). Hay también una nueva mirada para las partes del contrato y su posición en la sociedad de masas⁽¹⁷⁾.

Esta nueva realidad contractual no era más comprensible desde la perspectiva de la teoría contractual clásica, razón por la cual, frente a la exigencia práctica del entendimiento y regulación de estos nuevos fenómenos contractuales pasa a desarrollarse lo que se denominaría como la *renovación de la teoría contractual*⁽¹⁸⁾.

En el derecho brasileño es ampliamente reconocido⁽¹⁹⁾ que esta nueva teoría contractual obtuvo un lugar privilegiado a partir de la vigencia del Código de Defensa del Consumidor (ley 8.078/1990 aquí denominado a seguir como CDC). A pesar de ser una ley especial que trate sólo de los contratos de consumo, y debido a la falta de actuali-

(15) Así los denomino, por influencia de la doctrina argentina, desde la segunda edición de mi libro, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 126.

(16) Sobre los contratos relacionales, *vid.*, la tesis de MACNEIL, Iain. *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*. Londres: Yale University Press, 1980. Entre nosotros *Vid.*, el trabajo de: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, también publicado en la Argentina.

(17) Ricardo Luis LORENZETTI, “Fundamentos do direito privado”. São Paulo: RT, 1998, p. 139. Recuerda que que “*uma das adaptações que convém assinalar é que na sociedade moderna percebeu-se que muitos devedores são fortes e alguns credores débeis. Este fenômeno surge com os operários-credores-débeis e seus empregadores-devedores-fracos em relação ao trabalho[...] Notamos uma mudança importante: a legislação protetiva, vigente desde meados do século, está endereçada a uma determinada categoria de pessoas. As noções de credor ou devedor, atendem à situação de um indivíduo em uma relação bilateral. Em compensação, os novos conceitos como trabalhador ou locatário levam em consideração, progressivamente, a posição estrutural do mercado. Este fenômeno vai se acentuando até que as conotações, relativas à posição obrigacional, acabam por desaparecer: ‘credor-devedor’ ou a tipologia contratual: ‘trabalhador’, ‘locatário’. Começamos a utilizar um termo genérico: consumidor*”.

(18) MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª ed., São Paulo: RT, 2006, ps. 210 y ss.

(19) *Vid.*, las citas de bibliografía en MARQUES, Claudia Lima. MARQUES, Cláudia Lima. “Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo ‘diálogo das fontes’”, in *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002-Convergências e Assimetrias*, Roberto A. C. Pfeiffer e Adalberto Pasqualotto (Coord.), RT: São Paulo, 2005, ps 11/82 y ss.

dad del derecho civil brasileño, termino por convertirse en el principal vehículo de renovación del derecho contractual brasileño, sobre todo teniendo en consideración la rica interpretación y aplicación jurisprudencial de sus preceptos⁽²⁰⁾.

La promulgación en Brasil, en 2002, de un nuevo Código Civil unitario de las obligaciones civiles y empresariales, que incorporó diversas innovaciones ya determinadas en el CDC, completó el cuadro de renovaciones⁽²¹⁾. Ambas leyes, en cláusulas generales, autorizan al Poder Judicial a un control más efectivo de la justicia contractual al ejercicio de una interpretación más teleológica, donde los valores de la ley toman el primer plano y delimitan el espacio de la voluntad, reconstruyendo la autonomía de la voluntad del otro, del más débil o del lego. Se destaca la relación entre las dos leyes, el fenómeno que denominamos diálogo de fuentes⁽²²⁾, según el cual hay entre las normas de estas

(20) En este sentido Antônio Herman Benjamin hace referencia en su presentación de la obra de Cláudia Lima Marques, al provocar: "...não seria pretensioso desejar, através do estudo da posição jurídica do consumidor, reformar toda a teoria dos contratos? A resposta é bem simples: sem consumidor não há sociedade de consumo, sem está não há mercado e sem mercado não há contratação massificada. Assim, estudar e regular o *status* contratual do consumidor é, em último caso, afetar a grande maioria dos contratos firmados no cotidiano do mercado". BENJAMIN, Antônio Herman. Prefácio a: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, 4ª ed., ps. 8/9. En sentido similar, apuntando la necesidad de articulación entre los principios del microsistema del derecho del consumidor y los principios constitucionales: TEPE-DINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPE-DINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, ps. 199/215.

(21) Véase: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato - estudos sobre a nova teoria contratual*, RT: São Paulo, 2006, ps. 17 y ss.

(22) El diálogo de las fuentes es una técnica de coordinación de las diferentes fuentes jurídicas, que así se cualifican, "diálogo, por que há influências recíprocas... por que há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)". Son tres los tipos de diálogos: El diálogo sistemático de coherencia, el diálogo de complementariedad y subsidiariedad y el diálogo de coordinación y adaptación sistemática. *Vid.*, MARQUES, Claudia Lima, in MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, ps. 33 y ss. La teoría fue aceptada por la jurisprudencia brasileña, inclusive por el Supremo Tribunal Federal (ADIn 25.591). La idea de un "diálogo" de aplicación simultánea del Código de Defensa del Consumidor, Código Civil y leyes especiales para realizar de forma más eficaz la protección del consumidor fue recibida en las decisiones más recientes del Superior Tribunal de Justiça, en materia de Sistema Financiero de Habitación (REsp. 969.129/MG), trans-

leyes, cada una en su ámbito material de aplicación, una colaboración e influencia recíproca de preceptos, a partir de una lógica común de protección de la confianza y de los intereses legítimos de las partes en la relación contractual civil y de consumo.

Para homenajear Ricardo Luis Lorenzetti y su esfuerzo de establecer principios y paradigmas para un renovado derecho contractual común latinoamericano, nos gustaría analizar, en una primera parte de este trabajo, el desarrollo en Brasil del principio de la buena fe objetiva en el Código de Defensa del Consumidor y en el Código Civil brasileño de 2002 y, en un segundo momento, la función social del contrato, gran novedad de nuestro Derecho Privado⁽²³⁾.

2. LA BUENA FE OBJETIVA EN EL DERECHO CONTRACTUAL BRASILEÑO

Como nuevo paradigma para las relaciones contractuales de nuestra sociedad masificada, despersonalizada y cada vez más compleja, propone la ciencia del derecho el renacimiento o la revitalización de uno de los principios generales del derecho siempre reconocido y presente desde el movimiento del derecho natural: el principio general de la buena fe. Este principio o nuevo “mandamiento” (*Gebot*) obligatorio a todas las relaciones contractuales en la sociedad moderna, y no sólo en las relaciones de consumo, será aquí denominado de principio de la buena fe objetiva para destacar su nueva interpretación y función.

La *buena fe objetiva* es un *estándar*, un parámetro objetivo, genérico, que no depende de la mala fe *subjetiva* del proveedor A o B, y si de un nivel general de actuación, del hombre medio, de un buen padre de familia que actuaría de manera normal y razonable en aquella situación analizada, en todas las fases de la relación contractual. O como afirma la jurisprudencia: “*A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal.*” (STJ, REsp 981.750/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira

porte (REsp n. 821935/SE), seguros (REsp. 403.155/SP), infancia (REsp. 1.037.759/RJ), ancianos (REsp. 1.057.274/RS), bancos (REsp. 347.752/SP) y servicios e servicios públicos (REsp. 1.079.064/SP), y la expresión diálogo de las fuentes ya consta en algunas de sus decisiones (veja REsp 1037759/RJ).

(23) *Vid.*, MIRAGEM, Bruno. “Diretrizes interpretativas da função social do contrato”, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 56, p. 22 e seg.

Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 23/04/2010) y “*Boa-fé objetiva [é] standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.*” (STJ, REsp 758.518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Terceira Turma, julgado em 17/06/2010, REPDJe 01/07/2010, DJe 28/06/2010)⁽²⁴⁾.

Como afirman los doctrinadores europeos⁽²⁵⁾, *fides* significa el hábito de firmeza y de coherencia de quien sabe honrar los compromisos asumidos, significa, más de que un compromiso expreso, a “fidelidad” y coherencia en el cumplimiento de la expectativa ajena independientemente de la palabra que haya sido dada, o del acuerdo que haya sido concluido; representando, sobre este aspecto, la actitud de lealtad, de fidelidad, de cuidado que se acostumbra observar y que es legítimamente esperada en las relaciones entre hombres honrados, en el respetuoso cumplimiento de las expectativas recíprocamente confiadas⁽²⁶⁾. Es el compromiso expreso o implícito de “fidelidad” y “cooperación” en las relaciones contractuales, es una visión más amplia, menos textual del vínculo, es la concepción leal del vínculo, de las expectativas que despierta (confianza)⁽²⁷⁾.

Buena fe objetiva significa, por lo tanto, una actuación “reflexionada”, pensando en el otro, en el otro contratante, respetándolo, respetando sus intereses legítimos, sus expectativas razonables, sus derechos, actuando con lealtad, sin abuso, sin obstrucción, sin causar lesión o desventaja excesiva, cooperando para alcanzar el buen fin de las obligaciones: el cumplimiento del objetivo contractual y la realización de los intereses de las partes. La imposición, por la nueva teoría contractual, del principio general de buena fe objetiva en la formación y ejecución de las obligaciones obtuvo como primer resultado —y, tal vez, todavía el menos conocido y aceptado por los juristas— la modificación en la forma de visualizar estáticamente la relación contractual.

Se pasa a ver el contrato como una relación jurídica dinámica, que “nace, vive y muere”, vinculando durante cierto tiempo, tal vez años, un proveedor de servicios, por ejemplo, el seguro de salud o la asegu-

(24) *Vid.*, www.stj.jus.br (10.09.2020).

(25) *Vid.*, WIEACKER, FRANZ, *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1977, p. 61.

(26) Sobre la evolución de la *fides* romana hasta la noción europea y pandectista, *vid.*: PASQUALOTTO, ADALBERTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997, ps. 151 y ss.

(27) BETTI, EMILIO. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, T. I, p. 84.

radadora, y un consumidor y sus dependientes. El contrato es una relación jurídica total y continua, que nace en determinada fecha, vinculando, por ejemplo, determinado proveedor de producto y un consumidor y se desarrolla aún antes de incumplimiento de plazo inicial o del vencimiento de la prestación principal por medio del nacimiento, de la modificación o imposición de nuevos derechos y deberes para las partes. Así, en un simple contrato de compra y venta de muebles a medida para que sean entregados en 60 días, o en un contrato de compra y venta a plazo, con *alienação fiduciária*⁽²⁸⁾ o inclusive en un contrato complejo y cautivo, como el contrato de grupos o consorcios para la adquisición de un bien mueble. En todos estos ejemplos podemos concluir que se trata de la relación jurídica contractual en un ámbito de obligaciones múltiples y recíprocas.

Los doctrinadores alemanes acostumbran afirmar que las relaciones obligacionales son, en verdad, una “fila” o una “serie” de deberes de conducta y contractuales (*Reihe von Leistungspflichten und weiteren Verhaltenspflichten*), vistos en el tiempo, ordenados lógicamente, unidos por una finalidad. Esta finalidad, este sentido único (*sinnhaftes Gefüge*), que une y organiza la relación contractual, es la realización de los intereses legítimos de las partes (*vollständigen Befriedigung der Leistungsinteressen aller Gläubiger*); realización del objetivo del contrato y el posterior desaparecimiento de la relación (*Erloschen*)⁽²⁹⁾.

Se trata de un verdadero *proceso* que se desarrolla en el tiempo (*in der Zeit verlaufenden Prozess*), un proceso social, un proceso jurídico, el contrato, visto dinámicamente, irradiando una serie de efectos jurídicos (*Rechtsfolgen*) durante su realización, aún antes de esta y luego de su conclusión⁽³⁰⁾. Esta visión dinámica y realista del contrato es una respuesta a la crisis de la teoría de las fuentes de los derechos y obligaciones⁽³¹⁾, ya que permite observar que las relaciones contractuales durante toda su existencia (fase de ejecución), como también en su momento de elaboración (de tratativas) y en su momento posterior

(28) La *Alienação Fiduciária* es un negocio jurídico *sui generis* propio del Derecho brasileño, toma como referencia la figura romana de la *fiducia*, y se utiliza como forma de compra y venta con reserva de dominio.

(29) Así las expresiones y las enseñanzas hoy clásicas del maestro alemán Larenz, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. 1 - Allgemeiner Teil. 14. ed. Munique: Beck, 1987, ps. 26, 27, 28.

(30) Larenz, *ídem*, p. 28.

(31) La observación es del Prof. Clóvis do Couto e Silva, que diseminó y desarrolló la teoría de Larenz en el Brasil, COUTO e SILVA, Clovis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 197, p. 73.

(de pos eficacia), hacen nacer otros derechos y deberes diversos de los que resultan de la obligación principal. En otras palabras, el contrato no envuelve sólo la *obligación de prestar*, también envuelve una *obligación de conducta*!

La relación contractual no es nada más que un *contacto social*⁽³²⁾, un *contacto en la sociedad* que une, vincula personas, contacto donde necesariamente no se puede olvidar o no respetar los deberes generales de conducta, los deberes de actuación conforme la buena fe y según el derecho. Estos deberes de conducta (*Verhaltenspflichten*) nos obligan a todos, todos los días, en las relaciones extra contractuales y mucho más, en las relaciones contractuales.

Liberar los contratantes de cumplir sus deberes generales de conducta, significaría afirmar que en la relación contractual los individuos están autorizados a actuar con mala fe, a no respetar los derechos de la otra parte del contrato, a no actuar lealmente, a abusar en el ejercicio de sus derechos contractuales, a abusar de su posición contractual preponderante (*Machtposition*), autorizando la “ventaja excesiva” o la lesión del otro contratante solamente porque las partes firmaron un contrato, eligiéndose mutuamente de manea libre en el mercado⁽³³⁾.

La relación contractual no libera los contratantes de sus deberes de actuar conforme la buena Fe y las buenas costumbres, al contrario, la vinculación contractual los impone, los refuerza! La lógica —y el Derecho— imponen que en estos contactos sociales, en estos procesos

(32) La expresión “contacto social” fue desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemana para servir de punto de encuentro, de género, para las relaciones contractuales y extra contractuales en la sociedad, de las cuales nace, derechos y obligaciones, siempre al interpretar el § 242 do BGB; sobre la evolución de la expresión “sozialen Kontakt”, véase: Ralph Weber, *Entwicklung und Ausdeutung des § 242 BGB zum ‘königlichen Paragraphen’*, em *JuS* 1992, p. 635.

(33) En este sentido, *vid.*, la ejemplar decisión del Min. Carlos Alberto MENEZES DIREITO, en el REsp. 158.728-RJ, 16.03.1999: “Plano de saúde — Limite temporal da internação — Cláusula abusiva — 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade”.

sociales, de innegable relevancia jurídica, que son los contratos⁽³⁴⁾, las partes contratantes deben también sus deberes de conducta, deben también tratar al otro con lealtad y respeto, no causar daño al patrimonio del prójimo, no impedir que el otro cumpla con sus deberes, en suma, colaborar en la medida de lo posible y según la ley. Estos deberes de conducta que acompañan las relaciones contractuales van a ser denominados de *deberes anexos* (*Nebenpflichten*), deberes que nacieron de la observación de la jurisprudencia alemana al ver que el contrato, en cuanto fuente inminente de conflictos de intereses, debería ser guiado y, más aún, guiar la actuación de los contratantes según el principio de la buena fe en las relaciones⁽³⁵⁾. Deber aquí significa la sujeción a una determinada conducta, sujeción está acompañada de una sanción en caso de no cumplimiento⁽³⁶⁾.

2.1. Intervención del Estado en la autonomía contractual y buena fe

En el Brasil, históricamente, la intervención del Estado en las relaciones contractuales se concentraba en la fijación de precios, en el congelamiento de alquileres y sueldos, en la renovación compulsiva de locaciones⁽³⁷⁾, en la prohibición de la usura y en la declaración de ineficacia de ciertas cláusulas de exoneración en determinados contratos, como el de transporte⁽³⁸⁾. Sin embargo, y con excepción a las normas del derecho laboral, una amplia intervención legislativa sólo sucedería, con la promulgación del CDC⁽³⁹⁾, el cual en sus artículos

(34) Larenz, ob. cit., p. 14, llega a denominar estos contratos de contratos “negociales” (*geschäftliche Kontakts*), como grado de los contactos sociales.

(35) Sobre la evolución de la noción de los deberes anexos y la importancia de la actuación interpretadora de la jurisprudencia sobre el § 242 do BGB, *vid.*, Larenz, ob. cit., ps. 139 y 140. El citado autor utiliza como expresión genérica también “deberes anexos de prestación” (*Nebenleistungspflichten*), p. 138.

(36) Así como el derecho subjetivo es una noción doble, facultad de actuar como la norma autoriza (*facultas agendi*) y acción (en sentido material) para proteger aquella facultad o actuación, el deber (subjetivado en la persona del proveedor de servicios, por ejemplo) también es un binomio, sujeción obligatoria a una conducta o línea de conducta y sanción, respuesta negativa del derecho, al eventual descumplimiento de la conducta impuesta.

(37) *Vid.*, la exposición de BITTAR, Carlos Alberto. “O dirigismo econômico e o direito contratual”. *Revista de Informação Legislativa* 66, ps. 239/255, Brasília, a. 17, abr.-jun. 1980, p. 243.

(38) *Vid.*, la exposición de VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense* 261, ps. 27/35, 1978, p. 29.

(39) El CDC fue reglamentado por el Dec. 2.181, de 20.03.1997, que en su art. 22 permite la elaboración de una consolidación administrativa de las cláusulas consideradas por los *Procons* como abusivas, a concretizar en este sistema administrativo, el art. 51, IV, del CDC — Según decisión de Supremo Tribunal Federal tales listas

deja claro el espíritu proteccionista de la nueva concepción del contrato que lo guía. De la misma forma, y corroborando esta tendencia, el Código Civil de 2002, al consagrar los fines económicos o sociales, la buena fe y las buenas costumbres como límites al ejercicio de prerrogativas jurídicas (art. 187)⁽⁴⁰⁾, así como la función social del contrato como conformadora de la libertad de contratar (art. 421), acentúa la tendencia intervencionista de la legislación.

A decir verdad, la comprensión contemporánea del derecho privado contractual sustenta la posibilidad de reconstrucción del derecho privado y de la autonomía contractual sólo puede ser reconstruida mediante un *revival* de los derechos humanos, en este caso, de los derechos fundamentales, a partir de un Derecho Civil Constitucional de los Contratos⁽⁴¹⁾.

La nueva concepción más social del contrato lo vería —o revisaría— como una institución jurídica flexible, que es hoy punto de encuentro de derechos constitucionales de los sujetos involucrados, algunos merecedores inclusive tutela de derechos fundamentales. La expresión “punto de encuentro de derechos individuales” (*Treffpunkt von Individualrechten*) es de Dieter Schwab⁽⁴²⁾. El autor alemán se refería a la institución familia, como centro o punto donde los derechos subjetivos individuales, derechos humanos y derechos fundamentales del hijo (“legítimo” o “ilegítimo”), de la mujer (casada o no con el compañero), de los padres y de los hijos que se “encuentran “en la familia⁽⁴³⁾. Queremos aquí destacar que los contratos de consumo —de forma más blanda, pero no menos importante y efectiva, en relación a los principios de Igualdad⁽⁴⁴⁾ y de la Dignidad de la persona huma-

de cláusulas abusivas son constitucionales, *vid.*, la decisión del Min. Ilmar Galvão, en *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 32, ps. 273 y ss. *Vid.*, también términos de compromiso de ajuste entre el DPDC y los proveedores, en la *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 30, ps. 260 y ss.

(40) MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito. Proteção da confiança e limites ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 15.

(41) Sobre la nueva teoría contractual y la relación de consumo, *vid.*, por todos, Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, ps. 199 y ss. e, sobre o atual *Direito civil constitucional*, ps. 211 y ss.

(42) Schwab, Dieter, Familienrecht im Umbruch, in *FamRZ*, 1995, p. 514.

(43) Sobre el tema *vid.*, nuestro artículo: Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem, em Eduardo Oliveira Leite (Org.), *Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, ps. 27/60.

(44) Así, BERTHAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. París: LGDJ, 1999, p. 427, concluye que fue la consideración o toma de consciencia de

na⁽⁴⁵⁾— también se tornaron un punto de encuentro de los derechos individuales constitucionales. Así, por ejemplo, cuando la Constitución de 1988 identificó los consumidores como agentes económicos más vulnerables y que deberían ser protegidos por el Estado (art. 5.º, XXXII, da CF/88), cuando ordenó al legislador que esta protección de los sujetos se reflejase en la elaboración de un Código de Defensa del Consumidor, al proteger este sujeto de derechos especial, acabó moldeando una nueva visión más social y teleológica del contrato como instrumento de realización de las expectativas legítimas de estos sujetos de derechos fundamentales, los consumidores.

La fuerza normativa del Derecho Constitucional en el Derecho Privado no puede ser más negado, así como es evidente el efecto horizontal⁽⁴⁶⁾, entre privados, de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*)⁽⁴⁷⁾. Bien o mal, la verdad es que la Constitución Federal de 1988 se interesó indirectamente por la contratación que envuelve consumidores, tanto en el momento en que identificó este nuevo sujeto de derechos fundamentales, el consumidor (art. 5.º, XXXII, de la CF/88)⁽⁴⁸⁾, cuando en el momento en que aseguró su protección, a pesar de la libre iniciativa de mercado (art. 170, V, de la CF/88) y junto con la posibilidad

la debilidad de uno de los contratantes en relación al otro, que llevo a lo que hoy podemos llamar de expresión creciente de igualdad en el derecho privado contractual. Es interesante destacar que el referido autor concluye no sólo en la existencia de un principio de igualdad en relación a las partes, también considera que en los contratos onerosos se puede hablar de un principio general de igualdad que lleve a la equivalencia de las prestaciones (p. 427).

(45) *Vid.*, SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, recordando que la dignidad es inherente a la persona humana, es denominador común de igualdad de todos, como determina el art. 1º de la Declaración Universal de la ONU de 1948: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”, ps. 42 y 43.

(46) Sobre la reserva necesaria del uso de este término, efecto horizontal de los derechos fundamentales, *vid.*, SARLET, Ingo, *Direitos fundamentais e direito privado - Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. *Revista de Direito do Consumidor* 36, 36, ps. 55 y 56.

(47) La expresión “fuerza normativa” es de Hesse, la expresión *Drittwirkung* é do BverfG, de la decisión Luth, *vid.*, por todos ALEXY, ps. 262 y ss. *Vid.*, en portugués, SARLET, en *Revista de Direito do Consumidor* 36, ps. 54 y ss. Como enseña WILHELMSSON, *Information Society*, p. 373: “The [consumer law] development towards including human rights and fundamental rights reasoning even in private law decision-making (*drittwirkung*)... acknowledges that in this use of fundamental rights it is almost always a question of balancing and optimizing conflicting views”.

(48) Sobre derechos fundamentales sociales en la Constitución Federal de 88: SARLET, Ingo. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor* 30, ps. 97 y ss.

de privatización, concesión y otros métodos de iniciativa privada en actividades antes ejercida por el Estado, como es el caso de la salud, educación, habitación, jubilaciones, etc.

El contrato es el instrumento de circulación de las riquezas de la sociedad, hoy es también instrumento de protección de los derechos fundamentales de los individuos contratantes. Es interesante observar que los primeros análisis de los reflejos de la crisis de la posmodernidad en la sociedad de consumo⁽⁴⁹⁾ indicaban que la despersonalización de las relaciones, iniciada con las relaciones masificadas de adhesión y métodos mecánicos de contratación, desembocaría en el nacimiento de “contratos sin sujetos”⁽⁵⁰⁾ o inclusive de una decantada “muerte del sujeto”⁽⁵¹⁾, en una desconstrucción total de este sujeto⁽⁵²⁾. Es cierto que las nociones de individuo y sujeto cambiaron⁽⁵³⁾, pero también cambió nuestro derecho y nuestra manera de ver el sujeto: el sujeto de derechos está allá, no murió, ni desapareció, fue “*re significado*”⁽⁵⁴⁾. Nos parece que, al contrario, este sujeto se calificó con derechos⁽⁵⁵⁾, se multiplicó, hoy son muchos sujetos individuales, sujetos homogéneos, colectivos y difusos, en un nuevo pluralismo de sujetos que no impide que reciban y practiquen —directamente o por medio de representantes— sus derechos⁽⁵⁶⁾. Aceptada esta premisa, nos interesa la

(49) Como demuestra ALAIN TOURRAINE, *Crítica da modernidade*, Instituto Piaget, Lisboa, 1994, p. 304, la sociedad de consumo y la sociedad de información “fizeram nascer um individualismo que se opõe mais eficazmente, hoje em dia, à idéia de sujeito do que o antigo poder absoluto da razão”.

(50) La expresión es creación de GHERSI, Carlos, *La posmodernidad jurídica* – Una discusión abierta. Buenos Aires: Gowa, 1995, p. 56.

(51) La expresión “the death of the subject” es utilizada por JAMENSON, Fredric. *Pós-modernismo* – A lógica cultural do capitalismo tardío. São Paulo: Ática, 1996, p. 5, pero no en el mismo sentido de objeto/tema, y sí de sujeto o de “end of individualism as such”.

(52) Véase, desde una perspectiva muy crítica sobre la veracidad histórica de este decantado (y cínico) discurso posmoderno de desconstrucción, BEWES, Timothy. *Cynism and postmodernity*. London: Verso, 1997, ps. 45 y ss.

(53) Esta es la conclusión de JAMENSON, ps. 6 y GHERSI, *La posmodernidad*, p. 56.

(54) En la literatura extranjera *vid.*, el tomo 34 dedicado al tema (*Le sujet de droit*) de los *Archives de Philosophie du Droit*, París, Sirey, 1989.

(55) Esta es la interesante propuesta de Leonard, Peter. *Postmodern welfare* – Reconstructing an emancipatory project. Londres: Sage, 1997, ps. 32 y ss., de reconstrucción del sujeto a través de un proyecto que llama de “anticipatorio”, como protegerlo de las presiones del mundo actual, como calificar su autonomía de la voluntad, ahora informada y protegida, como garantizarle los riesgos múltiples y complejos de nuestra sociedad para que se pueda en ella bien (y racionalmente..) contratar.

(56) Es interesante reflexionar sobre esta imposibilidad de “dividir” el sujeto y el poder de su representación en la acción civil pública del Ministerio Público Fede-

afirmación de Erik Jayme, que el sujeto de derechos identificado en la posmodernidad se califica cuando recibe derechos fundamentales y acaba por modificar las instituciones en que está⁽⁵⁷⁾.

Este *revival* de los derechos humanos, y en los países de derecho civil constitucional, tiene una explicación simple. El derecho civil perdió en importancia científica. Si nosotros en la posmodernidad ya no confiamos en la ciencia en general, ni en la ciencia del Derecho, ni aun que el Derecho positivado de tipo germánico-romano sería un sistema cerrado, si trabajamos hoy con la posibilidad de que sea un sistema abierto, abierto a factores antes externos como la ideología y la economía para que le sirvan de verdaderos legitimadores... si cosas que estaban fuera del Derecho, que no tenían relevancia jurídica, pasan a ser jurídicamente relevantes⁽⁵⁸⁾. Bien, en este sistema de vacío dogmático y científico, de incertezas y probabilidades, será justamente por medio de la interpretación Constitucional de los derechos humanos, reconocidos en las Constituciones de los países, que nosotros encontraremos la línea para reconstruir el Derecho⁽⁵⁹⁾.

Es cierto que el principio de la buena Fe objetiva en la formación y en la ejecución de las obligaciones posee muchas funciones en la nueva teoría contractual: 1) como fuente de de nuevos deberes especiales de conducta durante el vínculo contractual, los llamados deberes anexos, y 2) como causa limitadora do ejercicios, antes lícito, hoy abusivo, de los derechos subjetivos y 3) en la concreción e interpretación de los contratos⁽⁶⁰⁾. La primera función es una función creadora (*pflichtenbe-grundende Funktion*), sea como fuente de nuevos deberes (*Nebenpfl-*

ral que llevó a la prohibición de fumar en las aeronaves brasileñas, *vid.*, sentencia *Revista de Direito do Consumidor* 31, ps. 304 y ss.

(57) Esta fue la afirmación básica de su curso "Direito patrimonial de familia na pós-modernidade", en 1996, en la *Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, aún inédito. *Vid.*, también en el mismo sentido general, sobre el respeto al individuo y sus derechos humanos, Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995. v. II, ps. 49 y ss.

(58) De forma diferente António Menezes Cordeiro, *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica*, na *Revista da Ordem dos Advogados*, 48, dez. 1988, p. 75, al concluir que el sistema actual del derecho es "abierto, móvel, heterogêneo e cibernético".

(59) *Vid.*, RIZZATTO NUNES, Luis, RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997, ps. 2/69, que examina el CDC a partir de los derechos fundamentales presentes en la Constitución Federal de 1988.

(60) Sobre la importancia de este nuevo paradigma, *vid.*, la excelente obra de AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993, ps. 77 y ss.

chten), deberes de conducta anexos a los deberes de prestación contractual, como el deber de informar, de cuidado y de colaboración; sea como fuente de responsabilidad por acto lícito (*Vertrauenshaftung*), al imponer riesgos profesionales nuevos y ahora no disponibles por contrato. La segunda función es una función limitadora (*Schranken- bzw. Kontrollfunktion*), reduciendo la libertad de actuación de las partes contratantes al definir algunas conductas y cláusulas como abusivas, sea controlando la transferencia de los riesgos profesionales y liberando el deudor como consecuencia de la no razonabilidad de otra conducta (*pflichtenbefreinde Vertrauensumstände*)⁽⁶¹⁾. La tercera es la función interpretadora, pues la mejor línea de interpretación de un contrato o de una relación de consumo debe ser la del principio de la buena fe, el cual permite una visión total y real del contrato en examen⁽⁶²⁾. Buena Fe es colaboración y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales⁽⁶³⁾. La protección de la buena fe y de la confianza despertada forma, según Couto e Silva, la base del tráfico jurídico, la base de todas las vinculaciones jurídicas, el principio máximo de las relaciones contractuales⁽⁶⁴⁾. La buena fe objetiva y la función social del contrato son, en la expresión de Waldírio Bulgarelli, “*como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial*”⁽⁶⁵⁾.

2.2. Buena fe objetiva como fuente de deberes anexos en los contratos

Los deberes de conducta generales existieron siempre, pero cuando integran una relación contractual van a recibir un nuevo nombre especial, ya que su desobediencia dará lugar a una sanción con régimen especial, una sanción contractual⁽⁶⁶⁾. Desobedecer el deber

(61) *Vid.*, por todos FIKENTSCHER, Wolfgang. *Schuldrecht*. Berlín: Walter de Gruyter, 1992, ps. 130 y ss.

(62) BULGARELLI, ob. cit., p. 95.

(63) *Vid.*, las lecciones sobre la buena fe como principio general del derecho de: STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 53.

(64) *Vid.*, COUTO E SILVA, ob. cit., ps. 44 y ss.

(65) BULGARELLI, Waldírio, *Direito empresarial moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 99.

(66) En este sentido, es correcta la observación de JUNQUEIRA DE AZEVEDO de que en el momento pre contractual debemos denominarlos “deberes” y solamente dentro del contrato de “obligaciones” accesorias, secundarias o anexas, *vid.*, DE AZEVEDO, Antônio. A boa-fé na formação dos contratos, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3 (1992), p. 79.

anexo de informar al contratante sobre los riesgos de un servicio a ser ejecutado, o sobre cómo usar un producto, significa incumplimiento, aunque sea parcial⁽⁶⁷⁾.

Aun cuando en Brasil consagramos la expresión alemana de deberes anexos o secundarios, en la medida en que sean contractuales, se tratan de verdaderas obligaciones (obligaciones accesorias, como las denominan los franceses)⁽⁶⁸⁾, a indicar que la relación contractual obliga no sólo al cumplimiento de la obligación principal (la prestación), pero también al cumplimiento de las varias obligaciones accesorias o de los deberes anexos a aquel tipo de contrato.

Actualmente, esto se da tanto en relación al CDC, y su disciplina de los contratos de consumo, como también con los contratos civiles y empresariales regulados por el Código Civil. El CDC trajo como gran contribución la exégesis de las relaciones contractuales en el Brasil, la reglamentación del principio de la buena fe objetiva, como línea teleológica de interpretación, en su art. 4.o, III, y como cláusula general, en su art. 51, IV, positivando en todo su cuerpo de normas la existencia de una serie de deberes anexos a las relaciones contractuales. El Código Civil a su vez, trajo la buena fe objetiva tanto como fuente autónoma de deberes jurídicos (art. 422), como límite al ejercicio de prerrogativas jurídicas (art. 187), cuanto criterio de interpretación de los negocios jurídicos en general (art. 113).

El principio de la buena fe objetiva es tratado, al mismo tiempo, como una medida objetiva (*objektive Masstab*), un paradigma de conducta para las partes, una medida de decisión (*Entscheidungsmaßstab*), un instrumento objetivo de aprensión de la realidad por el juez⁽⁶⁹⁾. Según Jauernig e Vollkommer, las funciones de la buena fe serían:

(67) Los doctrinadores alemanes llegaron a elaborar una nueva denominación para este tipo de incumplimiento, llamaron de “quiebra positiva del contrato” (*positive Vertragsverletzung*), positiva porque la obligación principal fue cumplida (las máquinas fueron entregadas, la operación fue ejecutada), y “quiebra” o “herida” del contrato, porque la información debida (anexa) no fue prestada (los manuales no fueron entregados, los riesgos no fueron aclarados para que el paciente pudiese elegir) y esto frustró, perjudicó, el objetivo del contrato; *vid.*, la lección de Emmerich, Volker. *Das Recht der Leistungsstörungen*. Munique: Beck, 1991, ps. 240 y ss.

(68) Sobre las obligaciones accesorias del derecho francés y su comparación con algunos de los deberes anexos del derecho alemán, *vid.*, la tesis de MAYER (MAYER, Hans-Jochem. *Die “obligations accessoires” im französischen Allgemeinen Vertragsrecht und ihr deutsches pendant*. Tesis de doctorado, Tübingen, Brenner, 1988).

(69) Cf. JAUERNIG/VOLLKOMMER, JAUERNIG, Othmar et alii. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 7. ed. Munique: Beck, 1994, p. 172, § 242, 1.

a) *de complementación o concretización de la relación (Ergänzungsfunktion)*, pudiendo el aplicador de la ley, por medio del principio de la buena fe objetiva, visualizar y precisar cuáles son los deberes y derechos que derivan de aquella relación en especial, también llamada de función interpretativa. La expresión alemana debe ser destacada ya que especifica claramente la función activa del juez, al tratarse del *Richterrecht* (Derecho de los Jueces) es una actividad más completa y compleja de lo que el simple interpretación (sí, concreción de cláusula general). La expresión actual alemana también elucida que la buena fe es fuente de deberes, “descubiertos” en la complementación, en la “fotografía” de la relación, que realiza el magistrado; b) *de control y de limitación de las conductas (Schränkenfunktion)*, ya que principio sirve evidentemente para limitar las “posiciones” jurídicas de los contratantes y el ejercicio de sus derechos, véase, por ejemplo, la prohibición de cláusulas y prácticas abusivas (arts. 39 y 51 del CDC); c) *de corrección y de adaptación en caso de cambio de las circunstancias (Korrekturfunktion)*, al permitir que el juez adapte y modifique el contenido de los contratos para que el vínculo permanezca (manutención del vínculo) a pesar de la quiebra de la base objetiva del negocio, por ejemplo, con la desvalorización del dólar en contratos de *leasing*⁽⁷⁰⁾, o que imponga deberes de renegociación⁽⁷¹⁾ en virtud de la quiebra subjetiva de la base del negocio, por ejemplo, cuando el consumidor pierde su empleo;⁽⁷²⁾ d) *de autorización para la decisión por equidad (Ermächtigungsfunktion)*, pues como cláusula general su concreción

(70) De esta forma la bella jurisprudencia para el caso de desvalorización del real. Destacamos que el Superior Tribunal de Justicia también reconoce en estas circunstancias de “alteración objetiva de la base en que fue celebrado el negocio” que el deudor venga a pedir la rescisión del contrato “excesivamente oneroso”, así Min. Ruy Rosado de Aguiar, en el REsp. 109.331-SP, *DJ*, 31.03.1997.

(71) La doctrina actual está estudiando intensamente los deberes de renegociación, en Alemania (Norbert Horn, Jürgen Baur, Herbert Kronke, Ernsst Steindorff, Gabrielle Fecht, Andreas Nelle etc.), en Italia (Giovanni de Cristofaro, Giuseppe Gandolfi, Franco Anelli, todos sobre cesión de los contratos), en los Estados Unidos (sean los teóricos de la Law and Economics —renegotiation—, sean lo internacionales de 1994), así relata en detalles Martinek, Michael, Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandaufnahme, Kritik... und Ablehnung. *Archiv für die Civilistische Praxis (AcP)* 198, 1998, ps. 390 a 398.

(72) Un muy interesante caso fue decidido por el Superior Tribunal de Justicia, en el REsp. 200.019-SP, j. 17.05.2001, *DJ*, 27.08.2001, donde este tribunal permiti[ó] al deudor (incumplidor), que perdiera su empleo a pedir la rescisión del contrato que no aprovechó y la devolución de las cuotas pagadas, aunque la otra parte se oponga, citando como precedentes los REsp. 132.903-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ*, 19.12.1997, REsp. 109.960-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ*, 24.03.1997,

pasa por las activa participación del juez y no puede escapar al caso en concreto y a la búsqueda de la equidad contractual, originando así un derecho de equidad (*Billigkeitsrecht*) adaptado a la sociedad y a las necesidades actuales.

El primero y más conocido de los deberes anexos (o de las obligaciones contractuales accesorias) es el deber de informar (*Informationspflicht*), previsto expresamente en los artículos 30 y 31 del CDC. Este deber ya es visto en la etapa pre contractual, etapa de tratativas entre el consumidor y el proveedor, cuando el consumidor elige⁽⁷³⁾, por ejemplo, el modelo de automóvil que pretende adquirir, una simple heladera, un alimento natural o genéticamente modificado para dar para su hijo⁽⁷⁴⁾ o la elección del seguro de salud que deberá proteger su familia por los próximos años, de forma más característica, cuales son las carencias y las exclusiones de cada tipo de obra social o plan de sa-

REsp. 79.489-DF, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ*, 22.04.1997 y el ya mencionado REsp. 109.331-SP, *DJ*, 31.03.1997.

(73) En este sentido es ejemplar la decisión del Superior Tribunal de Justicia, ordenando la información al consumidor sobre los precios en los supermercados, en el MS 5986/DF, Min. García Vieira, j. 13.10.1999: “Direito do consumidor - Preço - Produtos - Supermercados - Exigência - Código de Defesa do Consumidor - Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor. A Lei 8.078/90, em seu artigo 6.o, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor: ‘A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam’”.

(74) Véase, defendiendo el derecho de elección por rotulación plena, en memorándum de los Procons, *Revista de Direito do Consumidor* 30, p. 269, y la acción del IDEC sobre el derecho de elección e información del consumidor en materia de organismos genéticamente modificados, en *Revista de Direito do Consumidor* 33, ps. 201 y ss. Véase, prohibiendo la plantación comercial, decisión *Revista de Direito do Consumidor* 31, ps. 273 y ss. *Vid.*, también en la *Revista de Direito Ambiental*, vol. 18, ps. 259/263(ADIn), vol. 12, ps. 166/177 y 244-246 (Acción IDEC y decisión TRF/1.o) en Rio Grande do Sul, tramitan cinco acciones judiciales contra leyes municipales que permitirían la plantación y fueron concedidos 4 *mandados de segurança*. *Vid.*, decisiones del Tribunal de Justicia de Rio Gande do Sul publicadas en *Revista de Direito Ambiental*, vol. 18, ps. 347/352 e MS 7000002742, j. 06.10.99, Des. María Isabel de Azevedo Souza: “Administrativo - Meio ambiente - Saúde - Cultivo de organismo geneticamente modificado - OGM - CTNBio - Soja transgênica Roundup ready - Lei 8.974/95 - Autoridade estatal - Interdição da atividade - 1. O uso de técnicas de engenharia genética na... comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado depende (i) de autorização do poder público federal... e de (II) licenciamento pelo órgão ambiental competente... 2. O parecer técnico conclusivo sobre registro, uso..., comercialização, consumo, liberação... da CTNBio, órgão do Ministério da Ciência e Tecnologia, destina-se a instruir o pedido de autorização dirigido aos ministérios..., não suprimindo a exigência de licenciamento ambiental a cargo da autoridade competente”.

lud, etc.⁽⁷⁵⁾. Aquí las informaciones son fundamentales para la decisión del consumidor (calidad, garantías, riesgos, carencias, exclusiones de responsabilidad, existencia de asistencia técnica en el Brasil, etc.) y no debe haber inducción a error, cualquier dolo o falla en la información por parte del proveedor o promesas vacías, ya que las informaciones prestadas pasan a ser jurídicamente relevantes, integran la relación contractual futura y, por lo tanto, deberán luego ser cumplidas en la etapa de ejecución del contrato, positivando la antigua noción de la prohibición de *venire contra factum proprium*⁽⁷⁶⁾.

Se destaca que el deber de informar es “anexo” a toda la relación contractual, acompañándola desde el nacimiento hasta la muerte, no se agota en la etapa pre contractual⁽⁷⁷⁾. Hoy debido a la complejidad de las prestaciones de servicios actuales, es en la etapa de la ejecución contractual que el deber de informar, como un hacer de buena fe, como una hacer de colaboración y lealtad, se valoriza y se torna realmente “principal” y esencial para la armonía de relaciones entre los contratantes. De la misma forma en la etapa pos contractual, por causa de los riesgos descubiertos a posteriori de la prestación principal, hay necesidad de alerta, de informar a la masa de consumidores y, de modo general, respetar las expectativas legítimas de los contratantes.

El deber de dar aclaraciones (*Aufklärungspflicht*, en alemán y *obligation de renseignements*, en francés) obliga al contratante a transmitir todas las informaciones relevantes para la obtención y el goce de la prestación contractual, como forma de colaborar con el otro contratante. Ya el deber de aconsejar (*Beratungspflicht*, en alemán y *obligation de conseil*, en francés) es un deber más fuerte y sólo existe en las relaciones entre un profesional, especialista, y un no especialista. Cumplir o no el deber de aconsejar significa proveer aquellas informa-

(75) En este sentido: “Civil – Seguro-saúde... A ausência de explicação conceitual, ao nível do *homo medius*, do verdadeiro significado de doença crônica, também conduz à iniquidade da cláusula e a torna abusiva. Não se compreende que num contrato como o que assinam os segurados da..., não são esclarecidos estes pontos importantes que dizem respeito a abrangência das exclusões de cobertura. A inespecificidade e a falta de conceito tornam a cláusula passível de anulabilidade, a teor do art. 115 do Código Civil. Tal dispositivo encontra redação mais clara e moderna no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, mas ambos buscam praticamente o mesmo escopo, que é o de proteger uma das partes da relação contratual contra o arbítrio da outra. Apelo provido (APC 598427227, TJRS, Rel. Des. Carlos Alberto Bencke, julgado em 08.04.1999).

(76) Así enseña WIEACKER, ob. cit., p. 60.

(77) Así enseña AZEVEDO, *Pré-contratual*, ps. 26 y 27.

ciones necesarias para que el contratante ejerza su libertad de contratar mediante decisión libre y racional.

El segundo deber anexo destacado por la doctrina es el “Deber de Colaboración”, de colaborar durante la ejecución del contrato, conforme el paradigma de la buena fe objetiva. Colaborar es actuar con lealtad y no obstruir o impedir⁽⁷⁸⁾. Este deber será alcanzado de forma pasiva por el proveedor manteniéndose fiel a la finalidad contractual y a las expectativas legítimas de la parte más débil (*Leistungstreupflicht*)⁽⁷⁹⁾, así evitando inviabilizar o dificultar la actuación del otro contratante, por ejemplo, cuando este intenta cumplir con sus obligaciones contractuales⁽⁸⁰⁾.

En este sentido Clóvis do Couto e Silva enseña que a pesar de la posición de poder del acreedor (*Machtposition*) es deber de buena fe de este agente económico impedir que su conducta venga a dificultar la prestación del acreedor;⁽⁸¹⁾ como ocurrió en caso jurisprudencial en que la cobranza fue enviada de forma tardía al consumidor y este no pudo realizar el pago a tiempo⁽⁸²⁾, o en caso de negativa del proveedor

(78) Los doctrinadores franceses denominan este deber de “obligación de lealtad”, de “fidelidad a la ejecución”, a objetivo del contrato (*obligation de loyauté* ou *fidelité d'exécution*), *vid.*, MAYER, *ob. cit.*, p. 102. También la decisión del TJRS 70001562370, j. 11.10.2000, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, 20.a Câmara. Cível: “Exibição de documentos - Documento comum às partes —art. 358, III, do CPC— Dever de lealdade e boa-fé inerente aos negócios jurídicos”. Donde dice: “Não calha o argumento do réu no sentido de que teria entregue os documentos e estaria a cargo do autor a juntada deste. Trata-se de documentos comuns às partes, não podendo o banco se negar a fornecê-los, diante do dever de lealdade e boa-fé inerente aos negócios jurídicos”.

(79) JAUERNIG - VOLLKOMMER, p. 179.

(80) Sobre el deber de cooperar “Agravo de instrumento - Contrato de manutenção de serviços de elevadores - Violação do dever anexo que a empresa fornecedora tinha de atender, em face da confiança depositada no vínculo obrigacional, decorrente do princípio da boa-fé - Refletindo a prova colacionada que o contratante-consumidor não deu ensejo a pendência obrigacional, envidando esforços para superá-la, inclusive via depósito judicial, bem como estando a receber a fornecedora dos serviços os valores posteriores a alegada pendência, impõe dever de conduta positiva a prestadora de serviços, sob pena de convalidar-se a violação do princípio da boa-fé negocial e do dever anexo da confiança no atendimento contratado. Recurso improvido (TJRS- AI 70000527887, j. 27.01.2000, Des. Matilde Chabar Maia).

(81) Couto e Silva, *ob. cit.*, p. 120.

(82) En este sentido: TJRS, ApC. 592 093 405, j. 10.08.1992, Des. Araken de Assis: “Plano de previdência privada - Reembolso de despesas médico-hospitalares - Emergência não atendida pela estipulante em face do alegado inadimplemento do contratante - Improcedência da defesa - Prova hábil de que a instituição financeira, escolhida pela estipulante, retardou a remessa dos carnês de pagamen-

de recibir el pago para forzar al contratante a extinguir el contrato original y celebrar un segundo contrato con menores ventajas comparativas⁽⁸³⁾.

Este deber de colaboración debe también ser cumplido de forma activa por los contratantes (*Mitwirkungspflichten*);⁽⁸⁴⁾ no debiendo las partes impedir acceso al objeto de la prestación del otro o inviabilizarla de forma maliciosa (conocida tradicionalmente como *exceptio doli*)⁽⁸⁵⁾. Estas dificultades excesivas impiden el cumplimiento de la prestación principal y significan el incumplimiento de las obligaciones accesorias oriundas del contrato y del deber de conducta según la buena fe: no cumplir el deber de colaboración, de lealtad, significa incumplir, aunque sea parcialmente.

Este deber de lealtad, de colaboración, se refleja también en la redacción de los contratos, cuando es ejecutada de manera unilateral y previa por uno de los contratantes. Diversos contratantes (como es el caso del proveedor en los contratos de consumo), están autorizados a utilizar el método de contratación en masa, a través de contratos de adhesión, y la imposición de condiciones generales, pero deben redactar estos textos de forma clara y precisa, destacando las cláusulas que limiten o excluyan derechos de las partes. De la misma forma, hacemos mención a la actual doctrina germánica que considera incluido en el deber de colaboración positivo, el deber de renegociar (*Neuverhandlungspflichte*) las deudas de la parte contractual más débil, por ejemplo, en caso de quiebra de la base objetiva del negocio⁽⁸⁶⁾. Colaborar aquí es someterse a las modificaciones necesarias a la mantención del vínculo y a la realización del objetivo común y del contrato, lo que en el derecho brasileño está positivado en el CDC en su artículo 51, §2.º Será deber contractual anexo, cumplido en la medida de lo exigible y

to. Nessas condições, a estipulante descumpriu o dever lateral, que toca a todo credor, de colaborar no adimplemento, não sendo imputável ao obrigado, portanto, o descumprimento verificado imediatamente antes de evento que levou-o à hospitalização”.

(83) “Previdência privada. Contrato de assistência médico-hospitalar — Não pode a instituição se negar a receber o pagamento de prêmio a que estava obrigada por contrato perfeitamente celebrado, em vigor há mais de dez anos, alegando vigência de lei nova. Aplicação do princípio do ato jurídico perfeito e direito adquirido (art. 6.º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 5.º, inc. XXXVI, da CF)” (Ap.C. 592.010797, j. 07.04.1992, Des. João A. Medeiros Fernandes).

(84) JAUERNIG - VOLLKOMMER, p. 178.

(85) Esta excepción tradicional es recordada por WIEACKER, ob. cit., p. 59.

(86) JAUERNIG - VOLLKOMMER, p. 178.

de lo razonable para la mantención del equilibrio contractual⁽⁸⁷⁾, para evitar la ruina de una de las partes (excepción de la ruina⁽⁸⁸⁾ aceptada por el art. 51, § 2.o del CDC)⁽⁸⁹⁾ y para evitar la frustración del contrato: el reflejo será adaptación bilateral y colaboración de las condiciones del contrato⁽⁹⁰⁾.

Resta destacar el deber anexo de cuidado (*Schutzpflicht*)⁽⁹¹⁾. La imposición de esta obligación accesoria en el cumplimiento del contrato tiene por finalidad preservar a la otra parte del contrato de los daños a su integridad: 1) a su integridad personal (moral o física) y 2) a la integridad de su patrimonio⁽⁹²⁾. La violación de estos deberes generalmente resulta en daño no sólo material, sino también moral al contratante.

Por último, mencionamos que la doctrina germánica actual alerta para la existencia de deberes pos contractuales de buena fe⁽⁹³⁾. Se tra-

(87) *Vid.*, MENEZES DE CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. vol. 2; reimp. 1997, ps. 998 y ss.

(88) *Vid.*, MENEZES DE CORDEIRO. *Da boa-fé*, vol. II, p. 1.007 y ss.

(89) Destacamos que la norma del art. 51, § 2.o, del CDC, establece el principio de la mantención del vínculo aún en caso de declaración de nulidad de cláusulas contractuales, pero al imponer la integración de la laguna creada por la nulidad, establece expresamente como excepción a estos esfuerzos de integración por el juez el hecho de “decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”. En este caso el CDC ve tanto los intereses del consumidor, como del proveedor, positivando el hecho de que de la actuación del principio de la buena fe y de la declaración de abusividad de condiciones contractuales no deben resultar violación grave (*onus* excesivo) del principio del equilibrio de los contratos.

(90) *Vid.*, sobre el tema de auto revisión en contratos de larga duración, MOSSET ITURRASPE, Jorge. *La frustración del contrato*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991, ps. 118 y ss.

(91) Los autores franceses denominan este deber anexo de obligación accesoria de *securité*, *vid.*, MAYER, ob. cit., p. 113, ya los portugueses prefieren la expresión deber de protección, *vid.*, MENEZES DE CORDEIRO, p. 610. Cualquiera de las denominaciones es válida y útil para la comprensión del fenómeno, motivo por el cual nos inclinamos por la denominación “deber de cuidado”, destacando su aspecto preventivo.

(92) Así en caso de daño resultante de la ejecución del contrato al patrimonio del consumidor donde habrá responsabilidad del proveedor en un grado más alto de que la simple diligencia; aquí es necesario cumplir con un deber de cuidado. *Vid.*, la siguiente decisión: “Caso fortuito - Civil - Ação de indenização - Roubo de veículo no interior de oficina de reparo - Não configuração - Previsibilidade do fato - Ressarcimento devido (STJ); 4.a Turma; REsp 218470; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; Voto por maioria; j. 27.03.2001; DJ, 20.08.2001, p. 470). Ou: Caso fortuito - Processo civil e responsabilidade civil. Roubo em agência bancária. Responsabilidade do banco - Caso fortuito ou força maior - Inocorrência.. (STJ); 4.a Turma; REsp 227364; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; Voto por unanimidade; j. 24.04.2001; DJ, 11.06.2001, p. 226).

(93) Cf. JAUERNIG - VOLLKOMMER, p. 179 e 180.

tan de los mismos deberes de buena fe anteriores, pero que en virtud de la complejidad de las relaciones y eventual peligrosidad del objeto de la prestación (bienes, productos o servicios colocados en el mercado) dan causa a deberes de cuidado, información⁽⁹⁴⁾, y aviso específicos⁽⁹⁵⁾. El principio de la buena fe objetiva es, por lo tanto, un principio limitador del principio de la autonomía de la voluntad y un elemento creador de nuevos deberes contractuales, que debe contar, para su mayor efectividad, con su previsión legal específica⁽⁹⁶⁾.

De las funciones del principio de la buena fe objetiva, la más utilizada es la función interpretativa, con expresa mención en los artículos 113 del Código Civil y 47 del CDC, como normas que concretizan el principio⁽⁹⁷⁾ y norma que aclara, según el caso, la conexión entre el negocio principal y negocios accesorios. Se observa igualmente que la jurisprudencia exige un grado elevado y calificado de conducta de la buena fe cuando se trata de contrato de adhesión.

3. FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO BRASILEÑO

Sin desconocer la enorme importancia de la buena fe objetiva, no se limitan en su amplia previsión legislativa actual⁽⁹⁸⁾ las transformaciones contemporáneas del *nuevo derecho de los contratos*. En sentido

(94) En este sentido la *Portaria* 001, de 15.03.2001, del *Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça*, que en su art. 1º, establece como abusiva la cláusula que, violando este deber pos contractual de cooperar: “1. estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato” e “8. considere, nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, o silêncio do consumidor, pessoa física, como aceitação tácita dos valores cobrados, das informações prestadas nos extratos ou aceitação de modificações de índices ou de quaisquer alterações contratuais”.

(95) En este sentido la *Portaria* 001, de 15.03.2001, del *Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça*, que en su art. 1º, establece como abusiva la cláusula que, violando este deber pos contractual de cooperar: “6. autorize, em virtude de inadimplemento, o não fornecimento ao consumidor de informações de posse do fornecedor, tais como: histórico escolar, registros médicos, e demais do gênero;”

(96) *Vid.*, por todos TEPEDINO, Gustavo, coord.). *Direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, ps. 11 y 12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor..., vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina...”

(97) Por ejemplo: “ApC. 70000633487, j. 28.05.2001, Des. Matilde Chabar Maia: Ação de cobrança - Subscrição de ações - CRT - Interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor - Boa-fé negocial”. Destacamos que la relatora no consideró la relación de consumo, pero utilizó el art. 47 del CDC.

(98) La buena fe, textualmente en la norma, está prevista tanto en el Código de Defesa do Consumidor, de 1990, art. 4º y 51, como en el Código Civil, de 2002, arts. 112,

estricto, el aspecto más relevante de estas transformaciones a que hacemos referencia es el surgimiento de una *concepción social del contrato*⁽⁹⁹⁾. Esta noción se refiere al hecho de que el contrato, al mismo tiempo e que posee elevada representación como expresión del poder de la autonomía individual para producir normas y efectos jurídicos según la voluntad de las partes, también debe ser regulado en consideración a los eventuales efectos que producen a la comunidad y a la frustración de los intereses de los contratantes en razón de la realidad social de diferencias entre los niveles de poder de los diversos sujetos involucrados en la conformación del pacto.

En este contexto surge, en el nuevo Código Civil, la cláusula general del artículo 421, que introduce en el derecho brasileño⁽¹⁰⁰⁾, desde el punto de vista legislativo, el principio de la función social del contrato, en los siguientes términos: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Y a pesar del poco tiempo de vigencia del nuevo Código, el significado y las posibilidades de esta nueva cláusula general ya son objeto de viva preocupación de los juristas brasileños, siendo inclusive considerada por reconocidos autores, como la más importante innovación del Código Civil en el contractual⁽¹⁰¹⁾. Es por ello que es necesario distinguir entre los efectos del principio de la buena fe y este otro importante principio de derecho contractual, la función social de los contratos.

3.1. Orígenes de la función social de los contratos en el derecho privado brasileño

Es sabido que la expresión *función social*, en el derecho privado, tiene su origen normativa⁽¹⁰²⁾ vinculada a la función social reconocida a la

187 e 422, y en este último diploma se indica su triple función de principio interpretativo, límite al ejercicio de derechos subjetivos y fuente autónoma de deberes jurídicos.

(99) MARQUES. *Contratos...*, p. 175.

(100) La referencia es útil porque el art. 421 del Código Civil es el primero que se refiere expresamente a la *función social del contrato*. No es desconocida la fuerte presencia de esta concepción social del contrato previo a la vigencia del Código Civil, aunque sea más representativa la lógica de las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor.

(101) Así se refiere Paulo Luiz NETTO LÔBO. “Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. *Revista de direito do consumidor*, n. 42. São Paulo: RT, abril-junho/2002, ps. 187/195.

(102) No se desconoce la importancia de la famosa conferencia del jurista alemán Otto VON GIERKE, a principios del siglo, titulada “Función social del derecho privado”, en la cual fueron trazadas varias de las líneas de argumentación en favor de la función social, que posteriormente viabilizarían su incorporación al derecho

propiedad, prevista en las Constituciones mexicana, de 1917, y alemana, de 1919. En términos generales, el reconocimiento de la función social a la propiedad tuvo por finalidad primordial la atribución de deberes jurídicos al titular del derecho subjetivo, en paralelo a los poderes jurídicos que derivan de esta titularidad (usar, gozar, disponer y reivindicar)⁽¹⁰³⁾. La utilidad del concepto era el de limitar la amplia libertad de ejercicio del derecho del propietario, en razón de intereses valorados como preferenciales, y que se identifican con los intereses de la comunidad.

Por otro lado, la consideración de la dimensión social del derecho está igualmente presente en el ordenamiento en diversas disposiciones, como por ejemplo, la exigencia del artículo 5º de la Ley de Introducción al Código Civil, por la cual el juez deberá en la aplicación de la ley, atender “*aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. En la misma línea de principio se encuentran las normas que se cualifican como “*de interés social*”, como ocurre con el Código de Defensa del Consumidor (artigo 1º).

La exacta comprensión de la *función social*, va más allá de la simple noción de finalidad, la cual se caracterizaría por mero elemento adjetivo de un concepto dado (como en el caso en estudio, del contrato). En la lección de Ferreira de Almeida, se trata *función* de término polisémico, que en sentido lógico matemático, puede ser definido como la “*relação de correspondência entre o domínio de duas variáveis*”. Y en sentido orgánico como “*função é cada uma das partes constituintes de uma estrutura; em sentido instrumental (que é o mais utilizada na linguagem comum e também na linguagem jurídica tradicional), função significa o meio para atingir uma finalidade ou essa mesma finalidade*”⁽¹⁰⁴⁾.

Al referirse a la *función social del contrato*, de una primera interpretación del propio texto de la norma del artículo 421 ya se extraen dos aspectos característicos de su significado. Primero, que configura

positivo, explícita o implícitamente. GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*, trad. por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Española, 1904.

(103) Es emblemática, en este caso, la opción legislativa de la Constitución alemana de Weimar, de 1919, que al consagrar el principio de la función social de la propiedad, inaugura el texto de la norma con la significativa expresión “la propiedad *obliga*”. Consagra así la idea central de dispositivo que pretendía conciliar los poderes del propietario con determinadas exigencias sociales, cuyo respeto configuraría el deber jurídico ínsito a su ejercicio. Más información en: MIRAGEM, Bruno. O artigo 1228 do Código Civil e os deveres do proprietário em matéria de preservação do meio ambiente. *Cadernos do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Edição especial sobre direito ambiental. Porto Alegre: UFRGS, maio/2005, ps. 21/44.

(104) FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, v. I. Coimbra: Almedina, 1992, p. 441.

un *límite a la libertad de contratar*; y segundo, que presenta un *vínculo orgánico entre el ejercicio de la libertad/derecho subjetivo de contratar y la finalidad social de esta prerrogativa*. En este segundo caso, la previsión de una finalidad social del derecho de contratar asume entonces diferentes posibilidades de interpretación, que pueden abarcar tanto una especie de garantía de *acceso al contrato*, cuanto el derecho de su *manutención*, así como un *control de mérito y contenido* del objeto contratado, como forma de adecuarlo a lo que se considere bajo ciertos padrones sociales vigentes, como *justo* en materia contractual (por lo que se que se podrá, por ejemplo, identificar el fundamento del equilibrio de las prestaciones en determinados contratos⁽¹⁰⁵⁾).

Destacamos que la promoción y el carácter efectivo de la función social del contrato se verificará cada vez más intensidad, por la intervención del Estado —por intermedio de la ley— en la esfera que *a priori* se considera de libre conformación por la voluntad individual de los contratantes, para *direccionar, restringir o ampliar* el contenido jurídico de los contratos celebrados. Esta actividad se le reconocerá, en nuestro sistema, al juez⁽¹⁰⁶⁾, a quien la ley en ciertos casos ya determina que promueva la integración del contrato, visando su manutención y máxima eficacia.

La nueva realidad contractual —derivada de las profundas transformaciones del mundo en materia de desarrollo económico y tecnológico, de la valorización de la información y de las comunicaciones, así como del fenómeno de la masificación de los contratos— mereció de la ciencia jurídica respuesta precisa, habiéndose formado lo que se puede denominar de *nueva teoría contractual*. En líneas generales, esta renovación teórica se caracteriza por la superación del dogma de la voluntad y del carácter absoluto de la fuerza vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*), como también por el reconocimiento de nuevos deberes jurídicos entre los contratantes, cuyo origen es independiente de la voluntad, pero que son consecuencia de los principios jurídicos que informan el *derecho de los contratos*, como la buena fe.

(105) Para el tema del equilibrio de los contratos, véase, entre otros, el excelente estudio de Luis Renato FERREIRA DA SILVA. *Revisão dos contratos. Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

(106) Marielle DE BÉCHILLON anota que entre las finalidades básicas del concepto estará la autorización del ordenamiento jurídico para que el juez actúe evaluando la situación y la extensión de los efectos, como forma de garantizar su efectividad. BÉCHILLON, Marielle de. *La notion de principe general en droit privé*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, ps. 87 y ss.

De la misma forma, las transformaciones gestadas en otros tantos sectores del derecho privado, así como la elevación a la Constitución de la República de materias originariamente tratadas bajo el manto del derecho civil, así como por la influencia del derecho comparado⁽¹⁰⁷⁾, llevaron al surgimiento de lo que se acordó en llamar de *Escuela del derecho civil-constitucional*. Su premisa básica es la identificación de la eficacia de las normas constitucionales en las relaciones privadas.

Según el entendimiento de los estudiosos de esta *Escuela*, los fundamentos de la nueva teoría contractual y su reconocimiento por los tribunales se encuentran en la Constitución, en especial en su artículo 1º, incisos III y IV que relacionan entre los fundamentos del Estado Democrático de Derecho, la dignidad de la persona humana y los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa⁽¹⁰⁸⁾, o aún el artículo 170, que al inaugurar el capítulo del orden constitucional económica, determina sus fundamentos y principios informadores⁽¹⁰⁹⁾. De esta forma, tales disposiciones revelarían una auténtica opción político constitucional, de orientación *solidaria*⁽¹¹⁰⁾, la cual informaría el ejercicio de una serie de libertades privadas en razón de la finalidad social reconocida a los institutos de derecho privado a partir de la Constitución.

Se podría criticar la disposición del artículo 421 del Código bajo el argumento de que la misma revela una especie de condicionamiento excesivo de la libertad de contratar, sobre todo debido a la influencia

(107) Acerca de las relaciones entre el derecho privado y el derecho constitucional en el derecho comparado, Konrad Hesse; *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995; e CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo WOLFGANG (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, ps. 223/244. Sobre el derecho italiano: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Roma: Edizione Scientifiche Italiane, 1991, y del mismo autor: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

(108) TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16. En la misma obra, *vid.*, el estudio de Leonardo de Andrade Mattietto. O direito civil-constitucional e a nova teoria contratual, ps. 163/186.

(109) En este sentido GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, ps. 95 y ss.

(110) FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. "A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social". In: SARLET, Ingo (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, ps. 127/150; FRANCO, Alice Moreira. Função social do contrato. *Revista de Direito Renovar*, v. 23. Rio de Janeiro: Renovar, maio-agosto/2002, ps. 135/147.

del Código Civil italiano de 1942⁽¹¹¹⁾, cuya marca intervencionista⁽¹¹²⁾ derivada del régimen político en aquel momento vigente, tendrían dado origen a tales normas de cuño restrictivo. Por otra parte, surgen en el derecho francés reacciones a lo que entienden ser algunos autores una excesiva intervención estatal en la autonomía de las partes para contratar, cuya intensidad termina por comprometer la propia noción de contrato como espacio de libertad individual para constituir efectos jurídicos. Estos autores indican la necesidad de un movimiento contrario, de desregulación, frente a lo que denominan de *nueva crisis del contrato* (*la nouvelle crise du contrat*)⁽¹¹³⁾.

Sin embargo, no vislumbramos la prosperidad de esta crítica, debido a las influencias que se reconocen no apenas al derecho de los contratos, como también a otras tantas normas previstas en el Código, como es el caso de diversas cláusulas generales y de reglamentación de situaciones aún no incorporadas anteriormente en la codificación. Refiriéndose especialmente a la *función social del contrato*, su vigencia atiende a lo que el supervisor del Proyecto del Código, Miguel Reale, indica como la directriz de la *socialidad*, la cual parece ser considerada en razón de la necesidad de aproximación de la legislación a los significativos cambios sociales y económicos vividos en el país⁽¹¹⁴⁾, buscando mirar en sus efectos concretos en las diversas relaciones particulares a que se va a aplicar⁽¹¹⁵⁾. De la misma forma, se verifican sus conexiones vivas con otra directriz conocida de la nueva codificación, la *eticidad*, ya que establece una noción de medida para los contratos, derivado de un mandamiento moral y ético de lealtad y respeto en el contrato⁽¹¹⁶⁾.

(111) De forma diversa, los que identifican el origen de la disposición en el derecho francés, como Humberto THEODORO JÚNIOR. *O contrato e sua função social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40.

(112) En este sentido el art. 1322 del Código italiano, que al definir la autonomía contractual, afirma: "Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi a venti una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

(113) Destacamos la obra colectiva organizada por Denis MAZEAUD e Christophe JAMIN. *La nouvelle crise du contrat*. París: Dalloz, 2003. En sentido similar para el derecho brasileño HUMBERTO, THEODORO JÚNIOR. *O contrato e sua função social*, ps. 106 y ss.

(114) REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 38.

(115) REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, ps. 44/45.

(116) Sobre el tema, Georges RIPERT, en su traducción brasileña. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

Otra crítica bastante difundida⁽¹¹⁷⁾ es el modo como se utilizó en la redacción del artículo 421 del Código, la referencia de que la libertad de contratar será ejercida *en razón* de la función social del contrato. Se trata, evidentemente, de un punto de vista semántico, de una imprecisión, ya que no puede existir una única forma de ejercer la libertad de contratar. Esta hipótesis no ofrece la mejor interpretación porque no se puede admitir la idea de que el ejercicio de una libertad sea vinculado a un sentido singular de la función social, que por su naturaleza, es un término sujeto a la integración de su significado por el aplicador del derecho. Por tales motivos es que nos parece que la mejor interpretación del texto —autorizada desde el punto de vista semántico— es de que la expresión “*en razón*”, sea entendida como determinación para que se considere, siempre, la función social del contrato. O sea, que se la interprete debidamente como “*en consideración a la función social del contrato*”.

La pregunta que se proyecta entonces es a quien le compete concretizar la norma conformadora/restrictiva de la función social de los contratos. Parece correcto decir que se trata de una competencia estatal, que a rigor ya es ejercida por el Estado en el ejercicio de su competencia legislativa, cuando establece la conformación de una serie de contratos, como es el caso de los contratos de consumo⁽¹¹⁸⁾.

Desde otra perspectiva, el reconocimiento de la posibilidad de imponer restricciones, desde luego remitiendo a la noción de control de la libertad contractual, impone el temor de la existencia de eventuales abusos⁽¹¹⁹⁾ que se cometan a este título, como sería el caso de la autoridad administrativa que desee integrar el significado de la función social por intermedio de una reglamentación infra legal. Es sabido que al recurrir el legislador a la utilización de cláusulas generales, como es el caso del artículo 421, él otorga al aplicador del derecho la competencia de integrar tales cláusulas de significado de acuerdo con el caso, actualizando su aplicación y permitiendo la obtención de una solución

(117) Entre otros: BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação do contrato no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005, ps. 90/92.

(118) Sobre el creciente intervencionismo del Estado, afirmamos: “*O direito dos contratos socializado redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente*”. MARQUES. *Contratos...*, p. 178.

(119) REZZÓNICO, Juan Carlos. *Princípios fundamentais de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 222/223.

apropiada para el caso en examen⁽¹²⁰⁾. Razón por la cual se entiende que esta competencia de reconocimiento y aplicación de la función social del contrato será indicada al Poder Judicial⁽¹²¹⁾, a partir de lo que se formará el denominado *derecho de los jueces*⁽¹²²⁾.

La cláusula general del artículo 421 es así una norma dirigida al juez, para que este haga preciso su significado de acuerdo con el caso, y según los esfuerzos de interpretación que la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron en razón de la nueva realidad social y sus exigencias sobre la finalidad y la utilidad de la concepción de contrato en el derecho brasileño.

Si el origen de la función social se de los contratos esta dado en el ámbito legislativo, se hace necesario, en un segundo momento, definir sus efectos concretos. La cuestión específica es saber de qué modo la función social actuará en la conformación de la autonomía privada contractual, estableciendo su contenido según cada situación. Sobre el tema, no puede ser desconsiderado el hecho de que la función social del contrato haya sido precedida en el derecho brasileño, por el principio de la buena fe objetiva, que habiendo sido reconocido como principio general del derecho, tiene su aplicación asentada a partir de la vigencia del Código de Defensa del Consumidor.

Por lo tanto, y considerando que se tratan de *conceptos recíprocamente complementarios* expresión de *paradigmas éticos para el derecho* (las *ventanas para lo ético* a que hace referencia Josef Esser al estudiar la cláusula de buena fe alemana⁽¹²³⁾), es imperativo que se observe la utilidad de cada una de estas cláusulas para la conformación de la autonomía privada contractual.

De un lado la buena fe, tal cual apreciada en nuestro derecho, aparece como un principio cuya aplicación al derecho de los contratos se traduce por tres funciones básicas, que son: a) como principio de

(120) Sobre el tema, Judith MARTINS-COSTA. "O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do novo Código Civil brasileiro". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15. Porto Alegre, 1998, ps. 129/154.

(121) REZZÓNICO. *Princípios...*, cit. p. 223.

(122) El *Richterrecht*, en la expresión recogida por Cláudia Lima Marques del derecho alemán. En este sentido, sobre el carácter positivo del derecho de los jueces en el derecho brasileño, *vid.*, la introducción de Cláudia Lima Marques, IN: MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Aspectos Materiais*. São Paulo: RT, 2004, ps. 23 y ss.

(123) ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 185.

interpretación e integración de los negocios jurídicos; b) como límite al ejercicio de derechos subjetivos, y c) como fuente autónoma de deberes jurídicos⁽¹²⁴⁾. Se ve por lo tanto que la buena Fe actúa fundamentalmente por medio de una *función creadora* de deberes y al mismo tiempo con una *función limitadora* del ejercicio de derechos subjetivos, a la par de la *tercera función* de naturaleza *interpretativa*. O sea, actúa en la formación de los efectos entre los contratantes, pero más allá de lo que se estableció expresamente en el pacto.

Ya la *función social de los contratos* ha sido reconocida entre nosotros como fuente para el reconocimiento de *nuevos efectos* para los contratos. Y en aquello que se distingue de la buena fe, se va a revelar principalmente por la generación de efectos a otros sujetos que no sean los contratantes (eficacia ante terceros), tesis cuyo origen remonta al derecho francés⁽¹²⁵⁾, y que en Brasil fue difundida a partir de un conocido parecer del profesor Antônio Junqueira Azevedo⁽¹²⁶⁾, cuyo resultado determina la flexibilización del clásico principio de la relatividad de los contratos.

Pero en otro sentido, se nota que este carácter de complementariedad entre la buena fe y la función social, derivada de los avances que surgen de la aplicación de la primera en el derecho brasileño, puede dar origen a que la función social no determine apenas la generación de efectos independientes de la buena fe, pero que igualmente califique el sentido y el resultado de la aplicación de este principio. Esta *función calificadora ejercida* por la función social sobre la buena fe no determina *a priori*, la creación/origen de deberes distintos de aquellos que la doctrina y la jurisprudencia ya reconocen. Se trata de una distinción de intensidad sobre los deberes jurídicos o los límites ya establecidos por la buena fe, como los deberes de colaboración, lealtad, y respeto a las expectativas legítimas. De esta forma, la función social, debido a su carácter más relacionado a los intereses de la comunidad (sociedad) se coloca como principio calificador de la buena fe (más vinculado a los intereses y expectativas de las partes del contrato).

(124) MARQUES. *Contratos...*, ps. 180 y ss.

(125) GHESTIN, Jacques. FONTAINE, Marcel. *Les effets du contrat à l'égard des tiers*. París: LGDJ, 1992.

(126) AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: RT, 2004, ps. 137/147.

Esta cualificación, por su parte, no deberá ser reconocida en todos los contratos, pero sobre todo a aquellas que presentan mayor relevancia social, lo que desde luego autoriza a relacionar, entre otros, a los contratos masificados, a los de servicios públicos, a los de concesión de crédito, así como los de prestación de servicios o de seguro de salud. En estos, la naturaleza de los deberes jurídicos o de los límites establecidos por la buena fe objetiva, en razón de la función social de los contratos, deberán ser identificados/interpretados en atención al carácter de esencialidad o relevancia social reconocida al objeto de estas contrataciones.

De la misma manera, la función social del contrato ilumina el raciocinio y el procedimiento de toma de decisión del juez⁽¹²⁷⁾ en el examen de conducta de los contratantes así como su resultado (cumplimiento o incumplimiento del contrato). En este aspecto, la función social podrá informar al juez, tanto en la identificación de la necesidad de conservación del contrato —y a partir de esto determinar los esfuerzos de integración del juez la finalidad de mantenerlo—, como en la posibilidad de, en ciertos casos, promover la revisión de los términos del contrato. Esta revisión contractual⁽¹²⁸⁾, en el caso, encuentra su sede normativa por la aplicación estricta de la teoría de la imprevisión (artigo 317 del Código Civil⁽¹²⁹⁾), o aún por la interpretación más flexible de las causas de desequilibrio del pacto, como las expresiones “*imprevisibles y extraordinarios*”, presentes en los artículos 478 del Código Civil⁽¹³⁰⁾, en relación a la resolución por onerosidad excesiva, o simplemente la expresión “*hechos supervinientes*”, del artículo 6º, inciso V, del CDC⁽¹³¹⁾.

(127) Sobre el tema: Amanda Flávio DE OLIVEIRA. O juiz e o novo contrato – considerações à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto. PFEIFFER, Roberto. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Convergências e assimetrias*. São Paulo: RT, 2005, ps. 325/341.

(128) Excluimos de la exposición la llamada revisión del contrato por la nulidad de cláusulas abusivas (art. 51 del CDC), porque la actuación judicial en el caso resulta de la determinación legal expresa, y no de la función social do contrato.

(129) “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

(130) “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

(131) Assim assentou seu entendimento o STJ, nos casos que versavam sobre contrato de leasing para aquisição de automóvel, que não se aplica ao CDC o re-

Por último, es preciso recordar que la desobediencia de la función social del contrato dará causa, en especial, a dos sanciones específicas, que son la nulidad de la cláusula o del contrato que la violen, por fuerza de lo establecido en el artículo 2.035, párrafo único, del Código Civil⁽¹³²⁾, así como imputación del deber de indemnizar de quien la tenga violado por causa del daño que surja de esta violación⁽¹³³⁾.

3.2. Efectos de la función social de los contratos en el derecho brasileño

La definición del contenido de la función social del contrato, como ya afirmado, sólo se alcanza por la comprensión del ejercicio de raciocinio del aplicador del derecho frente al caso. No es por eso que desde luego no sea posible identificar ciertas líneas de interpretación con fundamento en el origen de la función social y su situación frente a la nueva teoría contractual.

La premisa básica, en este caso, es que la *función social del contrato* introduce las nociones de *igualdad contractual* y, por consiguiente, de *equilibrio contractual*, presentes en el derecho del consumidor, en el régimen general del derecho civil. La inteligencia de estos fenómenos requiere que se distinga entre la *presunción de desigualdad* del consumidor en el régimen del CDC y en el régimen general del Código Civil. En este último, no se puede reconocer *a priori* la desigualdad entre las partes, pero será admitido, con fundamento en el principio de la función social del contrato, que el juez identifique en el caso, y de acuerdo con las reglas ordinarias sobre la carga de la prueba (artículo 333, inciso I, del Código de Proceso Civil) y del principio procesal del dispositivo⁽¹³⁴⁾, situaciones típicas de desigualdad y desequilibrio.

De la misma forma, la circulación de riquezas en sí misma se puede identificar como integrante del macro concepto de la *función social del*

quisito da imprevisibilidade, bastando a demonstração objetiva do desequilíbrio: REsp 376877/RS; 3ª Turma. Rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, j. 06.05.2002 e REsp 299501/MG; 3ª Turma. Rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, j. 11.09.2001. Los fallos completos pueden ser consultados en: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM, *Comentários...*, ps. 163/167.

(132) "Art. 2035...; Parágrafo único: Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

(133) En este sentido: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa María de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 181.

(134) *Vid.*, TARUFFO, Michelle. « Le prove ». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, ano XLIX, Roma: Giuffrè, dezembro/1995, p. 1482.

contrato. A partir de esto, cualquiera que sufra los efectos económicos del contrato, habiendo reconocido sus consecuencias como perjuicios en su esfera patrimonial, podrá tener su pretensión de resarcimiento reconocida, cuando fuera el caso, frente a los que dieron causa al fenómeno⁽¹³⁵⁾.

Por otro lado, es cierto que la función social del contrato, en la senda de lo que ya se puede percibir como efecto de la buena fe objetiva, puede dar causa, en el campo de la relevancia social de ciertos contratos, a una superación del sentido unilateral de protección de los intereses del acreedor en el contrato, como será el caso del artículo 413 del Código Civil, que permite la reducción equitativa de la cláusula penal establecida de modo excesivo⁽¹³⁶⁾, o la posibilidad de convalidación del contrato anulable, cuando reclamado por interés de las partes o por el interés social⁽¹³⁷⁾.

Sobre esta última hipótesis, que a pesar de decir sobre la posibilidad de confirmación del contrato inválido y por lo tanto anulable, nos coloca ante un tercer aspecto a ser considerado sobre las líneas de interpretación de la función social del contrato, ya que motiva el surgimiento de un derecho subjetivo de manutención del contrato en el régimen general del Código Civil. Por este raciocinio, la función social estaría fundamentando las hipótesis de revisión o aún de renegociación de lo pactado, en consideración del principio de la equivalencia de las prestaciones, pero igualmente en razón de la relevancia social que poseen determinados contratos en la sociedad contemporánea.

El primer efecto reconocido de la función social del contrato en el derecho brasileño, como ya referido, dice al respecto del reconocimiento de sus efectos no apenas en relación a los contratantes, pero también en relación a terceros que de algún modo toman contacto con el objeto pactado. Se trata de una superación de la regla romana, según la cual *res inter alios acta allius neque nocere neque prodesse potest* (lo negociado entre las partes no puede ni perjudicar ni beneficiar a terceros).

Esta distinción tuvo lugar en dictamen firmando por el profesor Antônio Junqueira de Azevedo, a pedido de la *Companhia Brasileira*

(135) FERREIRA DA SILVA. *A função social do contrato...*, p. 136.

(136) "Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio".

(137) NERY - NERY, *Novo Código Civil...*, p. 181.

de Petróleo Ipiranga. El caso trataba sobre la posibilidad o no de que las estaciones de servicios vinculados por contrato a ciertas distribuidoras “com bandeira” (marca), pudiesen o no ser obligados a adquirir de estas mismas distribuidoras otros productos derivados, como aceites, lubricantes o aditivos. La disputa surgió justamente por la revocación disposiciones gubernamentales anteriores que imponían a las estaciones de servicios la obligatoriedad de que se vinculen a una determinada distribuidora. Con la revocación de estas disposiciones, tal providencia se tornó facultativa. La cuestión de si las estaciones de servicios continuaban o no obligadas a adquirir los productos de la distribuidora vinculada quedó limitada explícitamente en algunos contratos de distribución, y según lo indica el citado profesor, implícitamente en los demás, por fuerza de la utilización de la marca de la distribuidora y su presentación al consumidor⁽¹³⁸⁾.

Con esto la cuestión presentada hacía referencia al hecho de que otras distribuidoras pasaron a proveer estos productos a las estaciones de servicios vinculadas contractualmente a la Distribuidora Ipiranga. Esta a su vez tenía la pretensión de ingresar con acción judicial contra las distribuidoras que promovían la desobediencia del contrato existente entre ella y las estaciones de servicios, en la medida en que vendían a estas los productos vedados por contrato de exclusividad.

Fue entonces que, aplicando al caso el principio de la función social del contrato, el profesor de la Universidad de São Paulo afirmaría que, aunque no sean partes de los contratos, *los terceros no pueden comportarse como si el contrato no existiera*⁽¹³⁹⁾, diferenciando las nociones de *relatividad* y *oponibilidad* en relación a los contratos. Según esta distinción, a pesar de que los contratos producen sus efectos en relación a los contratantes, en la relación de débito/crédito, débito/responsabilidad, *su existencia es oponible a todos*, de modo que todo aquel que puede contribuir para su incumplimiento, sean partes o terceros, responderán por los perjuicios que causen. Y en el caso de los terceros, se tratará de hipótesis de responsabilidad aquiliana, lo que en el caso examinado era factible debido a la caracterización de la competencia desleal y falta de respeto a los derechos de los consumidores de aquellos productos por las distribuidoras que promovían

(138) JUNQUEIRA AZEVEDO. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado, p. 139.

(139) JUNQUEIRA AZEVEDO. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado, p. 142.

la quiebra del contrato existente entre las estaciones de servicios y la Distribuidora Ipiranga⁽¹⁴⁰⁾.

Sin embargo, esta tesis no es unánime entre la doctrina especializada. Como demuestra Luis Renato Ferreira da Silva, aunque se pueda indicar la oponibilidad del contrato en relación a terceros, se puede identificar aquí no la simple amenización del principio de la relatividad, sino que este efecto puede derivar directamente del deber general de no causar daño a los demás⁽¹⁴¹⁾.

Buscando combatir esta crítica, el profesor Luis Renato Ferreira da Silva cita otras hipótesis en las que el efecto relativo puede ser tomado en consideración si es interpretado de acuerdo con el principio de la función social de los contratos. En el primer caso, se trata de contrato celebrado entre el asegurado y la aseguradora, en el cual habiendo existido el incumplimiento del primero, y sucediendo el siniestro, y luego de probada la falta de medios del culpado para el pago, se autorizó en carácter excepcional la acción directa de la víctima contra la aseguradora⁽¹⁴²⁾. El segundo caso trata sobre un tema que posteriormente fue consolidado en la jurisprudencia del *Superior Tribunal de Justiça*, son los contratos celebrados en el ámbito del Sistema Financiero da Habi-

(140) Ídem, ps. 146/147.

(141) FERREIRA DA SILVA, A função social dos contratos..., ps. 140/141.

(142) En el fallo citado se lee: "Denúnciação da lide. Seguradora. Execução da sentença. 1. A impossibilidade de ser executada a sentença de procedência da ação de indenização contra a devedora, porque extinta a empresa, permite a execução diretamente contra a seguradora, que figurara no feito como denunciada a lide, onde assumira a posição de litisconsorte. 2. Não causa ofensa ao art. 75, I, CPC, o acórdão que assim decide. Recurso não conhecido (STJ - RESp 97590/RS; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. j. 15/10/1996; P. DJU 18.11.1996, p. 44901). No mesmo sentido a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mencionando a função social do contrato: "Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Legitimidade passiva das rés. Reparação de danos pessoais e morais decorrentes de fratura cominutiva do umero distal. Colisão na traseira a gerar a presunção de culpa do motorista do veículo segurado. Não prevalece a argüição de ilegitimidade passiva da pessoa em cuja posse se encontra o veículo e que inclusive procede ao seguro facultativo do mesmo. De igual forma, pode a seguradora ser demandada diretamente pelo terceiro, para honrar cobertura securitária, tendo em vista a função social do contrato (precedente do STJ). No mérito, sendo admitido pelas rés que o condutor do veículo segurado colidiu na traseira da camioneta que seguia a sua frente, e não havendo provas que elidam a presunção de culpa daquele que colide por trás, por certo que há o dever de reparar os danos pessoais e morais provocados, os quais, diante da inexistência de maiores elementos de prova, são arbitrados em proporção à extensão da lesão sofrida. Recurso parcialmente provido (Recurso Cível nro. 71000617548, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais - JEC, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 17/03/2005).

tación, entre el constructor y el agente financiero, en busca del financiamiento de la obra, fue dado en garantía el respectivo terreno donde la obra sería edificada. El adquirente del inmueble que contrató con el constructor por la adquisición del bien pagó a este el valor debido. El constructor, por su parte, no realizó el pago de la deuda con el agente financiero, razón por la cual este decide ejecutar la garantía hipotecaria. Habiendo sido interpuesto los respectivos recursos judiciales por el adquirente del bien, el *Superior Tribunal de Justiça* por decisión del Ministro Ruy Rosado de Aguiar⁽¹⁴³⁾, determinó el relajamiento de los efectos relativos del contrato, indicando que el agente financiero, luego de haber sido interrumpido los pagos, “*deveria reconhecer a eficácia em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes, e para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subseqüentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador*”⁽¹⁴⁴⁾.

En todos los casos examinados se trata, como se ve, de una flexibilización de la separación absoluta de tercero en relación al contrato,

(143) STJ - REsp 187. 940, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 18/02/1999, P. DJU 21.06.1999, p. 164. En este caso no hubo mención expresa a la función social del contrato. En decisiones más recientes del tribunal, en especial las del Ministro Luis Fux, hacen referencia expresa al principio como fundamento de sus decisiones. Así: “Alienação de imóvel financiado pelo sfh. Mútuo hipotecário. Conhecimento do agente financeiro - presunção de consentimento tácito. 1. É cedição na Corte que “passando o agente financeiro a receber do cessionário as prestações amortizadoras do financiamento, após tomar conhecimento da transferência do imóvel financiado a termo, presume-se que ele consentiu tacitamente com a alienação” (EREsp 70.684, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ, de 14/02/2000) 2. A alienação do imóvel objeto do contrato de mútuo operou-se em 1989, quando ainda inexistia exigência legal de que o agente financeiro participasse da transferência do imóvel, não estando a mesma vedada por nenhum dispositivo legal. Consequentemente, inaplicáveis as regras contidas na lei 8.004/90, que obriga a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. 3. Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo. 4. Consoante o princípio pacta sunt servanda, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v. g., a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva” (STJ - EDcl no REsp 573059/RS; Rel. Min. Luiz Fux; j. 03/05/2005; P. DJU 30.05.2005, p. 216).

(144) FERREIRA DA SILVA, A função social dos contratos..., ps. 143/144.

con la *superación de la dicotomía entre las partes y el tercero*. En este contexto, la relectura el principio de la relatividad a la luz de la función social del contrato conduce a dos hipótesis básicas: cuando alguien que no participa del contrato (tercero) sufre las consecuencias de su incumplimiento y la hipótesis inversa, cuando un tercero colabora para el incumplimiento contractual por parte del deudor⁽¹⁴⁵⁾.

Las relaciones externas del contrato, distinta de los derechos y deberes que se oponen mutuamente entre acreedor y deudor por fuerza del principio de la relatividad, abarcan tanto *efectos en relación a terceros*, como *efectos frente al mercado*⁽¹⁴⁶⁾. Nos interesa en especial la primera hipótesis, porque eventuales efectos frente al mercado serán solucionados predominantemente en nuestro sistema con la intervención del Estado por intermedio del derecho de la competencia y del derecho del consumidor.

En este sentido, pueden existir situaciones en las cuales, como consecuencias de un determinado contrato, se legitime la pretensión de un tercero que mantenga un segundo contrato con uno de los contratantes originarios, para que pueda demandar al otro por incumplimiento sucesivo de su contrato en razón de una situación ocurrida en el primer pacto. Ricardo Lorenzetti cita en este caso la relación contractual existente entre franquizador y franquizado, la cual podrá otorgar a quien realice contrato con este último la prerrogativa de demandar contra el primero en la hipótesis de él haber dado causa al incumplimiento⁽¹⁴⁷⁾. De la misma forma en las llamadas *redes contractuales*⁽¹⁴⁸⁾, en donde la prestación final del último contratante dependa de una serie de contrataciones anteriores llevadas a efecto por otros agentes económicos para que se pueda reconocer la pretensión del último contratante que fue perjudicado por el accionar de aquel que dio origen al incumplimiento de la prestación, independiente de la existencia de contrato entre el agente económico que dio causa al perjuicio y a la víctima.

La doctrina tradicional, según demuestra Teresa Negreiros, resiste al reconocimiento de efectos de los contratos a terceros. Una solución

(145) NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229.

(146) Con destaque para: LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*, T. I, 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 84.

(147) LORENZETTI. *Tratado de los contratos*, p. 86.

(148) Sobre el tema: LORENZETTI, Ricardo. "Redes contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, núm. 16. Porto Alegre: Síntese, 1999, ps. 161 y ss.

reconocida en el derecho portugués, es la de indicar al tercero que co-opera con el deudor en el incumplimiento, especie de responsabilidad por abuso de derecho, razón por la cual, y concordando con la tesis, la autora va a indicar que *“à luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso de direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este”*⁽¹⁴⁹⁾.

En las dos vertientes mencionadas (siendo el tercero causador o víctima del incumplimiento contractual), es cierto que aún reconociendo esta innovación del principio de la función social del contrato, no se puede desde luego fijar los exactos límites de esta responsabilidad, por lo que la solución adecuada del problema será determinada según el caso en concreto. De cualquier forma, se destaca la necesidad para que se impute la responsabilidad de tercero derivado del incumplimiento contractual, y que esta responsabilidad tenga lugar en *carácter excepcional*, en la hipótesis de una contribución efectiva de este tercero (acción u omisión) para la frustración de la finalidad del contrato.

De la misma forma, parece claro que esta actuación del tercero, para que se distinga de la simple responsabilidad aquiliana, exige que él esté asociado de una forma más específica al contrato que no será cumplido. Esta asociación del tercero podrá operarse por intermedio del conocimiento de la existencia del contrato y de la incompatibilidad de intereses entre a su actuación y los fines de aquel contrato; por la existencia de una red contractual que haga a la sucesión de incumplimientos contractuales dependientes unos de los otros; o inclusive el reconocimiento de una situación de hecho que imponga al acreedor u comportamiento activo en la preservación de su crédito (caso de la hipoteca de inmuebles del Sistema Financiero de Habitación, ya referido). Para todos los casos se deberá demostrar un vínculo lógico, bajo pena de que el proceso de identificación de la relación de responsabilidad no resista al examen de causalidad entre la conducta y el daño.

Un segundo aspecto relevante en la interpretación de la función social del contrato hace referencia al doble sentido de la protección contractual, que en la dogmática tradicional privilegiaba casi que exclusivamente los intereses del acreedor, por los auspicios de la denominada *tutela jurídica del crédito*. El nuevo derecho de los contratos,

(149) NEGREIROS. *Teoria do contrato...*, p. 249.

por medio del principio de la función social, amplía la protección legal a los contratantes como forma de abarcar no sólo los legítimos intereses del acreedor, como también determinará que se tenga en consideración, de alguna forma, los intereses del deudor de buena fe, que esté comprometido con el cumplimiento de la obligación asumida.

Efecto de esta alteración de la protección de acreedor y deudor, por fuerza del principio de la función social (y también, naturalmente, de la buena fe), se refiere a la consideración de los efectos del incumplimiento en relación a ambas partes. Así sucede, por ejemplo, cuando el deudor en mora que desea pagar, pero el acreedor se recusa a recibir el, le es reconocido la posibilidad de probar que el pago todavía es de interés para el acreedor, como forma de evitar la extinción del contrato por fuerza de la rescisión⁽¹⁵⁰⁾. Se trata de esta forma de discutir la posibilidad de purgar la mora de acuerdo con los intereses legítimos de ambos contratantes, así como, en determinados contratos (por ejemplo el de locación inmobiliaria) permitirse el efectivo cumplimiento de su función social. Es cierto que, en este caso, la función social deberá aproximarse bastante a la buena fe, complementándose recíprocamente por los efectos producidos de su aplicación en el caso concreto.

La oportunidad de purgar la mora se caracterizaría en este caso como una especie de *derecho del deudor* cuando se verificar que la prestación no se tornó —en razón de incumplimiento relativo— inútil al acreedor. De la misma forma, no se admitirá que pueda ser alegado el incumplimiento como causa de extinción del contrato por el acreedor, en la hipótesis de haber existido el cumplimiento substancial de la prestación⁽¹⁵¹⁾. Aunque se identifique *a priori* el cumplimiento substancial como resultado de la buena fe objetiva, Cláudio Luiz Bueno de Godoy demuestra que la misma estará fundada sobre la concepción de solidaridad social, y bajo este prisma, vinculada a la noción de función social del contrato⁽¹⁵²⁾.

Otro efecto que se puede identificar como resultado de la función social del contrato en complementación recíproca a la buena fe obje-

(150) En este caso se evita igualmente la extinción cuando se prueba que la prestación no se tornó inútil para el acreedor.

(151) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 124. Se trata de la excepción al art. 475 del Código Civil, que en la hipótesis de incumplimiento otorgará al acreedor el derecho de mantener el contrato y exigirle el cumplimiento o solicitar al culpado una indemnización por pérdidas y daños.

(152) GODOY. *Função social do contrato*, ps. 169/170.

tiva es el control de los efectos del incumplimiento, como resultado de la limitación de la libertad de contratar establecida en el Código Civil. En este aspecto, el artículo 413 del Código Civil menciona: “*A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.*” La introducción de la disposición comentada estuvo acompañada de la exclusión en el texto del Código Civil de 2002, de disposiciones existentes en el Código Civil de 1916, que prevenían la imposibilidad de que el deudor evite el pago de la cláusula penal alegando ser excesiva (art. 927 del Código Civil de 1916).

Luego de reconocer entre los elementos que definen el significado de su función social, de que el contrato permite jurídicamente la circulación de riquezas, la lógica del Código Civil, explicada en otras reglas, sustenta la necesidad de preservación del equilibrio entre los patrimonios de acreedor y deudor. Este equilibrio se verifica tanto por el derecho de anulación del contrato celebrado con lesión (art. 157) o estado de peligro (art. 156), como en las hipótesis de reequilibrio por revisión (art. 317) o resolución (art. 478) de lo pactado.

Sin embargo, en lo que respecta a los efectos del incumplimiento, considerando el privilegio absoluto en antiguo derecho de los contratos a los derechos subjetivos del acreedor, son recientes las cuestiones relativas a los efectos de la función social y de la buena fe en el control de los efectos del incumplimiento. Una primera consecuencia es sin duda el refuerzo de la idea de que la cláusula penal no se constituye como instrumento de enriquecimiento del acreedor, que podrá exigirla en el caso de incumplimiento. Confirma este entendimiento el hecho de que su estipulación está limitada al valor de la obligación principal (art. 412), así como por el hecho de la misma convertirse en alternativa para beneficio del acreedor en caso incumplimiento (art. 410). La doble finalidad de la cláusula penal, consagrada por la doctrina, será la de reforzar o estimular el cumplimiento de la obligación asumida (o desestimular el incumplimiento⁽¹⁵³⁾), así como predeterminar los daños y perjuicios⁽¹⁵⁴⁾.

(153) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, T. XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 59.

(154) Judith MARTINS-COSTA identifica cuatro funciones para la cláusula penal: a) resarcimiento, o de prefijación del daño; b) garantía de la deuda; c) punitiva o de sanción; y d) moratoria. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*, v. V, T. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, ps. 425/430.

De la forma como fue establecido por el nuevo Código Civil, la reducción de la cláusula penal, cuando excesiva, pasó a ser especie de *deber del juez*, al contrario del derecho anterior, cuando la misma configuraba simple *facultad*⁽¹⁵⁵⁾. De la misma forma, una innovación importante se da con la introducción del párrafo único del artículo 416 del Código Civil de 2002, prohibiendo la indemnización complementaria por el deudor cuando el perjuicio resultante del incumplimiento es mayor que el estipulado en la cláusula penal. Con esta providencia se eliminó la discusión que existía en el derecho anterior sobre la posibilidad o no de exclusión de la cláusula penal y responsabilizar al deudor para indemnizar la totalidad de los daños que resulten del incumplimiento. En el Código Civil de 2002, se permite esta posibilidad sólo si está expresamente establecido en el contrato, hipótesis en que aun así estará abierta la posibilidad de análisis judicial⁽¹⁵⁶⁾. Se trata de lo que Dennis Mazeaud en su tesis sobre la cláusula penal, identifico como la *decadencia de la regla de la voluntad de las partes en la creación de la cláusula*, haciendo referencia tanto a la necesidad de estipulación expresa a que hace mención el derecho francés, así como su limitación por el legislador⁽¹⁵⁷⁾. Según el magisterio del jurista francés, en su obra de 1992, esta intervención del legislador se debe al hecho de que la visión idílica del contrato como expresión de libertad de las partes actualmente es objeto de un anacronismo irreversible⁽¹⁵⁸⁾.

Sobre este control de las cláusulas penales con fundamento en la función social del contrato y de la buena fe, se note que el Código de Defensa del Consumidor, al referirse en su artículo 52, a los contratos de venta de productos o servicios que impliquen otorga de crédito o concesión de financiamiento al consumidor, limitó la multa de la mora de estos contratos en 2% (dos por ciento). Aunque la norma diga sólo al respecto de los contratos que expresamente indicaba, su aplicación alcanzó otros tantos contratos de consumo, y tuvo su aplicación materializada aún en contratos entre empresarios en los

(155) Véase: FLORENCE, Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coordinador). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, ps. 513/537. En sentido contrario, en el derecho francés, defendiendo que la intervención judicial en los contratos debe ser siempre excepcional: MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*. París: LGDJ, 1992, 50 y ss.

(156) MARTINS-COSTA. *Comentários...*, ps. 492/493.

(157) MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*, ps. 30/38.

(158) MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*, p. 40.

cuales los deudores pretendieron equipararse a consumidores (por fuerza del artículo 29 del CDC) para hacer *jus* a la protección⁽¹⁵⁹⁾.

Actualmente, el arribo de la función social del contrato ha servido también como fundamento para que la jurisprudencia extienda el límite de 2% (dos por ciento) a otras especies de contrato que no estén previstos expresamente en el artículo 52, *caput*, del CDC⁽¹⁶⁰⁾.

Destacamos que el precepto de la función social del contrato, al mismo tiempo que impone la reducción de cláusula penal cuando esta se torna abusiva, no puede de la misma forma permitir que esta posibilidad de reducción determine la no configuración del instituto⁽¹⁶¹⁾. En este sentido, hay que considerar que la función social del contrato será observada no como principio cuyos efectos serán determinados con igual contenido a todas las especies de contratos, si no que deberá ser identificada en cada contrato, permitiendo que se observe el carácter abusivo o no de la cláusula penal cuando contrastada con la naturaleza y extensión de la prestación no cumplida, la relevancia social del contrato y la necesidad de su mantenimiento frente al interés de una de las partes.

Y así como ejerce el control sobre los efectos del incumplimiento de los contratos en relación a la cláusula penal, igual disposición se debe reconocer a los intereses resultantes de la mora, sobre todo para efecto de su control en relación al crecimiento de la deuda a niveles que impidan su cumplimiento, siendo que en esta hipótesis eventualmente hay conveniencia para el acreedor, que continúa siendo remunerado con los intereses.

La necesidad de limitar los intereses moratorios es desde hace tiempo destacado por la doctrina⁽¹⁶²⁾ y jurisprudencia. La *Medida*

(159) Sobre la polémica en la aplicación del art. 52, §1º, entre empresarios e instituciones bancarias, véase: MARQUES. *Contratos...*, p. 789.

(160) Cf. "Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. art. 52, § 1º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato. - É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1º do art. 52, § 1º, do CDC. Recurso especial não conhecido" (STJ - REsp 476649 / SP; Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi; j. 20/11/2003; P. DJU 25.02.2004, p. 169).

(161) Sobre los peligros de la cláusula penal, *vid.*, ALBA, Isabel Espín. La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena. Madrid: Marcial Pons, 1997, ps. 95 y ss.

(162) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, T. XXIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 18.

Provisória núm. 2.172-32, de 2001, sancionó con nulidad las cláusulas de intereses presentes en contratos de mutuo, que establezcan intereses por encima de los establecidos en la ley, y en los demás contratos, así como la que prevé ganancias y ventajas patrimoniales excesivas⁽¹⁶³⁾.

El artículo 406 del Código Civil establece que “*quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora dos pagamentos devidos à Fazenda Nacional.*” Se trata, en la exacta interpretación de la norma, de regla complementaria, aplicable ante la falta de estipulaciones en concreto. De la misma forma, recordamos la polémica relativa a los intereses cobrados por las instituciones del sistema financiero nacional, tanto bajo la reglamentación por la redacción anterior del artículo 192, §3º de la Constitución, como por la redacción que resultó de la *Emenda Constitucional* núm. 40, de 2003, que retiró de la Constitución la referencia al límite de 12% de intereses reales.

Sobre la polémica y su relación con los contratos regulados por el artículo 406 del Código Civil, haciendo referencia a la tasa de interés en vigor para la mora en el pago de las deudas de la *Fazenda Nacional*, remite en un primer momento a la denominada *Tasa Selic*. Su forma de cálculo, sin embargo, es definida para la determinación de títulos públicos, e incluye una proyección de la inflación, lo que le permite inclusive ser utilizada como criterio de actualización monetaria, razón por la cual su aplicación representa la imposición de un gravamen excesivo al deudor. De la misma forma, es necesario indicar que la *Tasa Selic* tiene su cálculo realizado por autoridad administrativa (COPOM), lo que según Judith Martins-Costa, quiebra la teleología de la disposición, que es su fijación por ley, lo que permite afirmar que su aplicación esta revestida de ilegalidad⁽¹⁶⁴⁾. En este sentido, se admite aplicar para el caso en concreto, en armonía con el artículo 406, lo que fue consagrado en el Enunciado núm. 20, de las Jornadas de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal, coordinadas por el Ministro

(163) Para esta información, y además un excelente relato histórico sobre la regulación de los intereses en el derecho brasileño, *vid.*, el artículo del Prof. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Os juros na perspectiva do Código Civil. In: PASQUALOTTO/PFEIFFER, *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002...*, ps. 152/177.

(164) Esta es la posición de MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, ps. 403/408; y de AGUIAR JÚNIOR. Os juros..., p. 170.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o los intereses establecidos en el artículo 161, §1º del Código Tributario Nacional, de 1% al mes.

De cualquier forma, el control de los intereses moratorios por el juez se torna imperativo, como expresión de la intervención judicial, debidamente instruida con los elementos técnicos suficientes, para la realización de la función social del contrato.

Un último aspecto de la función social del contrato debe ser visto en los mismos términos anteriores, de protección equilibrada de los intereses de las partes y su conexión con la relevancia social de determinados contratos y por otra parte, el daño social sufrido por la comunidad y por los propios contratantes en virtud de su incumplimiento. De allí es que se puede indicar como efecto directo de la función social, tanto la revisión del contrato, resultante del desequilibrio del sinalagma funcional (artículos 317 y 478 del Código Civil), como el derecho a la renegociación, cuando se trata de especie contractual que por sus características, sea dotada de relevancia social. Y en relación a la renegociación de la deuda, además de favorecer el derecho del deudor de pagar, como forma de extinguir el vínculo y los efectos de la mora, permite al acreedor la satisfacción de su derecho de crédito, que en muchos casos sería resultante de la mora del crédito, sensiblemente comprometido.

Con relación a las hipótesis de protección del sinalagma genético y del sinalagma funcional, se encuentran en el Código Civil diversas disposiciones que permiten la anulación del negocio (por intermedio de los efectos de la lesión —art. 157— y estado de peligro — art. 158), así como las que van a proveer la revisión de lo pactado, en las hipótesis de imprevisión (art. 317) y resolución por onerosidad excesiva (art. 478). Como ya dijimos anteriormente, la interpretación de la función social del contrato en el Código Civil tendrá por efecto propio una atenuación del carácter imprevisible exigido en los artículos 317 y 478 como presupuesto de la revisión de las prestaciones pactadas y el reequilibrio del contrato. En este caso, la función social del contrato parece permitir que la noción de imprevisibilidad por hecho superveniente, en las hipótesis legales referidas, pasa a darse en consideración no a un criterio general de previsibilidad, o aún de deberes generales de diligencia y prudencia indistintamente exigidos para todas las personas. En virtud de los efectos del principio de la función social, se permite que se tome en consideración el requisito de la imprevisibilidad del hecho superveniente que desequilibra el contrato, en sentido próximo a lo que modernamente se reconoce como defecto de error del negocio jurídico, cuyo carácter excusable o no, cuan-

do exigido, se da de acuerdo con las circunstancias particulares del individuo que manifestó la voluntad viciada o del conocimiento de quien la recibe⁽¹⁶⁵⁾, y aún para una visión más avanzada, se sustenta la idea de su carácter innecesario, con fundamento en el principio de la confianza⁽¹⁶⁶⁾.

Tenemos como corolario que la noción de imprevisibilidad se vincula, por fuerza de la función social de los contratos, no a un deber general de reconocimiento de lo que sea previsible, al contrario, por la evaluación concreta del individuo situado sobre sus condiciones de prever o no el hecho que dará lugar al desequilibrio. En el caso del Código de Defensa del Consumidor, como ya afirmamos, el requisito es dispensable, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6º, inciso V, que hace referencia exclusivamente al requisito del hecho superviniente.

Ya en relación al derecho a la renegociación de los contratos, es distinto su tratamiento en relación a la especie contractual examinada. Actualmente es posible que tales discusiones se limiten en términos doctrinarios al derecho del consumidor, en el cual el fenómeno del sobreendeudamiento de los consumidores viene siendo estudiado entre nosotros. Recientemente fue divulgada una investigación realizada en el ámbito de la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* y de la *Defensoría Pública* de este mismo Estado, y que tuvo por objeto la identificación del fenómeno que pasó a ser reconocido en el Brasil, e que ya es ampliamente estudiado y regulado en otros sistemas⁽¹⁶⁷⁾. Con base a estos estudios, se verificó que en Brasil existe el fenómeno ya presente en diversos países, y que se torna característico en la economía de mercado, que es el endeudamiento de consumo⁽¹⁶⁸⁾. Entre las conclusiones presentadas está la adopción del modelo de renegocia-

(165) TEPEDINO, Gustavo. MORAES, María Celina Bodin de. BARBOSA, Heloísa. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, T. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, ps. 268/271.

(166) Resultado de la *I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*, en 2002, Brasília, que donde se aprobó el enunciado núm. 12, con la siguiente redacción: "Na sistemática do artigo 138 é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

(167) MARQUES, Cláudia Lima. "Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul". *Revista de direito do consumidor*, núm. 55. São Paulo: RT, julho-setembro/2005, ps. 11/52.

(168) Para más detalles: MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria. *Superendividamento. A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: RT, 2002, ps. 10 y ss.

ción de deudas⁽¹⁶⁹⁾ de consumidores que por fuerza del continuo estímulo al consumo y al crédito, muchas veces quedan completamente imposibilitados de cumplir el pago de la deuda.

En estos casos, y aún en otras hipótesis de contratos de consumo, sobre todo los contratos cautivos de larga duración, en los cuales se verifica una relación de dependencia fáctica o presumida del consumidor en relación al contrato⁽¹⁷⁰⁾, surge una autentica obligación de renegociar este contrato⁽¹⁷¹⁾. Su objetivo es la manutención del contrato en lo que interesa al consumidor, pero igualmente con consideración al proveedor que no deja de gozar de las ventajas del contrato reequilibrado (mediante la nulidad de las cláusulas abusivas), y con fundamento en el artículo 51, §2º, del CDC, por el cual se retiran apenas aquellas partes que determinan una desventaja exagerada⁽¹⁷²⁾.

En el derecho civil, naturalmente que esta renegociación no puede ser vista como efecto de la función social del contrato desde el inicio, ni se presentará a cualquier tiempo como un derecho general, aplicable indistintamente a toda clase de contratos. Pero se podrá identificar, en ciertos casos, como aquellos en que el perjuicio de los contratantes sea superior en la hipótesis de resolución de que habiendo existido renegociación, o aún en determinados contratos cuya simple resolución se configura como medida excesiva para una de las partes.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Los principios de la buena fe objetiva y de la función social de los contratos representan una nueva concepción social del contrato para

(169) La fuente de inspiración, según confesado por la autora es el modelo francés, el cual se *divide* en tres momentos: a) uno extra judicial, por el cual una comisión computa todas las deudas de un endeudado particular y elabora un plan de pago luego de identificar y consultar a todos los acreedores, bajo la fiscalización del juez, que homologa el acuerdo; b) un segundo momento sería aquel en que no habiendo éxito en el plan de pagos, cuando no hay bienes suficientes para el pago, o se configura la mala fe del deudor; y c) cuando se establece el perdón parcial de la deuda, como ejemplo de lo que ocurre en el antiguo sistema concursal brasileño, hoy recuperación judicial de empresas. En estas dos últimas etapas ya se exigiría ley especial que discipline la imposición de restricciones a los bienes de los deudores, prohibición de constitución de nuevos créditos y control de descuentos en salarios como medio de preservar el mínimo existencial. MARQUES, ob. cit., p. 52.

(170) MARQUES, *Contratos...*, ps. 78/97.

(171) Así son las conclusiones: LIMA, Clarissa Costa de. "A resolução do contrato na nova teoria contratual". *Revista de direito do consumidor*, núm. 55. São Paulo: RT, julho-setembro/2005, ps. 85/105.

(172) Sobre el tema: BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor. Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002.

el derecho privado brasileño. Tanto el Código de Defensa del Consumidor, de 1990, como el Código Civil de 2002 representan la superación del voluntarismo e individualismo del derecho de los contratos, así como la reconstrucción del derecho privado brasileño a partir de los vectores que le reconoce la Constitución Federal de 1988⁽¹⁷³⁾.

Habiendo surgido luego de más de diez años de reconocimiento creciente por parte de la jurisprudencia del principio de la buena fe objetiva, la función social del contrato desarrolla su aplicación y efectos en dos sentidos. El primero, en que aparece como complemento y de refuerzo para la aplicación que ya se reconocía a la buena fe. Esto no implica decir que se trata de un principio de menor valor, si no que la precedencia de la buena fe exige actualmente la interpretación y aplicación de la función social de los contratos en régimen de complementariedad recíproca, de forma que ambas iluminen los significados de sus disposiciones e sus respectivos efectos sobre la relación obligacional. La función social trae en sí un contenido nuevo, representado por un lado por la determinación de la extensión de la eficacia del contrato más allá de los efectos relativos producidos recíprocamente entre los contratantes. Reconoce con esto un nuevo *status* a tercero ajeno al contrato, que aunque no participe directamente del vínculo contractual, puede someterse a alguno de sus efectos, como la imposición de un deber de *non facere*, para que no actúe contribuyendo con la frustración de los fines del contrato.

De la misma forma, se altera la visión tradicional de la obligación en consideración de los intereses exclusivos del acreedor, admitiéndose la valorización y respeto por los intereses del deudor, dentro de los límites que permite la adecuada ejecución del contrato. En este ámbito, la función social del contrato será fundamento, asociada con la buena fe objetiva, del control judicial de los efectos del incumplimiento de los contratos, así como del derecho a la revisión, y en especial, a la renegociación del contrato, con fundamento en la relevancia e interés social para su continuidad. Es la reconstrucción del significado de la autonomía privada contractual orientada por la protección de los derechos fundamentales y la realización del interés útil y legítimo de los individuos por intermedio del contrato.

(173) Vid., TARTUCE, Flávio, *A função social dos contratos – do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*, São Paulo: Ed. Método, 2005 y BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos interpretação à luz do Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2009.

NUEVOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES DEL DERECHO BRASILEÑO Y LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS⁽¹⁾

Por Gustavo TEPEDINO⁽²⁾

SUMARIO: 1. Breve panorama del derecho contractual brasileño. 2. Función social de los contratos y la observación de deberes extracontractuales. 3. El principio de la buena fe objetiva. Imposición a terceros del deber legal de abstención.

1. BREVE PANORAMA DEL DERECHO CONTRACTUAL BRASILEÑO

Como se sabe, el principio de la autonomía privada constituye el principal fundamento del derecho contractual. Representa, conforme a la lección clásica, la amplia libertad de elección en lo que atañe a cuándo, qué, y con quién contratar⁽³⁾. Junto con la autonomía privada, los principios de la obligatoriedad de los pactos y de la relatividad componen la teoría contractual tradicional, que manifiesta, una vez escogidos el contenido del acuerdo y las partes celebrantes, la inmutabilidad del contrato y la producción de efectos sólo entre los contratantes.

Ese escenario se alteró profundamente. En la experiencia brasileña, el pasaje del modelo clásico al contemporáneo de la teoría contractual, con el consiguiente surgimiento de nuevos principios, tiene como referencia normativa fundamental la Constitución de la República de 1988, que consagró los valores de la dignidad de la persona

(1) Trabajo escrito en homenaje al brillante jurista Profesor Ricardo Luis LORENZETTI. El autor agradece a Vivianne da Silveira Abílio por las pesquisas y cuidadosa revisión del texto y a Elisa Vitoria Laporte Bomfim, que fue responsable por la traducción de los originales en portugués.

(2) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro. Miembro de la Academia Brasileña de Letras Jurídicas - ABLJ. Miembro de la *Académie Internationale de Droit Compare*, París.

(3) "Na teoria clássica, todo o edifício do contrato assenta na vontade individual, que é a razão de ser de uma força obrigatória" (Miguel María de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. III, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1962, p. 19).

humana (art. 1º, II, CR), de la solidaridad social (art. 3º; I) y de la isonomía substancial (art. 3º, III). En la dirección del nuevo orden jurídico así delineado, nítidamente solidarista, se promulgó en 1990 la ley 8.078/90, el Código de Defensa del Consumidor, que transporta hacia la disciplina legal de los contratos la nueva tabla de valores.

El Código Civil de 2002, en la dirección de tal tendencia normativa, consagra tres nuevos principios contractuales: buena fe objetiva, función social del contrato y equilibrio de las prestaciones. Tales normas mitigan, en las relaciones paritarias, los contornos de los principios contractuales tradicionales, alterándolos cualitativamente, de modo de delinear una nueva dogmática para los contratos⁽⁴⁾.

La relatividad de los pactos, consagrada en el adagio *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*, y considerada, a lo largo de los siglos, como ontológica y lógicamente ínsita a la noción de vínculo obligacional restringido a las propias partes, se altera de forma profunda. Por un lado, los contratantes deben respetar a los titulares de intereses socialmente relevantes, alcanzados por la órbita del contrato, impuestos por el principio de la función social del contrato. Por otro, la disciplina contractual se puede volver oponible a terceros en función del principio de la buena fe objetiva, lo que asume especial relevancia en los casos de daños provocados por terceros a uno de los contratantes (doctrina del tercero cómplice).

2. FUNCIÓN SOCIAL DE LOS CONTRATOS Y LA OBSERVACIÓN DE DEBERES EXTRACONTRACTUALES

No fue sin polémica que el tema de la función social se desarrolló en el Brasil. No obstante ser introducido en el ordenamiento jurídico por la Constitución de la República de 1946, por medio de la función social de la propiedad, y hace más de cincuenta años ser objeto de estudio por parte de la doctrina italiana, durante mucho tiempo, en la experiencia brasileña, el principio permaneció asociado a la ciencia política o al plano metajurídico⁽⁵⁾.

(4) Antônio Junqueira de Azevedo, "Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual", in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, San Pablo: Saraiva, 2004, p. 40.

(5) Así entendida, la función social correspondía, en materia contractual, al papel que el contrato debería desempeñar en el fomento a las transformaciones y a la práctica comercial como un todo. Tal función económica del contrato es refe-

Probablemente por tal circunstancia histórica, arraigada intensamente a la cultura jurídica dominante (asociada a un excesivo apego a la técnica reglamentaria), la función social se configura hasta hoy tema enigmático y polémico. De hecho, el instituto solamente pasó a ser objeto de mayor reflexión, adquiriendo la configuración actual, con su introducción en el art. 421 del Código Civil de 2002, en conocida redacción: “La libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato”.

Frente a tal precepto, surgieron diversas corrientes de pensamiento acerca del contenido y del alcance de la función social del contrato⁽⁶⁾. Por un lado, se sostiene que la función social del contrato expresa el valor social de las relaciones contractuales, destacando la importancia de estas en el orden jurídico⁽⁷⁾. Tal concepción, en esta dirección, concibe la función social del contrato como forma de reforzar la protección del contratante incluso frente a terceros, alzándola a fundamento de tutela en la lesión contractual provocada por tercero cómplice.

rida por Orlando Gomes: “A *função econômico-social* do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em conseqüência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica.

Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil” (*Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20).

(6) Sobre las diversas corrientes acerca de la función social de los contratos, nos sea permitido remitir a Gustavo TEPEDINO, “Notas sobre a função social dos contratos”, en *Temas de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, ps. 145/156.

(7) Hay, incluso, quien sostiene que la función social del contrato, además de atender a los intereses privados de los contratantes, serviría de protección a los intereses extracontractuales, atribuyéndole, al mismo tiempo, una eficacia interna, identificada con la primera construcción descrita en el texto, y otra externa, que se aproxima a la segunda posición arriba resumida, aunque admitiendo, también, la atribución de deberes a los contratantes frente a intereses extracontractuales, en consonancia con el entendimiento aquí sustentado. Consúltese: “Outra corrente, a que nos filiamos, vislumbra no princípio da função social do contrato também outras aplicações práticas. Entendemos que há pelo menos três casos nos quais a violação ao princípio da função social deve levar à ineficácia superveniente do contrato. Juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência etc.), deve-se arrolar a lesão à dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato.... Com relação à impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato, o fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz” (Orlando GOMES, *Contratos*, actual. Antônio Junqueira de Azevedo y Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro: Forense, 2007, 26. ed., ps. 50/51. V. en el mismo sentido, Flávio TARTUCE, *Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*, San Pablo: Editora Método, 2. ed., 2007, ps. 239 y ss.

Dicho con otras palabras, la función social del contrato impondría a los terceros el deber de colaborar con los contratantes, de modo de respetar la situación jurídica creditoria anteriormente constituida de la cual tienen conocimiento. Así, el principio de la relatividad de los contratos sería leído e interpretado a la luz del principio de la función social de los contratos: “A partir de ahora, el principio de la relatividad será enfocado siempre a la luz de la función social del contrato, pero ya no más a propósito de la extensión de la responsabilidad en favor de un tercero, sino a propósito de la responsabilidad del tercero que contribuye para el incumplimiento de una obligación originaria de un contrato del cual no sea parte”⁽⁸⁾.

Sin embargo, tal concepción reduce la función social a un instrumento más para la garantía de la posición contractual, sin advertir que la función social pretende imponer deberes a los contratantes y no, por el contrario, servir para ampliar los instrumentos de protección contractual. En otras palabras, desvirtúa la noción en examen a su utilización instrumentalizada a intereses patrimoniales e individuales del contratante, por más legítimos que estos puedan parecer. De este modo, se verifica que la cuestión de la responsabilidad del tercero cómplice no puede encontrar fundamento en el principio de la función social, toda vez que los intereses en cuestión se limitan a la esfera privada y patrimonial de los contratantes, no ya a los intereses extracontractuales socialmente relevantes⁽⁹⁾.

En rigor, la función social del contrato debe ser entendida como principio que, informado por los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III), del valor social de la libre iniciativa (art. 1º, IV) —fundamentos de la República— y de la igualdad substancial (art. 3º, III) y la solidaridad social (art. 3º; I) —objetivos de la República— impone a las partes el deber de perseguir, además de sus intereses individuales, intereses extracontractuales socialmente

(8) Teresa NEGREIROS, *Teoría do Contrato: Novos Paradigmas*, cit., p. 244.

(9) En efecto, el principio de la buena fe objetiva, no ya la función social del contrato, es el fundamento para la protección del crédito frente a terceros: “...o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social” (Gustavo Tepe-dino, “Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers”, en *Temas de Derecho Civil*, T. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251, nota 14).

relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionan con el contrato o son por él alcanzados⁽¹⁰⁾. De este modo, en el sistema en vigor, la función social amplía para el dominio del contrato la noción de orden público. La función es considerada un fin para cuya realización se justifica la imposición de preceptos inderogables e ineludibles por voluntad de las partes. Por eso mismo, dispone el art. 2.035 del Código Civil que “ninguna convención prevalecerá si contraría preceptos de orden público, tales como los establecidos por este Código para asegurar la función social de la propiedad y de los contratos”.

En efecto, la función social se asocia al fenómeno conocido como *funcionalización* de las estructuras jurídicas, proceso que atañe a todos los hechos jurídicos. Como enseña Pietro Perlingieri, las situaciones jurídicas subjetivas presentan dos aspectos distintos —el estructural y el funcional. El primero identifica la estructuración de poderes conferida al titular de la situación jurídica subjetiva, en tanto el segundo explicita la finalidad práctico-social a la que se destina⁽¹¹⁾. El aspecto funcional condiciona al estructural, determinando la disciplina jurídica aplicable a las situaciones jurídicas subjetivas. En las palabras del profesor italiano, “las situaciones subjetivas pueden ser consideradas, asimismo, bajo dos aspectos: el funcional y el normativo o reglamentario. El primero es particularmente importante para la individualización de la relevancia, para la calificación de la situación, es decir, para la determinación de su función en el ámbito de las relaciones socio-jurídicas.... En el ordenamiento, el interés es tutelado en cuanto atiende no solamente al interés del titular, sino también a aquel de la colectividad”⁽¹²⁾.

De ese modo, de acuerdo con la función que la situación jurídica desempeña, serán definidos los poderes atribuidos al titular del dere-

(10) “Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho” (“Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. En: *Temas de direito civil*, T. 2. cit., p. 20).

(11) Pietro PERLINGIERI, *Manuale de Diritto Civile*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, ps. 60 y ss.

(12) Pietro PERLINGIERI, *Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, ps. 106/107. Y remata: “Ogni fatto è giuridicamente rilevante, ma la sua attitudine ad incidere sulla realtà dipende dalla valutazione che di esso esprime il sistema normativo” (*Manuale di Diritto Civile*, cit., p. 429).

cho subjetivo y de las situaciones jurídicas subjetivas. Los legítimos intereses individuales de los titulares de la actividad económica sólo merecerán tutela en la medida en que intereses socialmente relevantes, aunque ajenos a la esfera individual, alcancen a ser igualmente tutelados. La protección de los intereses privados se justifica no sólo como expresión de la libertad individual, sino en virtud de la función que desempeña para la promoción de posiciones jurídicas externas, integrantes del orden público contractual. Se vincula, así, la protección de los intereses privados a la atención de intereses sociales, a ser promovidos en el ámbito de la actividad económica (socialización de los derechos subjetivos).

Como ocurrió en relación con la propiedad, se opera la transformación cualitativa del contrato, que pasa a consubstanciar instrumento para la concreción de las finalidades constitucionales⁽¹³⁾. En definitiva, la función social —elemento interno del contrato— impone a los contratantes la obligación de perseguir, junto con sus intereses privados, intereses extracontractuales socialmente relevantes, considerados así por el legislador constitucional, bajo pena de no merecimiento de la tutela del ejercicio de la libertad de contratar.

En síntesis ajustada, el debate acerca del contenido y del papel de la función social del contrato en el ordenamiento jurídico brasileño se inserta en el ámbito de este proceso de funcionalización de los hechos jurídicos, imponiéndose al intérprete verificar el merecimiento de tutela de los actos de autonomía privada, los cuales encontrarán protección del ordenamiento si —y solamente si— concretaran no sólo la voluntad individual de los contratantes, perseguida principalmente por la regulación de intereses, sino, de la misma forma, los intereses extracontractuales socialmente relevantes vinculados con la promoción de los valores constitucionales.

En este sentido, el principio de la función social de los contratos propicia la atenuación de la relatividad de los contratos, o la *relativización de la relatividad*, por medio de la imposición de deberes a los contratantes, no debiendo ser entendido como mera herramienta para ampliación de las garantías contractuales en la hipótesis de lesión contractual provocada por tercero cómplice —lo que sería un contrasentido.

(13) Gustavo TEPEDINO *et al.*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

3. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE OBJETIVA. IMPOSICIÓN A TERCEROS DEL DEBER LEGAL DE ABSTENCIÓN

Hasta el advenimiento del Código de Defensa del Consumidor, en 1990, el término *buena fe* era utilizado por los tribunales brasileños exclusivamente en su acepción subjetiva, es decir, como sinónimo de un estado psicológico del sujeto caracterizado por la ausencia de malicia, por su creencia o suposición personal de estar actuando de conformidad con el derecho⁽¹⁴⁾. Era también en este sentido que el Código Civil de 1916 empleaba el término, refiriéndose, por ejemplo, al poseedor de buena fe como aquel que tiene la posesión de un bien sin conciencia de que tiene un vicio u obstáculo que le impide la adquisición del dominio sobre la cosa⁽¹⁵⁾.

Fue con la promulgación del Código de Defensa del Consumidor que surgió en el derecho brasileño la primera previsión moderna de la buena fe objetiva, como principio de la política nacional de relaciones de consumo⁽¹⁶⁾. También el artículo 51, valiéndose una vez más de la buena fe objetiva, declaraba nulas las obligaciones que fuesen incom-

(14) Gustavo TEPEDINO *et alii*, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 10.

(15) El Código Comercial brasileño, de 1850, ya había hecho, en su artículo 131, referencia a la buena fe como criterio interpretativo de los contratos comerciales. El dispositivo, con todo, tuvo aplicación poco significativa y la acepción allí atribuida al principio de la buena fe, además de fundada en preocupaciones distintas, es mucho más restringida que aquella que, hoy, se confiere a la buena fe objetiva.

El artículo 490 del Código Civil de 1916 disponía expresamente: “Es de buena fe la posesión, si el poseedor ignora el vicio, o el obstáculo que le impide la adquisición de la cosa, o del derecho poseído”. En doctrina, confróntese, por tantos otros, la tradicional lección de Lacerda de Almeida, *Derecho das Coisas*, Rio de Janeiro: J. Ribeiro Santos, 1908, ps. 217/218: “Boa-fé neste sentido vem a ser a crença em que está o possuidor de que a coisa lhe pertence, crença plausível, isto é, de que a coisa foi adquirida por título capaz de transmitir domínio, capaz, no modo de ver do possuidor (porque a boa-fé não pode deixar de ser fato inteiramente subjetivo), quaisquer que sejam os vícios de forma ou de substância que afetem o título, sem distinguir mesmo se tal crença repousa em erro de fato ou em erro de direito”.

(16) art. 4º: “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:... III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre *com base na boa-fé* e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

patibles con ella⁽¹⁷⁾. En ese proceso, previó el Código Civil la buena fe como principio general del derecho contractual, al disponer (art. 422) que: “Los contratantes están obligados a cumplir, tanto en la conclusión del contrato, como en su ejecución, con los principios de probidad y buena fe”⁽¹⁸⁾.

Como se puede deducir, la referencia de esas normas no es a una buena fe subjetiva, como estado de conciencia del proveedor o del consumidor, sino a una nueva concepción de buena fe, que, desvinculada de las intenciones íntimas del sujeto, exija comportamientos objetivamente adecuados a los parámetros de lealtad, honestidad y colaboración en el alcance de los fines perseguidos en cada relación obligacional. En 1990 —año de la promulgación del CDC—, tal concepción ya era adoptada por diversos ordenamientos jurídicos, a partir del § 242 del Código Civil alemán y del artículo 1.375 del Código Civil italiano, e incluso en Brasil, aunque no tuviese aún previsión legislativa, era ya defendida en el ámbito doctrinario⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, ninguno de los pronunciamientos estableció parámetros o estándares de conducta que sirviesen de auxilio en la determinación del contenido de la cláusula general de buena fe. Tal tarea fue dejada a la discrecionalidad del juzgador, a quien cabrá analizar la

(17) São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que... IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam *incompatíveis com a boa-fé* ou a equidade.

(18) La importancia de la consagración expresa de la buena fe objetiva en el nuevo Código Civil es destacada por Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. V, T. I (*Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações*), Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2003, ps. 45/46: “Na sua face objetiva, o comportamento segundo a boa-fé —que antes do novo Código vinha sendo deduzida pela doutrina e pela jurisprudência de um ‘princípio implícito’, ou por analogia ao art. 131 do Código Comercial— hoje não só decorre da expressividade legal quanto domina e polariza todo o Direito das Obrigações em vista da estrutura codificada, ligando-se aos regimes específicos do Direito Contratual, do Enriquecimento sem Causa, dos Títulos de Crédito, do Direito da Empresa e da Obrigação de Indenizar, bem como aos comandos abrangentes da Parte Geral”.

(19) Obsérvense los señalamientos de Clóvis COUTO Y SILVA: “...a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam” (*A Obrigação como Processo*. San Pablo: Bushatske, 1976, p. 30).

situación concreta, el comportamiento usual de los agentes en aquel campo específico, la honestidad y la lealtad que se espera de las partes en relaciones semejantes, y otros tantos factores. De ahí la importancia de intentar definir con mayor precisión los contornos dogmáticos de la buena fe objetiva, en especial sus funciones y sus límites.

Lo que permanece claro es que la buena fe no puede servir para cualquier fin. La doctrina brasileña, en la dirección de los autores germánicos⁽²⁰⁾, atribuye a la buena fe triple función, así compuesta: (i) función interpretativa de los contratos; (ii) función restrictiva del ejercicio abusivo de derechos contractuales; y (iii) función creadora de deberes anexos o accesorios de la prestación principal, como el deber de información y el deber de lealtad.

En la primera función, se alude a la buena fe como criterio hermenéutico, exigiendo que la interpretación de las cláusulas contractuales privilegie siempre el sentido más conforme a la lealtad y a la honestidad entre las partes. Se prohíbe, así, la interpretación que dé a una disposición contractual un sentido malicioso o de cualquier manera dirigido a eludir o perjudicar a una de las partes, en beneficio de la otra⁽²¹⁾. El Código Civil consagró, en su artículo 113, el papel hermenéutico de la buena fe objetiva⁽²²⁾.

En lo que atañe a la segunda función indicada, la buena fe viene a servir de límite para el ejercicio de derechos en el ámbito de una relación contractual. Afírmase así como criterio para la diferenciación entre el ejercicio regular y el ejercicio irregular o abusivo —y, por tanto, vedado— de derechos frente a la otra parte en la relación contractual. Tal función de la buena fe fue incorporada en el artículo 187 del nuevo Código Civil, que definió de forma ecléctica la figura del abuso de derecho⁽²³⁾.

Junto a ese doble papel, la buena fe se constituye también en fuente creadora de deberes anexos a la prestación principal. Así, se imponen

(20) La clasificación ampliamente adoptada en la doctrina brasileña se encuentra originalmente en FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, trad. española de José Luis De los Mozos, Madrid: Civitas, 1976, cap. IV.

(21) Sobre la buena fe como criterio de interpretación contractual, ver, entre otros, María COSTANZA, *Profili dell'Interpretazione del Contratto secondo Buona Fede*. Milán: Dott. A. Giuffrè Ed., 1989, *passim*.

(22) Art. 113. Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y a los usos del lugar de su celebración.

(23) Art. 187. También comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres.

a las partes otros deberes que aquellos previstos en el contrato: deberes de lealtad, de protección y de esclarecimiento o información⁽²⁴⁾. Tal función de la buena fe objetiva, aunque menos aparente en el nuevo Código Civil, puede ser, de conformidad con la mejor doctrina y a la semejanza de la interpretación atribuida al §242 del BGB, deducida del ya transcrito artículo 422 del Código brasileño.

En rigor, las tres funciones apuntadas arriba podrían ser reducidas a sólo dos: (i) la función interpretativa de los contratos y (ii) la función creadora de deberes anexos. Técnicamente, son estos deberes anexos, los que formando el núcleo de la cláusula general de la buena fe, se imponen ya de forma positiva, exigiendo de los contratantes —y de terceros— determinado comportamiento, ya de forma negativa, restringiendo o condicionando el ejercicio de un derecho previsto en la ley o en el propio contrato⁽²⁵⁾.

Estos deberes anexos, sin embargo, no inciden de manera ilimitada. Sería absurdo suponer que la buena fe objetiva crease, por ejemplo, un deber de información apto para exigir de cada contratante aclaraciones acerca de todos los aspectos de su actividad económica o de su vida privada. Así, si bien es cierto que el vendedor de un automóvil tiene el deber —impuesto por la buena fe objetiva— de informar al comprador acerca de los defectos del vehículo, no tiene, por cierto, el deber de prestar al comprador aclaraciones sobre su preferencia partidaria, su vida familiar o sus hábitos cotidianos. Un deber de información así concebido se mostraría no sólo exagerado, sino también irreal, porque su cumplimiento sería, en la práctica, imposible, teniendo en cuenta la amplitud del campo de informaciones. Se hace necesario, por tanto, identificar el criterio que determina los límites del deber de información y de los demás deberes anexos, bajo pena de hacer inviable la adecuada aplicación de la cláusula general de la buena fe.

(24) Tal tripartición es adoptada, para fines didácticos, por Menezes CORDEIRO, ob. cit., ps. 605 y ss. Debe resaltarse, sin embargo, que tales deberes no tienen contenido cerrado. De hecho, cualquier tipificación de los deberes anexos es inviable, porque derivan de la relación obligacional concreta, e inconveniente, porque limitaría una cláusula que se pretende general.

(25) Las consecuencias son diferenciadas en uno y otro caso. Cuando un contratante ejerce una conducta no autorizada por ninguna norma jurídica, resultando de esta conducta violación a un deber anexo impuesto por la buena fe, tiene lugar técnicamente un acto ilícito. Cuando un contratante ejerce una conducta autorizada por la ley o por el contrato, pero, con este ejercicio, viola deberes anexos impuestos por la buena fe, tiene lugar acto abusivo. Las figuras, a pesar de la redacción del artículo 187, no se confunden.

La búsqueda de los límites al contenido de los deberes creados por la buena fe tiene inicio y fin en su propio concepto. De hecho, basta recordar que los deberes creados por la buena fe son deberes anexos a las prestaciones establecidas en el contrato. Se vuelven, por lo tanto, hacia aquellos intereses comunes de las partes, objetivamente consagrados en el contrato —entendido substancialmente, como núcleo compartido de estos intereses, y no como mero instrumento formal de registro de las intenciones de los contratantes. Es, por lo tanto, la propia función social y económica del contrato la que debe servir de límite a la incidencia de la buena fe objetiva.

Justamente por no exigir la protección de los intereses íntimos y privados de la contraparte, sino solamente la colaboración para aquellos intereses objetivamente extraídos de la propia realización del negocio, la buena fe objetiva no importa en sacrificio de posiciones contractuales ventajosas. En otras palabras, las partes, en la práctica, compiten —y el derecho no veda, en relaciones paritarias como las disciplinadas por el Código Civil, que compitan— entre sí en la adquisición y manutención de posiciones prevalentes y de protección, lo que es de la esencia de las relaciones negociales. El comprador desea el menor precio, el vendedor el mayor, y no hay cómo esperar que renuncien a tales intereses, que son de la lógica del negocio. La buena fe, sea por medio de la imposición positiva de deberes anexos, sea por medio de la prohibición de ejercer abusivamente (en contradicción a los deberes anexos) los derechos contractuales, no implica renuncia a tales derechos o a las situaciones de preponderancia que puedan ocurrir en el curso de la relación obligacional⁽²⁶⁾.

Sostener lo contrario traduce puro romanticismo, al cual no pueden adaptarse las relaciones patrimoniales y la práctica contractual⁽²⁷⁾.

(26) Se muestra clara en este sentido la evolución de la doctrina italiana que se ha ocupado del principio de la buena fe objetiva: "...all'esigenza di solidarietà, di cui è espressione l'obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi y mantenere posizioni di vantaggio" (C. Pedrazzi, *Inganno Ed. errore nei delitti contro il patrimonio*, Milán, 1955, p. 206. Corroborando la afirmación, Guido Alpa, "Responsabilità Precontrattuale", en *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, p. 5). En traducción libre: "À exigência de solidariedade, da qual é expressão o dever de buena fe, contrapõem-se a necessidade de deixar uma certa liberdade de manobra aos interesses em luta, liberdade de perseguir para si y manter posições de vantagem".

(27) La advertencia es de Antonio Junqueira de Azevedo, en "Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos", en *Revista Trimestral de Derecho Civil*, vol. 1, p. 8: "...daí até

La competencia por posiciones prevalecientes y cierto grado de disputa en pro de intereses contrapuestos es inherente a cualquier negocio jurídico. Y si es evidente que, en las relaciones de consumo, el derecho debe actuar de forma protectora, en atención a la vulnerabilidad del consumidor, utilizando los mecanismos propios (e incluso los impropios, si no hubiere otros disponibles por cualquier razón) para volver a equilibrar la relación entre las partes, es igualmente evidente que, en las relaciones paritarias, el derecho no acude a proteger a ninguna de las partes, sino a exigir de ambas una actuación honesta y leal (las que exige la buena fe objetiva) y conforme a los valores consagrados por el ordenamiento civil-constitucional.

Por otro lado, el principio de la buena fe objetiva, informado por la solidaridad constitucional, por no limitarse al dominio del contrato, alcanza a todos los titulares de situaciones jurídicas subjetivas y patrimoniales, vinculándolos al respeto de posiciones contractuales, suyas o de terceros. De esa forma, al incidir en relaciones extracontractuales, impone el deber legal de abstención a terceros, de modo de impedirles la interferencia en la relación a la que son extraños.

Se fundamenta, así, en el deber legal impuesto por la buena fe objetiva, la protección del crédito frente a terceros. Por lo tanto, aquel que conscientemente contribuye para el incumplimiento de una relación contractual de la que no es parte responde por la violación de conducta impuesta por la buena fe objetiva.

Se verifica, así, como se alude arriba, la mitigación del principio de la relatividad en su concepción clásica, con vistas a impedir la conducta dañosa del no contratante que, teniendo conocimiento del tejido contractual, provoca o contribuye para el incumplimiento contractual. Esa responsabilidad debe basarse en el deber legal impuesto por la buena fe objetiva, la cual acaba por extender a terceros los efectos de la contratación.

La teoría del tercero cómplice ya fue encarada por los tribunales brasileños. Se hizo célebre el caso de una famosa compañía de cerveza, que luego de contratar como muchacho-propaganda a un cantante que anunciaba para una marca rival, debió responder a una acción de daños y pérdidas, en conjunto con la agencia de publicidad responsable del anuncio. En el caso, a pesar de la no procedencia del pedido,

mesmo uma visão talvez excessivamente romântica, de que os contratantes devem colaborar entre si”.

consecuencia de la falta de comprobación de los daños producidos por la actuación de los demandados, admitió el juez que un tercero, no obstante ser extraño a la contratación, podría ser responsabilizado por daños causados por su comportamiento doloso⁽²⁸⁾.

Sin embargo, en Brasil, la teoría no se limita a esas hipótesis. El Código Civil brasileño, al tratar de los defectos del negocio jurídico, prevé que el dolo de tercero, aun cuando insuficiente para la invalidación del acuerdo, genera pérdidas y daños al contratante perjudicado.

Por un lado, el artículo 148 del Código Civil autoriza la invalidación del negocio jurídico por dolo de tercero: “puede también ser anulado el negocio jurídico por dolo de tercero, si la parte que aproveche de él tuviese o debiese tener conocimiento”. Por otro, en los casos en que el dolo no se muestra indispensable a la celebración del negocio —*dolo eventual*, en los términos del art. 146 del Código⁽²⁹⁾—, aun cuando dañoso para el contratante inducido en error, por alterar el objeto de la contratación, garante el legislador la responsabilidad del tercero que actuó con dolo⁽³⁰⁾.

Se observa, así, que el Código extiende determinados efectos del negocio a terceros que no formaron parte de la contratación, pero que, en concusión o no con una de las partes, contribuyeran, con su conducta dolosa, al perjuicio de la contraparte. Nótese que, en los términos de la Ley, el tercero puede responder autónomamente por la indemnización, en las hipótesis en que no se verifica complicidad de la parte no perjudicada.

A despecho de haber sido previsto en el ámbito de los defectos del negocio jurídico, los dispositivos revelan visión singular de la doctrina

(28) TJSP, Processo número 583.00.2007.117728-6, 24ª Vara Cível, Juiz Alexandre Carvalho e Silva de Almeida, julg. 10.7.2007. El caso no fue aún considerado por la segunda instancia del tribunal paulista.

(29) Es el tenor del dispositivo: “O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”. Carvalho Santos, al comentar el artículo correspondiente en el Código Civil anterior, afirma que: “O que caracteriza esse dolo, como se vê da definição do Código, é que, a seu despeito, o ato se teria praticado, embora por outra forma.... o dolo acidental se refere somente a uma particularidade do querer, corolário imediato desta verdade é que, dizendo respeito apenas a uma parte da vontade, não a pode viciar” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. II, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, ps. 340/341).

(30) Es el tenor del dispositivo: “Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou”.

del tercero cómplice, al potencializar su aplicación, incluso en ausencia de anulación del negocio (arts. 146 y 148, CC) y acaban por amen- guar, ulteriormente⁽³¹⁾, el principio de la relatividad de los pactos.

Esas transformaciones ahora aducidas no pasaron inadvertidas por el Superior Tribunal de Justicia. Reconoce la Corte que “el tradicional principio de la relatividad de los efectos del contrato (*res inter alios acta*), que figuró por siglos como uno de los primados clásicos del Derecho de las Obligaciones, merece hoy ser mitigado por medio de la admisión de que los negocios entre las partes pueden interferir eventualmente en la esfera jurídica de terceros —de modo positivo o negativo—, o sea, tienen aptitud para dilatar su eficacia y alcanzar a personas ajenas a la relación inter partes. Las mitigaciones ocurren por medio de figuras como la doctrina del tercero cómplice y la protección del tercero frente a contratos que les son perjudiciales, o mediante la tutela externa del crédito”⁽³²⁾.

En la experiencia brasileña, se ve, pues, que el derecho contractual se alteró profundamente en las últimas décadas. La voluntad de los contratantes, antes absoluta, cede espacio a la promoción de valores impuestos por el constituyente. De la misma forma, intereses extra- contractuales impregnan el vínculo obligacional que, hasta entonces, apenas se expresaba respecto a los contratantes. La *relativización de la relatividad* se opera por dos vías. Mientras la función social de los contratos determina la observación por las partes de intereses extra- contractuales socialmente relevantes, la buena fe objetiva impone a terceros el respeto a los efectos contractuales.

(31) Tal circunstancia es reconocida en doctrina. Confróntese: “Embora o terceiro não faça parte da relação jurídica negocial, está ele solidariamente responsável com o contratante que com ele atua ou que assiste a atuação dolosa, sem procurar evitá-la” (Álvaro VILLAÇA AZEVEDO, *Código Civil Comentado*, vol. II, São Paulo: Atlas, 2003, p. 214); y “Se isto se der [dolo acidental] não será anulável o contrato, mas o terceiro (agente doloso) continuará responsável pelo ato ilícito praticado e sujeitar-se-á ao ressarcimento das perdas e danos” (HUMBERTO, THEODORO Júnior, *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, 4ª ed., p 151).

(32) STJ, REsp 468.062, 2ª T. Rel. Min. Humberto Martins, julg. 11.11.2008.

CAPÍTULO III

FORMACIÓN DEL CONTRATO: OFERTA. ACEPTACIÓN. CONSENTIMIENTO. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO



LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL. LA OFERTA Y ACEPTACIÓN

Por Enrique C. MÜLLER⁽¹⁾

SUMARIO: 1. El consentimiento. 2. Oferta y aceptación. 2.1. La oferta. 2.2. La aceptación. 3. La manifestación de la voluntad por medios electrónicos. 4. Forma de las manifestaciones. 4.1. El esquema del Código Civil y del de Comercio. 4.2. Como superar las dificultades. 5. Respuestas.

1. EL CONSENTIMIENTO

La regulación que siguen las partes para la concreción de sus intereses frente a la variedad de contratos asistentes nos muestran que algunos por su sencillez y vulgaridad, son susceptibles de celebrarse directamente a partir de una oferta. Ocurre con la compraventa de innumerables cosas muebles de uso cotidiano. Otros, en cambio, por su mayor complejidad, por la variedad de las prestaciones que encierran, por la necesidad de coincidir sobre diferentes aspectos o por su atipicidad, han menester de “tratativas”, de nominados de “ideación” y de “concreción”, que son, previas al intercambio de oferta y aceptación (Mosset Iturraspe).

La negociación contractual, por ende, consiste, en ocasiones, en encontrar intereses lo suficientemente contrapuestos (*v.gr.* la compraventa) que reclamen la complementariedad de las prestaciones que justifiquen la edificación de aquel estatuto; en otros habrá un interés preponderante de sólo una de las partes (los unilaterales) y en otros habrá una mayor dosis de coincidencia en los fines (los asociativos); pero como quiera que sea la pesquisa de los intereses requiere de una cierta relación intersubjetiva a partir de la cual se van descubriendo para dar forma al

(1) Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

estatuto final. Ese particular modo de contrato social, el derecho lo sistematiza bajo la dinámica de la oferta y aceptación (Fulvio Santarelli).

Ahora, si reparamos que sólo cuando se produce el encuentro o conjunción unánime de ambas voluntades hay consentimiento, pues el consentimiento es el contrato (Alterini), ya que para que se perfeccione un contrato los dos voluntades se deben combinar e integrarse mutuamente; concluiremos que el consentimiento puede ser definido como la declaración de voluntad común, que surge de una oferta y de una aceptación, con aptitud para producir obligaciones (Lorenzetti).

2. OFERTA Y ACEPTACIÓN

2.1. La oferta

Conforme doctrina relevante en nuestro país, la oferta es un acto jurídico unilateral (art. 944, Cód. Civil) ya que consiste en una voluntad exteriorizada, de carácter recepticio y con la finalidad de formar un contrato (Borda, Mosset Iturraspe, Lorenzetti); que debe ser completa, contener una intención de obligarse y estar dirigida a persona determinada; indicándose que la racionalidad que justifica estos requisitos es el fundamento voluntarista de la obligación contractual: se requiere comprobar la intención y que esta sea dirigida a persona determinada y sobre puntos precisos, ya que de lo contrario quedaría en manos de terceros establecer hacia quién se obliga una persona y con qué contenidos. Racionalidad que cambia cuando, en las relaciones de consumo, se trata de ofertas masivas al público, que utilizan la publicidad, los prospectos, y muchas veces con contenidos poco específicos.

En estos supuestos, de modo inverso a la regla general, se presume la intención de obligarse, obligatoriedad a la oferta al público y a la publicidad, y se da intervención al destinatario para interpretar el contenido de la oferta (Lorenzetti).

2.2. La aceptación

La aceptación, por su parte, es un acto mediante el cual el destinatario de una oferta recibe, sin oposición, lo que se le ofrece, exteriorizando su voluntad unilateral y receptiva (Nicolau). Conforme a ello, como el destinatario de la oferta no se encuentra obligado a su aceptación, en punto a las conductas que puede observar realizado la misma, encontramos que puede aceptar o bien rechazar la misma; aceptarla para a su vez, introducirle modificaciones, lo cual genera una contra oferta; o bien, guardar silencio, circunstancia que implica su rechazo

salvo cuando el silencio puede producir una obligación, dado que las partes le otorgan eficacia por un acuerdo anterior, o bien el legislador puede asignarle carácter de manifestación de voluntad cuando exista “una obligación de explicarse por la ley... o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes” (art. 919, Cód. Civ.) (Lorenzetti).

Conductas que en el marco de otras normativas ofrecen lecturas distintas. El artículo 2.6 de los Principios para los contratos internacionales de UNIDROIT considera que el silencio o la inacción por sí solos no constituyen aceptación, no obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecuta dicho acto; y, por su parte, su artículo 2.11, establece que la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteran sustancialmente los de la oferta, constituye una aceptación, a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete la discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

3. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Los avances tecnológicos de comunicación, la red de sistemas electrónicos conocida como internet, nos determina hoy que el comercio al utilizar tales redes tenga una faceta electrónica, cada vez más importante, donde entre el sinnúmero de actividades involucradas, se encuentre incluida la posibilidad de concretar negocios con su contraparte.

Con la implementación del comercio electrónico se ha hecho posible que cualquier persona, en cualquier lugar, ofrezca o adquiera bienes de manera sencilla, rápida y económica. Una vez que la información entra al ciberespacio de las redes de sistemas electrónicos, es accesible en cualquier parte del mundo. En consecuencia, el internet se ha convertido en un medio indispensable de comunicación de incalculable valor comercial y no comercial, para un segmento significativo de la sociedad contemporánea (Cardona Moreu).

Hace un tiempo (2006) en un proyecto de ley realizado con el objetivo fundamental de establecer garantía de seguridad jurídica y dar confianza a los consumidores siguiendo en la medida que resulta adecuado a los lineamientos generales de nuestro ordenamiento jurídico,

así como también antecedentes internacionales tales como la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea; la ley 34 del 11 de julio de 2002 del Reino de España y la ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en sus fundamentos podía leerse que el comercio electrónico de Argentina alcanzaría en ese año un volumen de 2.200 millones de pesos, lo que representaría un incremento de un 60% de sus transacciones online respecto a 2005. El incremento de este último respecto a 2004 se estimó en aproximadamente 41 por ciento. El aumento de usuarios de Internet en Argentina, acompañó la tendencia en adquirir por la red todo tipo de artículos o servicios. Argentina tenía a fines de 2005 unos 10 millones de usuarios de Internet y podrá cerrar 2006 con más de 13 millones. Estos datos confirman que uno de los nuevos impulsores del comercio electrónico son los compradores del interior del país, que encuentran en el comercio electrónico la manera de acceder a aquellos productos que no tienen en sus pueblos y ciudades.

Las ventas online y el comercio electrónico sigue creciendo y los jóvenes son los principales usuarios de este medio para comprar todo tipo de novedades apuntadas principalmente a la tecnología y el entretenimiento, según la consultora Prince & Cooke. Sin embargo, la proporción de los internautas que hacen compras por la red se mantiene entre 12 por ciento y 14 por ciento, lo que en definitiva supone una masa de compradores virtuales de entre 1,2 y 1,5 millones de personas. La compra promedio del mercado local pasó de 50 pesos hace tres años a 150 pesos este año, empujada especialmente por los artículos electrodomésticos y electrónicos, pero se pronostica que el valor promedio de las operaciones llegará a ubicarse este año por encima de 300 pesos.

Según otra encuesta realizada el 35,25% de las personas que compra por Internet lo hace por "la comodidad que ofrecen las diferentes variantes de comercio electrónico que existen". Un 29,51% señaló que lo hace porque es allí donde encuentra los mejores precios y un 23,77% dijo que usa este medio debido a que le facilita encontrar productos que tienen particularidades que hacen que sea complejo encontrarlos de otro modo. Asimismo, el 36,88% de los encuestados aseguró que encontró el producto que luego adquirió por recomendación de un conocido, mientras que un 34,38% lo hizo a través de un buscador, lo que muestra que en más del 70 % de los casos la influencia de la publicidad fue baja. Otro dato relevante es que el 97,33% de las personas que compraron por Internet manifestó que volvería hacerlo, lo cual

“resulta consistente con las motivaciones para usar este medio, referidas a la comodidad y al buen precio”.

El comercio electrónico es un hecho, aunque no haya legislación reguladora sobre el tema.

De lo expuesto, podemos colegir no sólo que el caudal de las transacciones es mucho mayor, sino que el empleo a nivel masivo de las comunicaciones telemáticas, es el mayor desafío para el régimen legal clásico del perfeccionamiento del contrato, que ha devenido relativamente insuficiente, porque se aplican sus normas aunque con algunas particularidades (Lorenzetti, Márquez y Moisset de Espanés, Nicolau).

4. FORMA DE LAS MANIFESTACIONES

4.1. El esquema del Código Civil y del de Comercio

En el mismo se destacan los instrumentos públicos (arts. 979 y ss.) que son los instrumentos otorgados por medio de intervención notarial, cuya formalidad y valor probatorio se encuentran normativamente establecidos (arts. 998/1011). Por su parte el art. 1184 del Cód. Civil enumera los contratos que deben ser celebrados mediante escritura pública. También se señalan los instrumentos particulares que son la base de la manifestación escrita de la voluntad; marco en el cual el art. 1012 del Cód. Civil erige a la firma en “condición esencial para todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres “o apellidos”; determinando a su vez el art. 1021 que “los actos deben ser declarados en tanto originales como partes haya con un interés distinto”.

En tal marco a su vez, los contratos celebrados por medios informáticos, resultan parcialmente válidos, tal como lo sostuvieron las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y a que es dable tener presente que el Código Civil ha establecido como regla, la de la libertad de formas (arts. 974 y 1197). Mientras que el art. 207 del C. de Comercio establece que “el derecho civil, en cuanto no esté modificado por este código, es aplicable a las materias y negocios comerciales remitiéndonos por ende el Código Civil.

4.2. Como superar las dificultades

Tal vez el modo de superar las dificultades que tal modo de comerciar provoca consiste en establecer un grupo de principios de equivalencia funcional entre las nuevas realidades y el régimen de perfec-

cionamiento del contrato tradicional que ofrece nuestro Código Civil (Barral Viñals). Por ejemplo entre nosotros puede aplicarse, como en España, el principio de equivalencia funcional de la firma, pues, a los fines que la firma tiene en el Código Civil son equivalentes a los de la ley 25.506 de firma digital (Nicolau).

La contratación, como cualquier intercambio de datos o mensajes electrónicos puede realizarse en redes cerrados (acuerdos conocidos como EDI - Electronic Data Interchange) o en redes abiertas (como la Internet), siendo esta última la que presente mayores dificultades desde el punto de vista técnico jurídico, porque en las redes cerradas, generalmente existencia ciertos acuerdos previos que ayudan a resolver la cuestión (Márquez y Moisset de Espanés).

Desde tales vértices, el primer punto conflictivo que hay que resolver es si por medios electrónicos pueden celebrarse contratos por escrito, es decir, contratos que puedan materializarse en instrumentos privados. Conforme lo destacado, la firma de la persona es el único medio del que disponían los antiguos códigos para imputarle la autoría de un documentos, y aunque hoy se dispone de otros medios que podrían aplicarse a ese fin, todavía nuestro sistema no los contempla. De modo que los documentos cursados por fax o correo electrónico carecen de firma, aun cuando estén los rasgos que la persona coloca en ella, porque no es su original, sin una reproducción (Nicolau).

No obstante lo dicho, este primer problema ha quedado resuelto en nuestro país, desde que se dictó la ley que regula la firma digital (ley 25.506) y el procedimiento para su obtención y empleo. En consecuencia los contratantes pueden celebrar contratos escritos y emitir instrumentos privados por vía telemática recurriendo a la firma digital (Waintraub). Ello porque reconoce el valor de firma digital como firma ológrafa, y a su vez reconoce el valor de la firma electrónica y establece que el documento digital cumple los requisitos de escritura.

El otro tema a decidirse legalmente es cuando se considera recibida una comunicación electrónica. En este caso no hay norma en el derecho argentino y debe recurrirse a otros ordenamientos normativos y modelos jurídicos que circulan (Nicolau). Por ejemplo, el Código Civil alemán en su reforma del año 2002, resuelve estos problemas en el parágrafo 312 estableciendo que, cuando un proveedor utiliza técnicos de comercio electrónico debe, entre otros casos, confirmarle al cliente inmediatamente la recepción de su pedido. Dispone también que el pedido y el acuse de recibo se consideren recibidos, cuando las partes a los que van dirigidos los puedan recoger bajo circunstancias normales (Vives Montero).

Otras fuentes de consulta son: La Ley Modelo de CNUDMI. Esta ley es un modelo de referencia para fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, garantizar la seguridad jurídica y proveer una legislación que facilite el uso del comercio electrónico en Estados con sistemas jurídicos diferentes. A su vez propicia el reconocimiento jurídico de los documentos electrónicos estableciendo estándares mínimos de requisitos de forma, deja librado al acuerdo entre las partes las especificaciones técnicas a través de las cuales se cumplen los requisitos mínimos establecidos y establece definiciones referidas al proceso de comunicación de “mensajes de datos”.

La directiva de la Unión Europea propone una regulación general de la prestación de servicios de la Sociedad de la Información, de las comunicaciones comerciales, la validación jurídica de la celebración de contratos por vía electrónica, la protección específica de los consumidores, la promoción del establecimiento de códigos de conducta y de la solución extrajudicial de litigios y de la celeridad en la vía judicial.

La ley de los Estados Unidos —Electronic Signatures in Global and National Commerce Act— adopta la técnica legislativa de la CNUDMI estableciendo la no discriminación jurídica de las transacciones realizadas por medios electrónicos —firmas, documentos, registros—; establece una serie de recaudos específicos de protección al consumidor; adopta los requisitos mínimos de forma establecidos por la CNUDMI; establece una importante serie de supuestos para los cuales no se aplica el reconocimiento jurídico de los medios electrónicos; faculta a las agencias gubernamentales —federales y estatales— a establecer los estándares técnicos específicos para satisfacer los requisitos mínimos de forma, con resguardo de su neutralidad tecnológica.

La normativa de Singapur —Electronic Transactions Act, 1998— adopta los requisitos mínimos de forma establecidos por la CNUDMI; establece el sistema de certificación de firmas digitales en un marco de libertad contractual; establece una importante serie de supuestos para los cuales no se aplica el reconocimiento jurídico de los medios electrónicos, y regula el uso de medios electrónicos en el ámbito gubernamental.

El anteproyecto de Ley de Brasil conjuga las recomendaciones de la CNUDMI y de la Directiva Europa, adopta los requisitos mínimos de forma establecidos por la CNUDMI aunque fijando la exigencia del sistema criptográfico de clave pública para la firma y establece el sistema de certificación de firmas digitales —público y privado—.

La ley de Chile adopta los requisitos mínimos de forma establecidos por la CNUDMI, otorga amplia validez jurídica a los documentos electrónicos, adopta una definición amplia de firma digital y delega en la reglamentación la fijación de estándares técnicos y de certificación de las firmas electrónicas (Anteproyecto de Ley Formato Digital y Comercio Electrónico elaborado por la Subsecretaría de Relaciones Institucionales de la Jefatura de Gabinete de Ministros).

5. RESPUESTAS

La formación del contrato a través de medios informáticos no difiere de la formación de los contratos en general; esto es, requiere de una oferta y una aceptación, que serán manifestaciones de voluntad expresadas a través de medios digitales entre personas que están comunicadas a través de sistemas informáticos interconectados. La manifestación se realiza mediante un simple “clickear” del mouse sobre el icono “acepto”.

Ahora bien, deberá considerarse que hay manifestación de voluntad por medios informáticos, tanto en la oferta como en la aceptación, cuando el mensaje ha salido de la esfera de control del emisor, es decir cuando ha sido efectivamente enviado, todo ello de conformidad con el régimen legal vigente.

Este contrato podrá ser juzgado como celebrado entre ausentes o presentes según las circunstancias del caso. Así, si el negocio se concreta por operaciones on line (comunicación interactiva o simultánea), se entenderá un contrato entre presentes pues la aceptación es inmediatamente conocida (por ej., la reserva de un vuelo); más aún, deberá considerarse que la oferta ha caducado si no se la acepta de inmediato.

En cambio, será entre ausentes si la aceptación no es emitida on line o requiere de una confirmación por el oferente posterior enviada por el mismo medio o por otro (sea fax, sea teléfono); en este caso, la oferta caducará si transcurre el tiempo razonablemente necesario para expedir la aceptación, y ello no ocurre. Claro está que es recomendable que, en una futura reforma legislativa, se adopte la teoría de la recepción como sistema de formación del contrato entre ausentes (Borda).

Por otra parte no podemos dejar de mencionar que existen expresiones que se hallan contempladas en nuestros códigos. Expresiones universalizadas en el mundo informático como Server, World Wide

Web, provider de Internet, protocolo, firma digital [Transformación de un mensaje utilizando un sistema de cifrado asimétrico de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante, pueda determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido alterado desde el momento en que se hizo la transformación (Utah). Es un sello integrado en datos digitales, creado con una clave privada que permite identificar al propietario de la firma y comprobar que los datos no han sido falsificados (Alemania)], esencial en el comercio electrónico, certificación y miles de otras palabras que no llegarán a estar en ninguna legislación por sobreabundante, porque el paso agigantado de la informática nunca podrá seguir el paso lenta, algunos dirán “pero seguro”, del derecho (Muiño Matienzo).

Como se advierte, tal como sucede en el avance constante de la inteligencia humana, el régimen aplicable a la formación del consentimiento en este tipo de contratación, supone un corrimiento de fronteras no sólo en lo atinente a las informaciones previas que desencadenan la aceptación, sino también en lo relativo a su validez y eficacia, y a las obligaciones que deben asumir los prestadores de servicios, las partes que celebren los contratos y los emisores de comunicaciones comerciales; pero siempre que la realidad nos coloca en estas encrucijadas, las soluciones debemos buscarlas de allí la equivalencia funcional que pregonáramos en el Código Civil, en los tratados internacionales que somos signatarios y hayamos adherido y, en la necesaria protección del orden público.

Por último, agradezco la distinción que para mí supone intervenir en esta obra, adhiriendo al justificado homenaje al Dr. Ricardo Lorenzetti, quien como abogado, catedrático y juez, siempre nos demostró con sus empeños, que la ciencia jurídica como refiriera Legaz y Lacambra, impuesto por la propia naturaleza de su objeto, es servir a una función práctica, que es regular con justicia los casos de la vida.

LA OFERTA COMO UNO DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONTRATO Y SU EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Por Newton DE LUCCA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Consideraciones introductorias: la cuestión terminológica.
2. Noción jurídica de la oferta. 3. La nueva noción de oferta electrónica.
4. Bibliografía.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

La noción jurídica de oferta ofrece algunas dificultades en el ordenamiento⁽²⁾ jurídico brasileiro. Esa categoría jurídica, en el ámbito del Código de Defensa del Consumidor brasileiro (ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990, en vigor en Brasil desde el 11 de marzo de 2001), no guarda correspondencia ontológica con el instituto de la *propuesta*, tal como este fuera previsto en el antiguo Código Comercial de 1850⁽³⁾,

(1) Presidente de la Corte Federal de la 3ª Región, Brasil. Vicepresidente del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano.

(2) (Nota del traductor: el autor utiliza el término “ordenación” y en la nota al pie que acompañamos explica los motivos). Permítaseme el empleo de la palabra ordenación, en lugar de *ordenamiento* — un injustificable italianismo, sin duda —, conforme vengo señalando en mis obras y, más recientemente, en “*Da Ética Geral à Ética Empresarial*”, San Pablo: Quartier Latin, 2009, p. 234, nota al pie n. 1, *in verbis*: “*Contra la casi unánime doctrina nacional, vengo utilizando, invariablemente, la palabra ordenación jurídica, del todo preferible, a mi modo de ver, a la palabra ordenamiento jurídico. En efecto, ella parece más acorde con el idioma portugués, no habiendo razón para el uso del italianismo, conforme ya destacó la autorizada voz del gramático Napoleão Mendes de Almeida. Al final de cuentas, nosotros tuvimos las ordenaciones afonsinas, manuelinas y filipinas y no ordenamientos afonsinos, manuelinos y filipinos...*”

(3) No había, en el Código Comercial de 1850, una disciplina específica sobre la propuesta, ni en el Título VIII, relativo a la compra venta mercantil, ni en el Título V, referido a los contratos y obligaciones mercantiles. Existía apenas, en este último, la disposición del art. 127, según la cual “*los contratos celebrados por correspondencia*

así como, igualmente fuera contemplado en el anterior Código Civil de 1916⁽⁴⁾ y ahora reproducido en el actual de 2002⁽⁵⁾.

Tal polisemia, como se sabe, no es absolutamente extraña al Derecho. En un artículo escrito hace ya mucho tiempo, el Prof. Eros Roberto Grau, Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo y ex-Ministro del Supremo Tribunal Federal, explicaba que era propio de la Ciencia Jurídica trabajar con conceptos que no encierran ideas o reflexiones sobre la esencia de las cosas, sino más bien con *“herramientas que forjamos para describir la realidad, teniendo en vista la realización de determinadas finalidades”*⁽⁶⁾.

Si se toma el concepto de contrato, por ejemplo —del cual la oferta es uno de sus elementos integrantes— se verificará que ocurre un fenómeno semejante. Ya decía Canetti, que lo más difícil, a veces, es redescubrir exactamente lo que ya se sabe, siendo ese tal vez el malestar que nos provoca lidiar con conceptos no unívocos. Razón asiste a propósito, al Eminentísimo Profesor Ricardo Luis Lorenzetti, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina —tan justamente homenajeado en la presente obra—, al momento de recordar el malestar causado por la teoría contractual: *“Los manuales suelen comenzar mostrando su perplejidad frente a la diversidad de significados del vocablo, el amplio espectro de situaciones que abarca y la multiplicidad de cuerpos legales que resultan aplicables”*⁽⁷⁾.

Siendo la palabra *contrato* de naturaleza igualmente polisémica —tal cual el vocablo *oferta*—, se vuelve extremadamente problemá-

epistolar se reputan concluidos y obligatorios desde que quien recibe la proposición expide carta de respuesta, aceptando el contrato propuesto sin condición ni reserva; hasta este punto es libre de retirar la propuesta; salvo que quien la ha hecho se hubiere comprometido a esperar respuesta, y a no disponer del objeto del contrato sino después de rechazada su proposición, o hasta que transcurra el plazo determinado. Si la aceptación fuera condicional, se volverá obligatoria desde que el primer proponente avise que se conforma con la condición”. Se verifica en este texto, por lo tanto, la utilización del término proposición (dos veces) y de la palabra propuesta (una vez).

(4) Decía el art. 1.080 de ese Código: *“La propuesta de contrato obliga al oferente, si lo contrario no resultara de los términos de ella, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso”*.

(5) La redacción del art. 427 del Código actual, en vigor desde el 11 de enero de 2003, es absolutamente idéntica a la del antes transcripto art. 1.080 del Código Civil anterior de 1916.

(6) Basado en Alf Ross (*El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro CARRIÓ y Osvaldo PACHECO, Buenos Aires: Centro-Editor de América latina, ps. 85 e 86), en Revista de Derecho Mercantil núm. 55, p. 42.

(7) Cf. *Tratado de los Contratos*, Parte General, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 7.

tico fijar *a priori* el sentido y alcance de la formulación de una teoría general, sea ella de los contratos, sea de la propia oferta.

Así como procedí anteriormente, en ocasión del artículo producido para la memorable obra colectiva dirigida por el Profesor Carlos Soto, titulada *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*⁽⁸⁾, sea permitiéndome abstenerme de proceder a un examen previo, sea sobre un prisma diacrónico, sea sobre la óptica sincrónica⁽⁹⁾ de las numerosas concepciones de contrato existentes en la literatura jurídica universal. Como se sabe, hay una concepción del contrato en el Derecho Romano; otra en la llamada economía liberal; otra, aún, en economía del Estado de bienestar social; otra en el neoliberalismo y así por delante. Me limitaré, por lo tanto, apenas a expresar —haciéndolo de forma absolutamente simple, las concepciones clásica y contemporánea de los mismos.

Podemos decir, en apretada síntesis, que el contrato, en su idea clásica, es un instituto constituido por un acuerdo de dos o más partes⁽¹⁰⁾ con el propósito de regular sus derechos y obligaciones. Se trata, está claro, de aquello que se podría designar como el concepto *clásico* de contrato. Se presentaba, con el efecto de una idea preconcebida de oposición entre las partes, aunque fuera definido como una especie de acuerdo jurídico. Un acuerdo jurídico, es verdad, pero con intereses nítidamente contrapuestos.

(8) Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, T. 1, artigo intitulado *Normas de Interpretação Contratual no Brasil*, p. 547.

(9) Véase, a propósito, el profundo análisis del citado Profesor LORENZETTI (ídem, *ibídem*, nota de pie de página núm. 1), mostrando la perspectiva diacrónica, esto es, describiendo el significado histórico, a través de los tiempos, del Derecho Romano, del Derecho Medieval, etc. y la perspectiva sincrónica, vale decir, emprendida de forma simultánea, comprendiendo ese mismo significado en el mundo anglosajón, oriental, musulmán, europeo, latinoamericano, etc.

(10) La posibilidad de que existan más de dos partes en el contrato quedó inequívocamente demostrada por Tullio ASCARELLI (*O Contrato Plurilateral, in Problemas das Sociedades Anónimas e Direito Comparado*, 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, ps. 255 a 312) en el desarrollo de la concepción del contrato plurilateral (ob. cit., ps. 266 e ss.), del que los modelos societarios son el ejemplo más elocuente. Por otro lado, la idea de que el contrato “es ley para las partes” viene desde el Derecho Romano y puede encontrarse en varios Códigos Civiles contemporáneos. Ejemplificativamente, la primera línea del art. 1.134 del Código Civil belga dispone, en traducción libre: “Las convenciones legalmente establecidas se vuelven ley para los que las celebran”. No obstante, veremos más adelante en el texto principal, los principios que dan forma a la teoría clásica del contrato no subsisten en la teoría contemporánea, por lo menos en lo que respecta a Brasil, a partir de la Constitución de 1988 y del Código Civil de 2002, en vigor desde el 11 de enero de 2003.

Tanto el principio de la igualdad de las partes delante del contrato como el principio de la autonomía de la voluntad conformaban⁽¹¹⁾, fundamentalmente, esa noción clásica del contrato, bien diversa de la concepción contemporánea, como se verá más adelante.

En el llamado *pluralismo posmoderno* —expresión de largo espectro semántico y sujeto a innumerables ambigüedades— caracterizado, entre otros aspectos, por la gran diversidad de fuentes normativas, el sujeto de derecho que ostenta la condición de destinatario del con-

(11) Cf. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, cit., nota 7, p. 314 e 315, *in verbis*: “Vuelvo a repetir, *ad nauseam*, el empleo del verbo “enformar” y no informar, como es absolutamente recurrente en la literatura jurídica nacional, por las razones ya presentadas en oportunidades anteriores, a seguir reproducidas: “Aunque el verbo informar, en el sentido de la filosofía escolástica, sea el de dar forma a una determinada materia —matiz que corresponde exactamente a lo que siempre pretendemos utilizar en nuestros trabajos jurídicos— no es ese el sentido coloquial de la palabra, denotativa de dar ciencia de algo o instruir. Me permito así, continuar insistiendo en el empleo del verbo enformar, con “e” inicial, en lugar de informar, con <>, *como es claramente preferido en la literatura jurídica nacional. Reproduzco las consideraciones que he hecho anteriormente (Direito do Consumidor - Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo, 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2003, p. 62, nota de rodapé núm. 115) a propósito de la materia: “Se alude en la doctrina jurídica, de forma prácticamente unánime, a principios informadores, escrito este último vocablo con la letra ‘i’. Mis- mo en títulos de trabajos publicados, de naturaleza académica, ya tuve la ocasión de verificar esa preferencia por la antes aludida grafía. Nelson Nery Jr., por ejemplo (Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Revista de Direito do Consumidor n.º 3, setembro/dezembro, 1992, ps. 50 e 51), clasifica los prin- cipios en ‘Informativos’ y ‘Fundamentales’, semejante a Sperduti que alude a prin- cipios científicos, principios normativos e principios informativos. Cuando utilizo la expresión, lo hago con la letra ‘e’, pues entiendo que los principios — concebidos, a pesar de los diferentes matices existentes, en su sentido filosófico, como ‘proposi- ciones directoras de una ciencia a la que todo el desarrollo posterior de esa ciencia debe estar subordinado’ — no da información de algo, antes da forma (ó), esto es, enforman en el sentido de moldean o incluso de construyen una forma (ô) preparada para la producción de algo. Genaro CARRIÓ afirmó (*Notas sobre Derecho y Lenguaje, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, ps. 209 a 212), con total acierto, la exis- tencia de por lo menos siete focos de significado para lo que pueda ser considerado un principio. Pero esa pluralidad de significados no desautoriza — antes, refuerza — la conclusión de que, al menos prevalecientemente, los principios enforman en lugar de simplemente informar. Ya Miriam de Almeida Souza (*A política legislativa do consumidor no direito comparado, Nova Alvorada Edições, 1996, ps. 21/22), lue- go de la interesante cita a Henri de Page sobre el sentido de la ley delante de la vida, afirma, con acierto: ‘Coherente con esa lección del ilustre profesor belga, que ve en el derecho un fin social a llenar y con la tendencia predominante, según la cual el verdadero sentido de su evolución es la protección de los hipo suficientes económi- cos y, en un nivel de mayor evolución, de los menos capacitados en general, es que será analizada la política legislativa que enformou la estructuración de los códi- gos de defensa del consumidor en diferentes sociedades en cambio.’ (negrita mía)”***

cepto contemporáneo de contrato sufre una profunda modificación. En lugar del padre de familia burgués o del propietario, surge una pluralidad de sujetos —entidades representantes de los consumidores, de los banqueros, de los accionistas minoritarios, de las microempresas etc.— esta pluralidad puso en duda la propia utilidad de la formulación de una teoría general de los contratos en el contexto actual.

Francesco Galgano, a propósito, destaca la circunstancia de no ser más el negocio jurídico un instrumento real de mediación de intereses, constituyendo, en traducción libre de mi parte, *“una categoría engañosa que impide la comprensión del significado efectivo del mecanismo contractual, retira la relación contractual de la connotación social de las partes, enmascara la contradicción interna de la disciplina de los contratos y oculta la real naturaleza de los intereses en juego”*, concluyendo ese gran autor peninsular que la categoría del negocio jurídico ya estaría en declive e inevitablemente destinada al olvido⁽¹²⁾.

Sin embargo, de la enorme controversia al respecto de subsistir o no alguna utilidad en la formulación de una teoría general del contrato — es, igualmente, de la propia categoría del negocio jurídico — en el contexto de la realidad actual, el hecho de que la concepción contemporánea del contrato, sea paritario, sea de masa, traspasa la seguridad jurídica del orden liberal pos-revolucionario para el valor de la justicia contractual, axiológicamente más relevante. Tal transformación tanto puede ser vista en el plano del derecho comparado cuanto en Brasil, sobre todo a partir de la Constitución brasilera de 1988.

2. NOCIÓN JURÍDICA DE LA OFERTA

En lo que concierne a la noción jurídica de la oferta, sea en lo que toca al ámbito del derecho civil, sea en lo que se refiere al derecho del consumidor, algunas consideraciones, de carácter conceptual, son necesarias. En tales dominios —tradicionalmente utilizados por el derecho privado⁽¹³⁾ por la doctrina— la oferta es concebida como “ma-

(12) Cf. *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, 2ª ed., Bolonha: Zanichelli, 1983, p. 81. En su original: *una categoria forviante, che ostacola la comprensione del significato effettivo del meccanismo contrattuale, spoglia il rapporto contrattuale delle connotazioni sociali delle parti, maschera le contraddizioni interne alla disciplina dei contratti e occulta la reale natura degli interessi in gioco*.

(13) La designación de derecho privado parece ajustarse más adecuadamente al derecho civil que al derecho comercial. A éste, como se sabe, se deben de algunas de sus instituciones típicas (sociedades por acciones controladas por el Estado, títulos de crédito públicos y los seguros sociales) *“tienden a superar el dominio del dere-*

nifestación de voluntad unilateral mediante la cual una persona da conocimiento de su intención de contratar y de las condiciones esenciales de ese contrato”⁽¹⁴⁾, o “la primera manifestación de voluntad, a la que ha de seguir la aceptación, para que se concluya el negocio jurídico bilateral”, como fue definido por Pontes de Miranda⁽¹⁵⁾. Agrega, ese mismo juriconsulto “también se acostumbra llamar propuesta a la oferta y en el Código Civil fue ese nombre el que se empleó.” Y prosigue, esclareciendo que:

“La oferta es seguida por la aceptación pura y simple, que bilateraliza el negocio jurídico y vincula a las partes, o el rechazo, o la aceptación modificativa que no es, propiamente aceptación, sino más bien una nueva manifestación de voluntad, otra oferta, en lugar de la aceptación o del rechazo puro y simple, que se podía esperar. El oferente pasa a la situación de destinatario de la nueva oferta y tiene la posibilidad de aceptarla o rechazarla o, en lugar de proceder como destinatario, nuevamente contra ofertar. En ese juego de tenis de ofertas, se llegará al final cuando una de las partes acepte totalmente, y ya no se piense en nueva oferta o en el rechazo.”

Para Silvio Rodrigues⁽¹⁶⁾, otro expresivo jurista brasileiro,

“la propuesta es la oferta de los términos de un negocio, invitando a la otra parte a concordar con él. Constituye un acto jurídico unilateral, por intermedio del cual el oferente invita al destinatario de la oferta a contratar, presentando desde luego los términos en que se dispone a hacerlo. Si el contrato sólo se perfecciona por el entrecruzamiento de las declaraciones de las partes, verdad es, entretanto que la mera propuesta contiene una declaración seria del proponente. De hecho, la fuerza vinculante del contrato proviene de esa declaración unilateral de cada una de las partes, que se obligan y se atan a un negocio, porque así lo declaran. De ahí, determina la ley que la propuesta sea vinculante. En efecto, dispone el art. 1.080 del Código Civil:

‘Art. 1.080. La propuesta de contrato obliga al proponente, si al contrario no resultara de los términos de ella, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso.’

Tal regla se afirma en la necesidad de asegurar la estabilidad de las relaciones sociales. En efecto, quien formula una propuesta de negocio provoca

cho privado y a constituer instrumentos generales del derecho”, conforme la conocida lección de Ascarelli (*A evolução do Direito Comercial – A unificação do Direito das Obrigações*, Revista Forense 147, p. 25).

(14) Cf. Jacques GUESTIN & Bernard DESCHÉ, *Traité de Droit Civil: le contrat*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, p. 110.

(15) Cf. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*, T. XXXVIII, 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, § 4.189, p. 26.

(16) Cf. *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*, vol. 03, 23ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 61.

una legítima expectativa respecto de la persona a la que se la dirigió. De manera que la posibilidad de retirar arbitrariamente la oferta representaría una fuente de inseguridad, capaz de causar perjuicio al otro contratante, que, de buena fe, confió en la seriedad de la proposición a él presentada. Por eso, la ley impone al proponente el deber de mantener su propuesta, obligándolo a cargar con las pérdidas y daños en caso de incumplimiento. Sin embargo, todavía hay hipótesis para las que la propuesta deja de ser obligatoria. La ley las enumera (CC, art. 1.081) y, para ello, distingue la propuesta dirigida a persona presente, de la propuesta dirigida a persona ausente.”

Para Messineo⁽¹⁷⁾, la oferta consiste en una declaración de voluntad oriunda de un sujeto supuestamente capaz de contratar y expresada por una o más proposiciones verbales enviadas, normalmente, a un determinado destinatario que sea capaz de contratar.

Aclara Orlando Gomes⁽¹⁸⁾ que el denominado *proponente* u *oferente* es aquel que emite la oferta, en cuanto *aceptante* o *destinatario de la oferta* es aquel que declara su concordancia, conocida como *aceptación*.

Hay, por lo tanto, cierto formalismo para la configuración de la propuesta, en su formato clásico. Debe existir, en primer lugar, un oferente (determinado) y un destinatario (también determinado) de esa propuesta. Deberá existir, igualmente, la clara intención del oferente de hacer su propuesta *firme*⁽¹⁹⁾ y de que la *cosa*, el *precio* y las *condiciones* estén previamente mencionados en el contenido de la propuesta. Sin que ocurra la *aceptación*, por otro lado, no existe la formación del vínculo obligacional entre oferente y destinatario de la oferta⁽²⁰⁾.

María Helena Diniz⁽²¹⁾ concibe a la oferta como la “*declaración subrepticia de voluntad, dirigida por una persona a otra, por fuerza de la*

(17) Cf. *Trattato di diritto civile e commerciale - Il contratto in genere*, vol. XXI, T. 1, Milão: Giuffrè, 1973, p. 307.

(18) Cf., *Contratos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 59.

(19) Enseña Jean Luc-Aubert (*Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, París: LGDJ, 1970, p. 45) que la firmeza de la propuesta demuestra que su autor está decidido a celebrar el contrato por el concebido y que él está consciente de que la superveniencia de la aceptación cerrará de inmediato los enlaces de ese acuerdo.

(20) El consenso, como se sabe, constituye uno de los elementos esenciales del contrato, siendo concebido como la manifestación recíproca del acuerdo celebrado entre dos o más personas. Ese mutuo consentimiento se expresa, como bien ha resaltado la doctrina (Cf. J. M. de Carvalho Santos, *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, vol. XII, Rio de Janeiro: Borsoi, s/d, p. 217), con la oferta y la aceptación.

(21) Cf. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. 3, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 39.

cual la primera manifiesta su intención de considerarse vinculada si la otra parte acepta.”

Evidentemente, podrían multiplicarse las citas de expertos respecto de la materia. Con una que otra particularidad, es cierto que el concepto de oferta no presenta mayores inconvenientes en el plano doctrinario, habiendo uniformidad de puntos de vista, conforme ha señalado el juez federal Silvio Luis Ferreira da Rocha, en su Tesis de Doctorado presentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo —de cuya Banca Examinadora tuve la honra y la satisfacción de participar—, *in verbis*⁽²²⁾.

“En un estudio comparativo al respecto de la formación del contrato en Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Inglaterra, Irlanda, Países Bajos, Alemania y Dinamarca, sobre la orientación de René Rodière, se llegó a la conclusión de que, en esos países, rescatando algunas especificidades, la oferta es una declaración unilateral de voluntad por la cual el oferente propone a una o más personas o al público la conclusión de un contrato.”

Se ve entonces, el sentido de la *oferta* en el Código de Defensa del Consumidor brasileiro. Dice el art. 30:

“Toda información o publicidad, suficientemente precisa, vehiculada por cualquier forma o medio de comunicación, con relación a productos y servicios ofrecidos o presentados, obliga al proveedor que la hizo circular o de ella se sirvió e integra el contrato que viene a ser celebrado.”

Se trata, efectivamente, de disciplinas normativas distintas. Con razón el ilustre consumerista Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin, hoy Ministro del Superior Tribunal de Justicia señala que:⁽²³⁾

“No se debe interpretar el vocablo oferta utilizado por el Código de defensa del Consumidor en su sentido clásico. El fenómeno es visto por el prisma de la realidad masificada de la sociedad de consumo en que las ofertas no son más individualizadas y cristalinas. Oferta, en tal acepción, es sinónimo de **marketing**, significando los métodos, técnicas e instrumentos que aproximan al consumidor a los productos y servicios colocados a su disposición en el mercado por los proveedores. Cualquiera de esas técnicas, desde que suficientemente precisadas, puede transformarse en vehículo eficiente de una oferta vinculante. Ahí reside una de las mayores contribuciones del derecho del consumidor a la reforma de la teoría clásica de la formación de los contratos.” (Comillas mías)

(22) Cf. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editorial Lemos, 1997, p. 36.

(23) *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 175.

Hay que extraer, en el plano práctico, las consecuencias de esa importante conclusión. Si se trata de una relación jurídica de consumo, se aplica siempre el Código de Defensa del Consumidor. Sólo en la hipótesis de inexistencia de normas en el CDC respecto de la materia es que el Código Civil podría servir como norma subsidiaria.

Asimismo, en la hipótesis de conflicto de normas —siempre presente, teniendo en cuenta la profunda diversidad existente entre el sistema de la oferta en el CDC y aquel previsto en el Código Civil— si aplicará el CDC se estuviera caracterizada la relación jurídica de consumo, no obstante la posibilidad, en teoría, de ser aplicada una norma más favorable al consumidor, teniendo presente la disposición del art. 7º del CDC⁽²⁴⁾.

Habiendo sido interrogado en un congreso sobre derecho del consumidor si, siendo la oferta regulada tanto por el CDC como por el Código Civil y, habiendo conflicto entre tales disciplinas, cuál de ellas debería prevalecer, tuve la oportunidad de decir que no existe la prevalencia de una sobre la otra. La diferencia está, evidentemente, en el ámbito de aplicación de cada una de ellas. Si se trata de relación jurídica de consumo, se aplicará, *en principio*, el Código de Defensa del Consumidor y no el Código Civil. Si, al contrario, no se trata de una relación de consumo, se aplicará el Código Civil, siendo decisivo saber, en verdad, no propiamente el *nomem juris* de la figura y sí la naturaleza de la relación jurídica que se establece entre las partes.

Me serví de la expresión, *en principio*, líneas atrás por la simple y buena razón de que, conforme lo preceptuado en el art. 7º del CDC, antes mencionado, es perfectamente posible la aplicación de la norma más favorable al consumidor, aunque se trate, efectivamente, de una relación jurídica de consumo.

Cabe señalar, además, que la norma del art. 429 del Código Civil, según la cual, “La oferta al público equivale a la propuesta cuando encierra los requisitos esenciales al contrato, salvo que lo contrario resultare de las circunstancias o de los usos”, es la única diferencia existente, en lo que respecta a la propuesta, entre el Código Civil de 1916 y el actual.

Sea como fuere, percíbase la extrema diferencia de las situaciones jurídicas existentes *antes* y *después* del CDC. Se declaraba, cotidiana-

(24) Vea el contenido de ese artículo: “Los derechos previstos en este código no excluyen otros decurrentes de tratados o convenciones internacionales de los que Brasil sea signatario, de la legislación interna ordinaria, de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes, bien como de los que deriven de los principios generales del derecho, analogía, costumbres y equidad”.

mente, en panfletos distribuidos en los semáforos o en los anuncios del diario que las unidades habitacionales ofertadas al público disponían de dos garajes para los autos de los que se convirtieran en sus adquirentes. Posteriormente, ya fuera en el momento de la firma del recibo de la seña e inicio del pago o en otro instrumento de compromiso de venta y compra o, aún, en ocasión de la propia escritura definitiva, aparecían las verdaderas medidas del área de la unidad habitacional, en la cual se incluía apenas un garaje y no dos.

Si no se tratase, efectivamente, de una relación jurídica de consumo —a la cual, por consecuencia se le aplicará el art. 30 del CDC—, se diría que la documentación *posterior* firmada por las partes es la que debería prevalecer. Hoy, al revés, poco importa lo que sea posteriormente firmado por las partes. Si constó en la publicidad que el departamento poseía *dos* garajes, será esa información *inicial* la que —*integrando el contrato*, como dice el art. 30 *in fine*— prevalecerá, poniéndose fin al descalabro largamente cometido por los empresarios del sector inmobiliario. Lo mismo debe mencionarse con relación al anuncio de que el departamento sería entregado con placares en los dormitorios⁽²⁵⁾ o que el área real del inmueble no se corresponde exactamente con aquella anteriormente ofertada⁽²⁶⁾.

Vale la pena transcribir las enseñanzas de la Profa. Claudia Lima Marques en relación a la materia:⁽²⁷⁾

(25) Cf. Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Direito Material (arts. 1º a 54), São Paulo: Saraiva, 2000, p. 371, donde, acertadamente, afirma el autor: “No quedan dudas de que, en el caso del ejemplo, la constructora está obligada a cumplir la oferta, instalando los armarios embutidos, exactamente como fue anunciado. De otra forma, caso prefiera el consumidor, el contrato de compra venta podrá ser rescindido, restituyéndose al comprador la cuantía paga, aparte de las posibles pérdidas y daños; o, entonces, el consumidor podrá aceptar otro producto o prestación de servicio, equivalente a los armarios faltantes. O, aún, puede alegar reducción proporcional del precio”.

(26) Cf., a propósito, el Recurso Especial núm. 436.853 DF, Relatora Ministra Nancy Andriighi, j. en 04/5/06, DJ, en 27/11/06, cuya enmienda, en su primera parte, es del siguiente tenor: “Civil. Recurso especial. Contrato de compra venta de inmueble regido por el Código de Defensa del Consumidor. Referencia al área del inmueble. Diferencia entre el área referida y el área real del bien inferior a un vigésimo (5%) de la extensión total enunciada. Caracterización como *venta por cuerpo cierto*. Exención de la responsabilidad del vendedor. Imposibilidad. Interpretación favorable al consumidor. *Venta por medida*. Mala fe. Abuso de poder económico. Equilibrio contractual. Buena fe objetiva”. Contra referido Acórdão fueron interpuestos Embargos de Declaración, rechazados por unanimidad el 13/2/07, DJ, el 05/3/07.

(27) Cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª edição, São Paulo: RT, 2005, ps. 724 e 725.

“El art. 30 del CDC, por ende, modificó y amplió considerablemente la noción de *oferta* en el derecho brasileiro, disponiendo lo siguiente:

‘Art. 30. Toda información o publicidad, suficientemente precisa, vehiculada por cualquier forma o medio de comunicación con relación a productos y servicios ofrecidos o presentados, obliga al proveedor que la hizo circular o que se sirvió de ella e integra el contrato que será celebrado’.

Conforme esta norma, toda información, mismo la publicidad, suficientemente precisa constituye una oferta (una propuesta contractual), obligando al proveedor.

El art. 30, al ampliar la noción de *oferta* y al afirmar que las informaciones dadas integran el futuro contrato, revolucionó la idea de *invitación a ofertar*. Ahora, cualquier información o publicidad vehiculada que reúna, por ejemplo, los elementos esenciales de la compra venta —*res* (objeto) y *pretium* (precio)— será considerada como una oferta vinculante, faltando apenas la aceptación (*consensus*) del consumidor o consumidores en número indeterminado.

Las consecuencias prácticas de esta modificación en el concepto de oferta resultan claras, una vez que, con los nuevos vehículos de comunicación de masa, es imposible al proveedor calcular cuántos consumidores estarán recibiendo su ‘oferta’ y podrán luego exigir su cumplimiento (art. 35 del CDC). Tal inseguridad es útil, pues ante todo el CDC busca modificar las prácticas comerciales del mercado brasileiro, aumentando el *respeto* debido al consumidor como contraparte contractual, que no debe ser sacado de casa para aprovechar una ‘falsa’ oferta a precios reducidos. Es el caso de la llamada ‘publicidad-señuelo’, en que el proveedor anuncia determinado producto a un precio ventajoso, pero, al llegar al local, el consumidor es sorprendido con la información de que el proveedor sólo poseía seis ejemplares (ya vendidos) por este precio, y que aún quedan otros ejemplares de otra marca, al precio normal de la competencia”.

La segunda diferencia relevante existente entre esos dos institutos —la *propuesta* del Código Civil y la *oferta* del CDC— concierne a los efectos decurrentes del incumplimiento de ambos. En el primer caso, como es sabido, tratándose de obligaciones de hacer, se resolverá con pérdidas y daños, conforme al régimen establecido por el Código Civil.

Véase, a propósito, la impecable exposición de Clóvis Beviláqua al respecto⁽²⁸⁾.

“La propuesta es la manifestación de la voluntad de una parte contratante, que solicita la voluntad acorde de la otra parte. Ella por sí sola no genera el

(28) Cf. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 10ª edição, vol. IV, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, p. 195.

contrato, pero el interés social exige que sea seria y estable; por eso el Código Civil declara que el oferente queda, en regla, obligado a mantenerla. Cesa esa obligación, si de los propios términos de la propuesta, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias eso mismo se infiere.

El artículo siguiente presenta los casos en que resulta de las circunstancias que la oferta deja de obligar. Todos ellos presuponen que establecido un plazo para la aceptación, en cuanto el mismo no expire, la propuesta no puede ser retirada.

La consecuencia de esta doctrina es que el oferente, que retira su oferta, en los casos en que no podía hacerlo, responde por pérdidas y daños.”

Idéntica es la lección de Washington de Barros Monteiro sobre la vinculación el oferente a la propuesta por él ofrecida:⁽²⁹⁾

“Violada, sujeta al oferente al pago de las pérdidas y daños; inconcebible sería en los tiempos actuales, separar la responsabilidad culposa de él en el período pre-contractual.”

Compárese, ahora con el art. 35 del CDC:

“Si el proveedor de productos o servicios se negare a cumplir la oferta, presentación o publicidad, el consumidor podrá, alternativamente y a su libre elección:

I - exigir el cumplimiento forzado de la obligación, en los términos de la oferta, presentación o publicidad;

II - aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;

III - rescindir el contrato, con derecho a la restitución de la cuantía eventualmente anticipada, monetariamente actualizada, más las pérdidas y daños.”

La resolución en pérdidas y daños, como se percibe, se presenta como una última alternativa. Se sabe que muy rara vez esa forma de composición realmente repara los daños a él causados. De ahí el carácter absolutamente innovador del CDC en esa materia.

3. LA NUEVA NOCIÓN DE OFERTA ELECTRÓNICA

Antes de enfrentar la cuestión de la *oferta electrónica*, retomo, por un instante, la noción clásica de *oferta*. Ricardo Luis Lorenzetti, basándose en las lecciones de derecho comparado —debidamente recibidas por el art. 1.148 del Código Civil argentino—, conceptúa a la oferta como “una declaración unilateral de voluntad, de carácter receptivo,

(29) Cf. *Curso de Direito Civil*, 5º Volume, Direito das Obrigações, 2ª Parte, São Paulo: Saraiva, 1967, p. 15.

que debe ser completa, contener una intención de obligarse y estar dirigida a una persona determinada"⁽³⁰⁾.

Se percibe en todos los conceptos anteriormente expuestos sobre la oferta —e, igualmente, en este ofrecido por el Prof. Ricardo Lorenzetti— un denominador común que viene a ser la manifestación o declaración unilateral de la voluntad.

No es del todo fácil pasar de la oferta, simplemente considerada, a la *oferta electrónica*. La primera dificultad que tal concepto sugiere es que, en cuanto la oferta es una categoría típicamente jurídica⁽³¹⁾, el vocablo electrónico pertenece integralmente a los dominios de la Física. Se trata de una "*parte de esta última dedicada al estudio de los comportamientos electrónicos que contienen válvulas, semiconductores, transductores, etc., o la fabricación de tales circuitos*"⁽³²⁾. También se alude a la electrónica como siendo el "*estudio de las propiedades y aplicaciones de dispositivos que dependen del movimiento de electrones en semiconductores, gases o en lo vacuo*"⁽³³⁾.

El Derecho —se ha desarrollado, fundamentalmente, sobre el mundo de los átomos y no propiamente el de los *bits*⁽³⁴⁾— se desconoce enteramente lo que viene a ser el movimiento de los electrones y sus consecuencias en torno de esa menor partícula posible de un elemento químico, otrora considerada indivisible, que se denomina

(30) Cf. *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 185.

(31) Hay otros sentidos no jurídicos para la palabra oferta, es claro, siendo el principal de ellos aquel de que nos valemos para entregar nuestras ofrendas a Dios. Delante de esos otros matices, la palabra posee un sentido técnico-jurídico bastante preciso, conforme fue expuesto en el ítem II, retro.

(32) Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, in *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1988, entrada *electrónica*.

(33) Cf. *Dicionário Houaiss de idioma portuguesa*, 1ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001, p. 1110.

(34) La expresión *bits* constituye abreviatura o acrónimo de "dígito binario" (*Binary digiTS*) no habiendo, al parecer, un correspondiente en vernáculo. Consisten esos *bits* en los dígitos de un número binario, que pueden ser 0 o 1, correspondiendo la más ínfima unidad de información posible dentro de una computadora.

Difiere, como se sabe, del *byte*, del inglés *Binary TErM* —también una expresión de uso recurrente en informática es, igualmente, sin una traducción adecuada para el idioma portugués— que viene a ser un grupo de dígitos binarios, formando normalmente un conjunto de ocho *bits*, que la computadora opera como una unidad simple. Los caracteres usualmente manipulados por una computadora son constituidos por esos *bytes*. Se dice, igualmente, que el número de *bytes* corresponde a la capacidad de almacenamiento de datos de una cinta magnética, de un disco rígido, de un disquete y así por delante.

átomo. Nada se sabe, pues, sobre las ondas electromagnéticas y, consecuentemente, sobre electrónica.

En virtud de tal desconocimiento, era natural que la doctrina jurídica no se detuviese sobre el substrato conceptual del término *electrónico* para intentar formular su concepto de *documento electrónico*, de *contrato electrónico*, de *comercio electrónico*, de *compra venta electrónica*⁽³⁵⁾ y así por delante⁽³⁶⁾.

En todas esas expresiones, el esfuerzo hermenéutico de la doctrina consistió únicamente en caracterizar que se trata de objetos, relaciones o sistemas que, recurrentemente, se sirven de *medios* electrónicos para que sus funciones sean cumplidas y generen sus efectos jurídicos. Pero las dificultades conceptuales están siempre presentes. Al referirse al *comercio electrónico*, por ejemplo, así discurre Davara Rodríguez:⁽³⁷⁾

“Por comercio electrónico podemos entender tanto la compra de productos o servicios por internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector del mercado, o el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la consulta de información, con fines comerciales, a un determinado servicio, o un sinfín de actividades de similares realizadas por medios electrónicos; pero, para no perdernos en ambigüedades, entenderemos, en un sentido amplio, que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación comercial y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecución del fin comercial, o en el resultado de la actividad que se está desarrollando.”

(35) Este concepto es más restricto de lo que es el de comercio electrónico, ya que este puede comprender, además de la compra venta electrónica, otras formas intercambiables de bienes y de servicios sin que se efectúen contratos de compra venta. Es el caso, entre tantos, de las transferencias electrónicas de fondos realizadas por diferentes operadores del mercado financiero y de capitales.

(36) No deja de ser curioso, además, que algunos libros relacionados a la materia, tanto en Brasil como en el exterior, hayan utilizado la expresión “Derecho Electrónico”, en su título, sin que se haya ofrecido, a lo largo de su texto, una simple noción de lo que consideraban esa expresión —*electrónico*—. Resulta un presupuesto metodológico que toda disertación científica debe tener, ya sea como simple delimitación conceptual del tema sobre el cual, efectivamente, versaban...

(37) Cf. *Manual de Derecho Informático*, 3ª ed., Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001, ps. 187/188. Teresa Pasquino (*Comércio eletrônico na União Européia - Mercado Telemático*, traducción de Érica de Oliveria Hartmann, edição do IBEJ - Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 2003, ps. 41 e ss.), en síntesis feliz, dice que comercio electrónico es “*el conjunto de relaciones negociales que se instauran entre sujetos por medio del uso de instrumentos informáticos y telemáticos*”.

Incluso este autor aclarará en la nota de pie de página, que numerosas actividades electrónicas pueden ser realizadas sin que intervengan las telecomunicaciones, argumentando inclusive que, aun cuando ellas intervengan, no será necesario que la operación o transacción se efectúe por medio de *internet*⁽³⁸⁾, ejemplificando que, también se tratará de una operación de comercio electrónico, en el sentido por el propuesto, la simple consulta de un saldo de una tarjeta electrónica en un cajero automático.

En nuestro medio, entendemos por comercio electrónico “*la oferta, la demanda y la contratación a distancia de bienes, servicios e informaciones, realizadas dentro del ambiente digital, o sea, con la utilización de los recursos típicos de lo que se denominó convergencia tecnológica*”⁽³⁹⁾.

Puede decirse, de manera simplificada, que el comercio electrónico nada más es que el conjunto de las relaciones jurídicas celebradas en el ámbito del espacio virtual que tiene por objeto la producción o circulación de bienes o de servicios. Por ser celebradas, como se dice, en el ámbito del espacio virtual, deben ser consideradas como realizadas a distancia, tal como entendió, acertadamente, la Unión Europea. Utilizan, evidentemente, un *medio* electrónico y se sirven de documentos con los cuales la Ciencia Jurídica no se revela aún

(38) La palabra *internet* será utilizada, a lo largo del presente trabajo, siempre con <> *minúscula*, como parece ser más adecuado. Así me manifesté anteriormente sobre esa elección (*Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13, nota de rodapé núm. 10), fundado en las razones expuestas por el Profesor Le Tourneau, citado por Christiane Féral-Schuhl, que ahora me permito reproducir: “*Faut-il rappeler, avant de commencer, que le mot ‘internet’ n’est pas une marque, mais un nom générique qui, comme tel, doit recevoir un article (l’internet) et point de majuscule, exactement comme le téléphone, le minitel, la radio, le telex ou la télévision*”(extraído de la revista *Expertises*, janvier 1999, p. 419)”. Siendo varios los conceptos posibles de la palabra (red de las redes, medio o técnica de comunicación a distancia, conjunto de redes interconectadas, nuevo medio de consumo, conjunto de lugares, superautopista, “*amplia reunión de redes de computadoras, cadena de redes que invita al cambio de diferentes tipos de datos y a la prestación de servicios variados en el mundo entero, a todas las personas equipadas con una computadora provista de un módem*” etc., etc.), forzosa la conclusión de su carácter polisémico, como bien anotado por Marco Antônio Zanellato (*Condutas Ilícitas na Sociedade Digital*, in *Revista de Direito do Consumidor* núm. 44, outubro-dezembro de 2002, p. 210). Como algunos de sus varios sentidos apuntados son extremadamente asemejados, podría decirse que *internet* es un vocablo *plurívoco analógico*.

(39) Cf. artículo titulado *Aspectos legais do comércio eletrônico — contratos de adesão*, de Manoel J. Pereira dos Santos e Mariza Delapieve Rossi, in *Revista de Direito do Consumidor* núm. 36, outubro-dezembro de 2000, p. 105.

acostumbrada, pues estas relaciones jurídicas no se irán a exteriorizar necesariamente por la forma escrita. De ahí la importancia que pasa a tener, en el ámbito del comercio electrónico, la noción de *documento electrónico*⁽⁴⁰⁾.

Sin embargo, de las múltiples consideraciones que podrían hacerse a propósito de esa última noción, parece suficiente, por ahora, invocar la ley de el Estado de Utah, en Estados Unidos de América —la primera que trató de equiparar los efectos de una firma digital certificada a los de una firma hológrafa, conforme ya pude señalar en otra oportunidad—⁽⁴¹⁾, estableciendo que electrónico es cualquier documento generado o archivado en una computadora, habiendo sido esa la tendencia generalizada en todo el mundo, conforme da cuenta el Profesor Ricardo Lorenzetti⁽⁴²⁾. Por mi parte —y valiéndome, nuevamente, de una noción extremadamente simple, tal cual procedí en relación al concepto de comercio electrónico—, entiendo como electrónico todo documento generado, transmitido o almacenado en ambiente digital.

(40) No tenía sentido llamar la atención, tal vez, para esa distinción, tan clara ella se nos presenta. Dicen los autores citados en la nota de pie de página anterior (ídem, p. 109): *“Evidentemente, no se puede confundir el contrato electrónico como el que se denomina de forma genérica por documento electrónico, hasta porque el contrato, en cuanto categoría jurídica, se distingue del instrumento documental, de los diversos actos preparatorios tendientes a su formación y de los diversos actos operacionales destinados a su ejecución”* (comillas de los autores).

(41) Cf. *Títulos y Contratos Electrónicos: el advenimiento de la informática y su impacto en el mundo jurídico*, en *Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes*, vol. I, Bauru, SP: Edipro, 2000, p. 77. Señálese a propósito de esa equiparación de efectos de una firma digital certificada a los de una firma ológrafa, que un gran avance operó, en Brasil, con el advenimiento de la Medida Provisoria núm. 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, cuyo § 1º del art. 10 estableció: *“Las declaraciones que constan en los documentos en forma electrónica producidos con la utilización de procesos de certificación otorgado por la ICP-Brasil se presumen verdaderos en relación a los firmantes, en la forma del art. 131 de la ley núm. 3.071, del 1º de enero de 1916 - Código Civil”*. Como se recordará, el art. 131 do Código Civil de 1916 —cuya redacción es absolutamente idéntica a la del art. 219 y su párrafo único del nuevo Código Civil de 2002— dispusiera que: *“Las declaraciones constantes en documentos firmados se presumen verdaderas en relación a los firmantes. Párrafo único. — No teniendo relación directa, por ende, con las disposiciones principales, o con la legitimidad de las partes, las declaraciones enunciativas no eximen a los interesados en su veracidad de la carga de probarlas”*. Cabe tener presente en esa materia, igualmente, la disposición del art. 225 del NCC de 2002, *verbis*: *“Las reproducciones fotográficas, cinematográficas, los registros fonográficos y, en general, toda otra reproducción mecánica o electrónica de hechos o de cosas, hacen plena prueba de estos, si la parte, contra quien fueron exhibidos, no les impugna la exactitud”*.

(42) Cf. *Comercio Electrónico*, ob. cit., p. 61.

Pero, no obstante todo el esfuerzo previo que se pueda intentar hacer a fin de evitar la confusión conceptual acerca de la materia, es difícil escaparse de la *Torre de Babel*, hoy existente, cuando se lidia con las nociones de electrónico, informático, telemático y así por delante.

Parece claro, además, a partir de todas estas consideraciones que pude exponer hasta el momento, que no hay simetría entre los conceptos de contrato informático, contrato telemático y contrato electrónico. La distinción entre los dos primeros, como se verá, es clarísima, pero entre el segundo y el tercero no se presenta tan evidente, al punto que, si bien no rigurosamente coincidente, son tales conceptos frecuentemente utilizados como sinónimos...

Con tantos contratiempos, ¿cómo caracterizar entonces, a la oferta electrónica?

En palabras bastante simples —y sin el propósito de estar, por ahora, formulando una definición propiamente dicha— podría decirse que la *oferta electrónica* (propuesta)⁽⁴³⁾ es aquella relación jurídica que se realiza con la utilización de un *medio electrónico*. No se trata, efectivamente, de una oferta de productos o servicios *electrónicos*⁽⁴⁴⁾. Se focaliza por lo tanto en el soporte utilizado para que la manifestación de la voluntad negocial se realice y no en la naturaleza del bien o del producto ofrecido.

Tal circunstancia, de un lado, parece retirar el carácter aparentemente tautológico de la noción ofrecida. Por otro lado, remitiéndonos necesariamente al concepto de *medio electrónico*, demuestra el carácter apenas parcialmente provechoso de la idea transmitida. Sirve ella para mostrar, tan sólo que por *oferta electrónica* no se debe entender

(43) La sinonimia entre las expresiones *propuesta* y *oferta* es inequívoca, como ya se puede ver, pudiendo mencionarse, además, a título ejemplificativo, el Profesor Sílvio Rodrigues (*Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*, ob. cit., p. 61), para quien “*la propuesta es la oferta de los términos de un negocio, invitando a la otra parte a concordar con ellos. Constituye un acto jurídico unilateral, por intermedio del cual el oferente invita al destinatario de la oferta a contratar, presentando desde luego los términos en que se dispone a hacerlo. Si el contrato sólo se perfecciona por el cruzamiento de las declaraciones de las partes, verdad es, entretanto que la mera propuesta contiene una declaración seria del oferente. Ahora, la fuerza vinculante del contrato proviene de esa declaración unilateral de cada una de las partes, que se obligan y se atan a un negocio, porque así lo declaran. De ahí determina la ley que la propuesta sea vinculante*”.

(44) Claro que podrá haber —y hay, evidentemente, con frecuencia— oferta de productos electrónicos por medio electrónico. Pero es el medio utilizado que determina la designación del nombre *electrónica* para tal tipo de oferta.

oferta de productos electrónicos, así como no tendría ningún sentido —por lo menos en lo que concierne al ámbito de la Ciencia Jurídica— llamarse de *mecánica*, a la oferta de productos *mecánicos*; de *química*, a la oferta de productos *químicos*; de *agraria*, a la oferta de productos *agrarios*; de *servicios de asesoría jurídica*, aquella consistente en servicios prestados por *abogados*; de *medicinal*, a la oferta de productos *farmacéuticos*; y así por delante.⁽⁴⁵⁾

Aunque no del todo tautológica, por ende, la noción deja ver, claramente, su insuficiencia, conforme ya se anticipó. Y así ocurre porque, antes de todo, se torna necesario saber, para comprenderla mejor, lo que viene a ser un *medio electrónico*.

La expresión *medio electrónico* es muy amplia y comprendería, en principio: la radio, la televisión, el teléfono celular, la computadora, etc. No sería, exclusivamente, un *medio telemático*, aunque éste, necesariamente, sea un *medio electrónico*... Entre ambos, existe una relación de género-especie, siendo cierto que todo medio telemático es medio electrónico, pero no todo medio electrónico es medio telemático. En el contexto de la presente exposición —aunque, en su título, haya sido utilizada a expresión *oferta electrónica*— ella será tomada apenas en el sentido de su principal especie que es la *oferta telemática*, vale decir, *aquella formulada por intermedio de una computadora*⁽⁴⁶⁾ *conjugado a un medio de comunicación*.

La preocupación en hacer esa breve aclaración terminológica —inherente a toda investigación doctrinal⁽⁴⁷⁾— se debe a dos factores adicionales. El primero de ellos, de carácter absolutamente rudimentario, dice respecto a la circunstancia de que el intercambio de bienes y de servicios, en la Historia de la Humanidad, desde épocas primitivas, se realizó teniendo como soporte la voz humana y el papel... Modernamente, el *medio electrónico* viene a presentarse —y de modo cada vez

(45) Lo mismo no se podrá decir, en lo que se refiere a los productos de informática. Si la doctrina entiende por contratos informáticos aquellos que tienen por objeto un producto o un servicio relacionado a la ciencia de la computación, habrá que considerar *informática*, la oferta de productos o servicios *informáticos*.

(46) Según el Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, computadora es la “*máquina destinada al procesamiento de datos; dispositivo capaz de obedecer a instrucciones que buscan producir ciertas transformaciones en los datos, con el objetivo de alcanzar un fin determinado*”. Tal concepto se adapta adecuadamente a la idea pretendida en la definición.

(47) Consta que el escritor Albert CAMUS acostumbraba a decir que “*dar nombre errado a las cosas torna al mundo más infeliz*”. Creo yo que, por lo menos, lo torna más confuso...

más progresivo— como sucedáneo de aquellos instrumentos de expresión de la voluntad negocial. Es natural, por lo tanto —aunque los espíritus jurásicos que causan estragos en el mundo jurídico, comiencen a girar la nariz para tal estudio—, que el Derecho se interrogue sobre los efectos jurídicos decurrentes de esa formidable sustitución de los viejos soportes por los que ahora son ofrecidos por la nueva tecnología de la información⁽⁴⁸⁾.

No es *todo la misma cosa*, como piensan o “suponen que piensan” las mentes imprudentes de la llamada *Revolución Digital*, muy perezosas para reflexionar sobre lo nuevo... Ahora, si ellas se preocuparon tanto, en un pasado no muy distante, con los conceptos de contrato *escrito y verbal*, de *original y copia*, *firma reconocida o no reconocida*, formalidades y similares, con interminables discusiones sobre los efectos de cada una de esas modalidades, como no logran percibir que el mismo problema resurge aunque con otras formas (un poco más sofisticadas, me veo forzado a reconocer, por causa del “saber que la experiencia me ha dado”...) delante de las negociaciones que se desenvuelven en el mundo virtual?..⁽⁴⁹⁾

En lo que respecta al segundo factor adicional —y acredito no precisar aquí del generoso beneplácito de los iniciados en la materia, tal como ocurrió en relación al primer factor—, se debe al hecho de que, en sede doctrinaria, ya se tornó cotidiana la distinción entre los llamados *contratos con objeto informático* (o, simplemente, *informáticos*)⁽⁵⁰⁾, que tienen por objeto productos o servicios informáticos, y los contratos de-

(48) Confirmando la afirmación contenida en el texto principal, invoco la autoridad de un pensador como Mario LOSANO (Cf. *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid: Ed. Debate, 1982), que apuntó tres grandes revoluciones en la historia del Derecho: la del papel, la de la imprenta y la de la elaboración electrónica de mensajes.

(49) La expresión *virtual* presenta cierta dificultad en su comprensión, dado su carácter inequívocamente polisémico. En efecto, tanto ella puede denotar — como ha sido mucho más común — lo que se contrapone a lo *real*, una especie de “ausencia de existencia”, como también puede designar, más fielmente su origen terminológico (del latín medieval, *virtualis*, derivado de *virtus*, *fuerza* o *potencia*), aquello que tiende a actualizarse sin pasar por la concretización efectiva. En ese último sentido, *virtual* no se opondría a *real* y si a *actual*, como aclara Pierre Lévy, en obra de consulta absolutamente indispensable sobre la materia (*Qué es virtual?*, traducción de Paulo Neves, São Paulo: Editora 34, 2001, p. 15).

(50) La crítica de Sarra (*Comercio electrónico y derecho - Aspectos jurídicos de los negocios en Internet*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000, p. 16) a la expresión contratos informáticos deviene de la siguiente circunstancia por ella presentada: al darse importancia al objeto de la contratación en la definición del nombre, lo mismo debería ocurrir en relación a las otras modalidades contractuales en que los bienes o servicios presentasen particularidades científicas o tecnológicas, tales

nominados *telemáticos*, vale decir, aquellos que tienen a la computadora y una red de comunicación como soportes básicos para su celebración.

Si esta última distinción, en efecto, no parece presentar mayores dificultades, en el actual estadio de la elaboración dogmática, ambigüedades surgen inevitablemente cuando, al referirse a la oferta, al documento, al contrato, al comercio y así por delante, la palabra siguiente no es *informática* o *telemática*, sino *electrónica*, causando dudas en el intérprete sobre el sentido y el alcance exacto de la expresión... Y, para concluir estas simples consideraciones, permítaseme invocar la impecable lección de nuestro homenajeado, Prof. Ricardo Luis Lorenzetti, en pasaje que, aunque largo, denomina a *La oferta como apariencia y la aceptación como confianza en el comercio electrónico*⁽⁵¹⁾, y vale la pena su transcripción en su totalidad, *in verbis*:

“El sistema informático, la red global, la economía de la información constituyen un “sistema experto”, los que son calificados como sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos. El sistema es inextricable porque la complejidad técnica que presenta es abrumadora; es anónimo porque no se puede conocer el dueño ni al responsable. Frente a este fenómeno, las conductas de los empresarios como de los consumidores cambian sustancialmente, apartándose de los modelos de elección racional que inspiraron las legislaciones codificadas. Por ejemplo, el consumidor o usuario actual podría ser considerado negligente si se aplicara un estándar contractual clásico, porque las pruebas que realiza para verificar los datos suministrados antes de contratar son muy pocas y generalmente inicuas; actúa sobre la base de un conocimiento inductivo débil. Pero no se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar razonablemente cada acto, sería imposible vivir, y los costos de transacción serían altísimos. La conducta individual tiende a simplificar, reduciendo esos costos y el agotamiento psicológico que significaría pretender entender cada uno de los sistemas con los cuales uno se relaciona. Un ser racionalmente orientado no podría vivir, porque debería solicitar información sobre cada sistema, conocer el mismo, y luego actuar.”

En este contexto, es claro que los modelos de comportamiento racional y los estándares de “contratante medio”, obligan a reformular nociones: la conducta del individuo se basa en la confianza y ésta se construye sobre la base de la apariencia que crea el sistema experto”.

como fecundación in vitro, construcción de una central atómica etc., llegándose, así, al empleo de terminologías verdaderamente absurdas.

(51) Cf. *Comercio electrónico*, vol. 3, Ricardo Luis LORENZETTI e Carlos Alberto SOTO COAGUILA, Lima: Ara Editores e Bogotá: Editorial Temis SA, 2003, ps. 228/229.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Ascarelli, Tullio. *O Contrato Plurilateral, in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1969.
- A evolução do Direito Comercial - A unificação do Direito das Obrigações*, Revista Forense 147.
- Benjamin, Antonio Herman Vasconcelos E. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- Beviláqua, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 10ª edição, vol. IV, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.
- Carrió, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- De Lucca, Newton. *Da Ética Geral à Ética Empresarial*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- Normas de Interpretação Contratual no Brasil, in Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Carlos Soto (coord.), Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, Tomo 1.
- Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico*, in *Direito & Internet — aspectos jurídicos relevantes*, vol. I, Bauru, SP: Edipro, 2000.
- Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*, Saraiva, São Paulo, 2003.
- Direito do Consumidor — Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 1ª ed., São Paulo: Edipro, 2003.
- Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, 1ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001, p. 1110.
- Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. 3, 7ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 1992.
- Féral-Schuhl, Christiane. Extrait de la revue *Expertises*, janvier 1999.
- Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1988, verbete eletrônica.
- Galgano, Francesco. *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, 2ª ed., Bolonha: Zanichelli, 1983.

- Gomes, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.
- Guestin, Jacques y Desché, Bernard. *Traité de Droit Civil: le contrat*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990.
- Lévy, Pierre. *O que é virtual?*, tradução de Paulo Neves, São Paulo: Editora 34, 2001.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*, Parte General, Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- *Comercio Electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- Soto, Carlos. *Comercio electrónico*, vol. 3, Lima: Ara Editores e Bogotá: Editorial Temis SA, 2003.
- Losano, Mário. *Los grandes sistemas jurídicos*, Madri: Ed. Debate, 1982.
- Luc-Aubert, Jean. *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris: LGDJ, 1970.
- Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª edição, São Paulo: RT, 2005.
- Messineo, Francisco. *Trattato di diritto civile e commerciale – Il contratto in genere*, vol. XXI, T. 1, Milão: Giuffrè, 1973.
- Monteiro, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, 5º volume, Direito das Obrigações, 2ª Parte, São Paulo: Saraiva, 1967.
- Nery jr., Nelson. *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor n.º 3, setembro/dezembro, 1992.
- Nunes, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Direito Material (arts. 1º a 54)*, São Paulo: Saraiva, 2000.
- Pasquino, Teresa. *Comércio eletrônico na União Européia — Mercado Telemático*, tradução de Érica de Oliveria Hartmann, edição do IBEJ – Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 2003.
- Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado — Parte Especial*, Tomo XXXVIII, 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, § 4.189.
- Rocha, Sílvio Luis Ferreira da. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Editorial Lemos, 1997.

- Rodrigues, Sílvio. *Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade*, vol. 03, 23ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.
- Rodríguez, Davara. *Manual de Derecho Informático*, 3.ª ed., Pamplona: Aranzadi Editorial, 2001.
- Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Pacheco, Buenos Aires: Centro-Editor de América latina, s/d.
- Santos, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, vol. XII, Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.
- Santos, Manoel J. Pereira dos y Rossi Mariza Delapieve, *Aspectos legais do comércio eletrônico — contratos de adesão*, in *Revista de Direito do Consumidor* núm. 36, outubro-dezembro de 2000.
- Sarra, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y derecho — Aspectos jurídicos de los negocios en Internet*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.
- Souza, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*, Nova Alvorada Edições, 1996.
- Zanellato, Marco Antônio. *Condutas Ilícitas na Sociedade Digital*, in *Revista de Direito do Consumidor* núm. 44, outubro-dezembro de 2002.

LA OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS

Por Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Negocio jurídico y declaración de voluntad. 3. Modalidades de la declaración de voluntad. 4. La formación del consentimiento. 5. La oferta. Criterios generales. 6. La oferta dirigida a personas indeterminadas. 6.1. Generalidades. 6.2. El Derecho Colombiano. 6.2.1. El régimen del Código de Comercio. 6.2.2. Las normas sobre protección de los consumidores y las propuestas de reforma. 7. La oferta a personas indeterminadas en el Derecho Comparado. 7.1. Argentina. 7.2. Chile. 7.3. España. 7.4. Perú. 8. Conclusiones. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito del estudio plasmado en los siguientes párrafos, con el que pretendemos rendir un pequeño pero sincero homenaje al profesor Ricardo Luis Lorenzetti, cuyos aportes a la judicatura y a la academia latinoamericana son invaluable, está enderezado a realizar algunas reflexiones sobre la oferta a personas indeterminadas —con especial referencia al derecho colombiano—, en particular sobre la evolución que se ha presentado en su regulación en los últimos años, y la tendencia que se advierte en el derecho comparado en cuanto a dotar de obligatoriedad a este tipo de propuestas, específicamente cuando las mismas están dirigidas a los consumidores.

2. NEGOCIO JURÍDICO Y DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

De conformidad con lo señalado por destacados tratadistas del derecho privado contemporáneo, para que los negocios jurídicos con-

(1) Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

tractuales obliguen a su cumplimiento se requiere, de manera general, que las partes hayan logrado un acuerdo suficiente y tengan la intención de obligarse jurídicamente⁽²⁾. Esto, sin perjuicio de lo que en otras aproximaciones al tema se pueda concluir, específicamente en materia de forma, causa y contraprestación.

El mencionado “acuerdo suficiente” surge, fundamentalmente, de un elemento esencial al negocio jurídico, que tradicionalmente se ha conocido como la “declaración de voluntad”, en virtud de la cual las partes quedan vinculadas a la observancia de específicos deberes de prestación, como consecuencia de su determinación de someterse a las reglas que se derivan de la autonomía privada. Dada la importancia de la decisión a que se ha hecho referencia, el ordenamiento exige que la voluntad se manifieste o exteriorice, pues la íntima y recóndita intención de uno de los contratantes no puede tener trascendencia jurídica, además de lo cual se requiere que su contenido sea perceptible o cognoscible por aquel a quien está dirigida. De la misma manera, como el negocio jurídico tiene su fundamento en el reconocimiento que el ordenamiento jurídico le asigna a los actos de autorregulación de intereses —autonomía privada—, la determinación del sujeto —voluntad en sentido clásico— debe haberse formado de manera libre y consciente.

Ahora bien, la “declaración de voluntad”, o, más propiamente, la manifestación negocial, ha sido definida como la “conducta humana externa y consciente que según los usos sociales permite inferir la voluntad”⁽³⁾. Por su parte, Federico De Castro y Bravo señalaba que la declaración negocial es “el signo o signos que se pueden considerar expresivos de una voluntad, dirigida a conseguir un resultado social, que el derecho estima digno de amparo como relación negocial”⁽⁴⁾.

De conformidad con lo que se ha señalado, en la materia de la que se trata se hace referencia al conjunto de actos externos, sean estos declaraciones o comportamientos del sujeto, que exteriorizan o tienen como efecto manifestar la intención de los contratantes, siempre que ella, claro está, tenga como propósito dar origen a un negocio ju-

(2) LANDO, Ole. *El derecho contractual europeo en el tercer milenio*. En: Derecho de los Negocios, N° 116. Madrid: Editorial La Ley, 2000, p. 9.

(3) VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil*. Parte general y personas. Bogotá: Editorial Temis, 2002, p. 454.

(4) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 65.

rídico⁽⁵⁾. En este sentido, es clara la tendencia a superar un concepto estrecho de declaración como acto o manifestación aislado, ordinariamente verbal o escrito, y, más bien, entender que se hace referencia, de manera general, a la conducta negocial asumida por las partes.

3. MODALIDADES DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Como ya lo señalamos, la voluntad que se requiere, en la mayoría de ocasiones, para dar origen al acto de autorregulación de intereses, debe ser declarada o manifestada y, de manera general, tal exteriorización se puede realizar en forma expresa o tácita. Se trata de las categorías básicas existentes en la materia, que se encuentran referidas al denominado criterio objetivo⁽⁶⁾, y que son las más difundidas en el derecho comparado, sin desconocer que los tratadistas recurren a terminología diversa y, por tal razón, es frecuente encontrar alusiones a manifestaciones directas e indirectas o mediatas e inmediatas, e, incluso, parte de la doctrina moderna —particularmente italiana— distingue, simplemente, entre *declaraciones* y *conductas concluyentes*⁽⁷⁾.

En cuanto a la declaración expresa —o conducta expresiva— se señala que ella se presenta no solamente cuando la intención contractual se exterioriza a través del lenguaje, de manera verbal o por escrito, sea este público o privado, sino también cuando a través de símbolos o signos de diverso orden (fonético, gráfico o mímico)⁽⁸⁾, incluso de carácter gestual, *v.gr.* lo que ocurre en algunos tipos de subastas o ventas a través de martillo, se puede concluir que efectivamente se exteriorizó la intención de contratar.

Respecto de la manifestación tácita, ella se materializa a través de la realización de actos, modos de obrar o de la exteriorización de conductas, incluso la ejecución voluntaria de las obligaciones originadas en un contrato ya perfecto, de las cuales resulte viable deducir, de manera concluyente e inequívoca, la conformidad del respectivo contra-

(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, edición actualizada, 1995, p. 97.

(6) Se alude, igualmente, a un criterio subjetivo para establecer la diferencia, y en tal contexto “es manifestación expresa la realizada con el fin de exteriorizar precisamente una determinada voluntad, y tácita la que se realiza para perseguir otros fines, pero permite deducir la voluntad negocial” (CARIOTA FERRARA, Luigi, ob. cit., ps. 336 y 337).

(7) BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco; NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*, T. I, Vol. 2. Bogotá: 1ª edición en español. Traducción de Fernando Hinestroza, 1992, p. 743.

(8) MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit., p. 101.

tante con el programa obligacional puesto a su consideración (*facta concludentia*).

Ahora bien, es menester destacar que en la moderna sociedad de masas, necesitada de agilidad e inmediatez, con gran presencia de automaticidad en los comportamientos, y con una permanente presencia de instrumentos informáticos en todos los aspectos de la vida cotidiana, es cada vez menos frecuente la manifestación del consentimiento o de la voluntad en forma expresa, bien sea esta oral o escrita. Los escenarios en los que el consentimiento se entiende prestado de manera tácita están a la orden del día. Con frecuencia tomamos mercancías exhibidas en un mostrador, bebemos un refresco o adquirimos un artículo comestible de una máquina dispensadora, dejamos el vehículo en un estacionamiento público luego de recibir la contraseña de un aparato que la suministra y seguidamente nos permite la entrada, en fin, tomamos un vehículo de transporte público y seguidamente depositamos el importe del trayecto, sin que en ninguno de tales casos se haya materializado en forma expresa, a través del lenguaje —en cualquiera de sus formas—, el consentimiento contractual.

Estamos, de manera cada vez más reiterada, en presencia de figuras que antes causaban rechazo, o por lo menos reservas, frente a una concepción ortodoxa del contrato, pero que hoy se nos presentan como cotidianas y corresponden a las que en su momento fueron denominadas con expresiones tales como *conductas sociales típicas* (Larenz) o *relaciones contractuales fácticas* (De Castro).

Por otra parte, resulta importante tener presente que, según lo destaca parte de la doctrina⁽⁹⁾, la declaración tácita de voluntad podría estar incorporada en una manifestación explícita, verbal o escrita, realizada por el sujeto, pero con contenido diverso, que, no obstante tal circunstancia, permita inferir la existencia de una voluntad negocial diferente.

Adicionalmente, la doctrina hace referencia a la existencia de declaraciones de voluntad *presuntas*, cuando la propia ley o la voluntad de las partes hacen derivar de determinadas conductas o hechos la consecuencia consistente en que se entienda materializada una declaración de voluntad. Respecto de las declaraciones que la propia ley entiende realizadas, se ha dicho que se trata, más bien, de *presunciones* de declaración de voluntad, generalmente *iuris tantum*, es decir, con

(9) CARIOTA FERRARA, Luigi, ob. cit., p. 337; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Hugo, ob. cit., p. 740.

posibilidad de probar que el sujeto no albergó la intención que se le quiere asignar. Ahora bien, si el ordenamiento establece una presunción de derecho al respecto —*iuris et de iure*— se estaría en presencia de un contrato concluido por voluntad del legislador, en relación con el cual la doctrina hace referencia a manifestaciones legales-tipo o manifestaciones legalmente tipificadas⁽¹⁰⁾ y en el que, obviamente, el imperio de la autonomía privada resulta bastante discutible. Por su parte, en relación con aquellas declaraciones en las que la voluntad de los contratantes es la que establece que transcurrido cierto periodo de tiempo o realizado determinado hecho se entiende que el contratante ha aceptado, la doctrina, en general, ha entendido que se trata de manifestaciones expresas de voluntad, sólo que comunicadas de manera anticipada.

Finalmente, es posible considerar que las mencionadas modalidades de la declaración de voluntad son predicables también de los distintos actos que dan origen al negocio jurídico. En todo caso, es evidente que la variedad a que se ha hecho referencia es bastante más rica en posibilidades en tratándose de la aceptación, toda vez que la regla es que en la oferta deben estar contenidos los elementos esenciales del negocio propuesto y que ella debe ser comunicada al destinatario, razón por la cual no es frecuente que tales requerimientos —los de la oferta— estén presentes en una declaración tácita de voluntad, y menos en el silencio⁽¹¹⁾.

4. LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento, como elemento esencial del negocio jurídico, ha sido concebido como la concordancia de las voluntades de los sujetos involucrados en una relación de la vida social, que adquieren transcendencia para el Derecho por estar destinadas a producir efectos jurídicos.

De manera general, el perfeccionamiento del acto o negocio jurídico y, específicamente, de la relación contractual, se presenta por la confluencia de varias declaraciones de voluntad, expresadas de manera simultánea o sucesiva. En la actualidad, en los contratos que surgen de una negociación individual, es cada vez menos frecuente que ellos

(10) CARIOTA FERRARA, Luigi, ob. cit., p. 341.

(11) ROGEL VIDE, Carlos. “Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio”. En: *El derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI*. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 218.

se perfeccionen por la concurrencia simultánea de las voluntades de las partes interesadas en dar origen al acto de disposición de intereses, y, por el contrario, ordinariamente, la coincidencia de los intereses de las partes es el resultado de un proceso, en ocasiones complejo y dispendioso, en el que aquellos que pretenden su conclusión, agotan una serie de pasos o etapas dirigidas a lograr el perfeccionamiento del negocio jurídico⁽¹²⁾. Igualmente, es evidente que en muchas ocasiones tal proceso de “preparación” del consentimiento contractual está ausente, particularmente en los contratos que se perfeccionan por la adhesión de una de las partes a las condiciones generales predispuestas por la otra.

Ahora bien, una vez queda superada la etapa preliminar de acercamientos no vinculantes, en los que debe prevalecer la corrección o lealtad en el comportamiento —buena fe en la etapa precontractual— (art. 863 del Código de Comercio colombiano), la producción de los efectos de dicho proceso —*iter contractus*—, tiene como primer paso la formulación de una oferta o propuesta que haga uno de los interesados al otro y, seguidamente, de que su destinatario la acepte en forma incondicional. No obstante, puede acontecer, como es bastante frecuente, que antes de que ello ocurra, las partes efectúen sucesivos y recíprocos planteamientos negociales, los cuales, en la medida en que no conduzcan a un consenso pleno o total de los intervinientes, no darán lugar al perfeccionamiento del negocio jurídico de que se trate, y este objetivo sólo se obtendrá cuando, se repite, frente a una oferta definitiva, la contraparte le imparta su aceptación en forma oportuna y sin observaciones o modificaciones.

Como han señalado Alessandri, Somarriva y Vodanovic,

“[e]l consentimiento de las partes, que basta por sí solo para la formación de los contratos consensuales, ha sido definido como el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, emitidas por dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se funden. Se halla integrado por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación. La primera corresponde a la parte que toma la iniciativa para la negociación, y la segunda, a la parte que adhiere a esa iniciativa. [...] Hay consentimiento cuando las declaraciones de la oferta y la aceptación se funden [...]”⁽¹³⁾

(12) SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, T. I, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá – Universidad de los Andes, 1996, p. 305.

(13) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H. Antonio. *Tratado de Derecho Civil*. Partes Preliminar y General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 204.

El Código Civil colombiano, el mismo elaborado por don Andrés Bello por encargo del gobierno de Chile aunque con algunos retoques, no contiene en su parte general disposiciones que regulen la formación del consentimiento, sino que en él se alude, directamente, a las condiciones y requisitos para la validez de los contratos. Es de destacar, en todo caso, que el artículo 1494 de la citada obra legislativa establece que las obligaciones pueden tener origen en el “concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”. A su vez, aunque el Código de Comercio terrestre de 1887 sí contenía disposiciones sobre la formación del contrato, en realidad fue el Código de Comercio de 1971 el que vino a regular integralmente el tema con disposiciones que tienen carácter general y que, por ende, son aplicables a todos los actos o negocios jurídicos de carácter privado⁽¹⁴⁾. Debe anotarse, en todo caso, que la reglamentación mercantil del tema no es del todo afortunada y por tal razón la doctrina nacional, en general, critica las disposiciones allí contenidas, según se comentará más adelante en cuanto se refiere a la materia objeto de este estudio. Por otra parte, se debe tener presente que la regulación mercantil sobre formación del contrato ha sido complementada con otras disposiciones como la ley 518 de 1999, que incorporó al ordenamiento nacional la Convención de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías de 1980, y la Ley 527 de 1999, sobre comercio electrónico⁽¹⁵⁾.

En cuanto a los principios generales contenidos en la regulación mercantil sobre la formación del consentimiento, se puede destacar que el artículo 845 del Código de Comercio concibe la oferta como “el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra”, exige que contenga “los elementos esenciales del negocio” y dispone, finalmente, que la propuesta debe ser “comunicada al destinatario”. Respecto de la oferta efectuada por escrito, el artículo 851 de la misma obra establece que ésta “deberá ser aceptada o rechazada dentro de los seis días siguientes a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente; si reside en lugar distinto, a dicho término se sumará el de la distancia”.

(14) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H. Antonio, ob. cit., p. 204. Aluden los distinguidos tratadistas al fenómeno similar que se ha presentado en el derecho chileno.

(15) OVIEDO ALBÁN, Jorge. *La Formación del Contrato*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 2.

Del anterior precepto y de lo establecido en los artículos 846, 850 y 854 *ejusdem*, se desprende que, en tratándose de contratos meramente consensuales, su perfeccionamiento requiere que la oferta o propuesta, debidamente comunicada al destinatario, sea aceptada pura y simplemente por éste, expresa o tácitamente, derivándose lo último, según voces del preindicado artículo 854, de la ocurrencia de “un hecho inequívoco de ejecución del contrato”, comportamiento que “producirá los mismos efectos que la [aceptación] expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”; y que, si se está en presencia de contratos solemnes o reales, se deberán cumplir, además, las formalidades *ad substantiam actus* o deberá haberse verificado la correspondiente entrega de bienes, en su caso.

Por otra parte, el artículo 855 del citado ordenamiento legal, de conformidad con los criterios tradicionales al respecto, establece que “[l]a aceptación condicional o extemporánea será considerada como nueva propuesta”.

En torno de dicha temática, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado que “la formación del contrato implica, en no pocas ocasiones, una fase preparatoria, en desarrollo de la cual los interesados progresivamente definen los términos —principales y accesorios— del contrato mismo que se pretende celebrar, en aras de explicitar su voluntad de cara al respectivo negocio. Sólo en el evento de que la *intentio* de los participantes sea positiva y coincidente respecto de las bases por ellos proyectadas, se estará en presencia de un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos consensuales, determinará su celebración o, tratándose de los contratos solemnes, exigirá para su cabal perfeccionamiento, la satisfacción de las correspondientes formalidades legales. Si la voluntad de los interesados, o de alguno de ellos, es negativa, o disímil en algún punto —determinante— materia del negocio, no tendrá lugar el surgimiento o floración plena del contrato en el cosmos jurídico” (se subraya).

En ese mismo fallo la Corte precisó, más adelante, que “ese camino —o *iter*— *negocial* puede estar circunscrito a simples tratos preliminares o ‘tratativas’, mediante los cuales los intervinientes, de ordinario, básicamente exploran recíprocamente sus posiciones e intereses en relación con el potencial contrato. Esos contactos o acercamientos, si bien —incluso— pueden conducir al logro de acuerdos respecto de ciertos y específicos puntos, no suponen, inexorablemente —o *in toto*—, la celebración del contrato propiamente dicho, el que es corolario de un acuerdo más definido alrededor de sus elementos esencia-

les y, por contera, vinculante, merced al establecimiento de aspectos neurálgicos en la respectiva esfera negocial” (Cas. Civ., sentencia de 19 de diciembre de 2006, expediente N° 1998-10363-01).

5. LA OFERTA. CRITERIOS GENERALES

Según ya se ha señalado, de conformidad con el artículo 845 del Código de Comercio colombiano, “[l]a oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario...” Una parte de la doctrina nacional critica esta definición señalando que la oferta como tal es un negocio jurídico, en cuanto acto de disposición de intereses, por lo que la propuesta debe hacer referencia, necesariamente, a la eventual celebración de un negocio jurídico de carácter bilateral⁽¹⁶⁾. Por otra parte, la oferta es evidentemente un acto de carácter unilateral, en la medida en que sólo interviene en su formación el proponente u oferente. La declaración de voluntad en que consiste la oferta puede “ser expresada por cualquier medio eficaz para la transmisión del pensamiento”⁽¹⁷⁾ y, por ende, puede revestir las diversas modalidades a que arriba hicimos alusión, esto es, ser expresa o tácita, verbal o escrita, etc.

Precisado lo anterior, debe indicarse que en el régimen jurídico nacional la oferta, una vez comunicada al destinatario, no puede ser revocada por quien la realiza, y su fuerza obligatoria se mantiene no obstante la muerte del proponente, caso en el cual puede ser exigida a sus herederos, a lo que se agrega que la propuesta también mantiene su carácter vinculante aunque el oferente se convierta en incapaz para obligarse según las leyes. En tal sentido, el artículo 846 *ejusdem* dispone que “la propuesta será irrevocable”, por lo cual, en caso de infracción a dicha disposición, se deberán indemnizar los perjuicios causados al destinatario. Parte de la doctrina nacional considera que el establecimiento de la mencionada consecuencia hace, en realidad, revocable la oferta, sólo que sujeta al proponente a la consecuencia

(16) BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*. Vol. 2. *Generalidades contractuales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, p. 274. OVIEDO ALBÁN, Jorge, ob. cit., p. 35. Sobre si la oferta y la aceptación, consideradas aisladamente, son “actos jurídicos” o “negocios jurídicos” y el debate relativo a su naturaleza jurídica, particularmente en el derecho italiano, véase BIANCA, C. Massimo. *Derecho Civil*. 3. *El contrato*. Traducción de Fernando HINESTROSA y Edgar CORTÉS. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, ps. 240/243.

(17) CANCINO RESTREPO, Fernando. *Estudios de Derecho Privado*. Bogotá, Editorial Temis, 1979, p. 60.

indemnizatoria en caso de que adopte esa determinación sin justa causa⁽¹⁸⁾. No compartimos dicha postura, pues en el sistema adoptado por el Código de Comercio la oferta es vinculante u obligatoria una vez ha sido comunicada, y con tal vigor lo es que ella no caduca por la muerte o por la incapacidad sobreviniente del que la realiza, y es evidente que dicha característica se contrapone a la posibilidad de que el proponente la retire o revoque antes del vencimiento del plazo convencional o legal. Obviamente, la revocación injustificada del oferente es un acto ilícito que, en caso de causar daños al destinatario, generará la correspondiente obligación indemnizatoria, siempre y cuando estén reunidos los restantes presupuestos de la responsabilidad civil, lo que no excluiría, en nuestro concepto, dada la mencionada irrevocabilidad que la ley establece como principio general, que el destinatario, mediando su aceptación, exija el cumplimiento de las prestaciones contractuales, con la respectiva indemnización de los daños causados, en su caso⁽¹⁹⁾.

Desde luego, para que la oferta debidamente exteriorizada o comunicada sea vinculante, debe tratarse de una propuesta realizada con la intención de asumir el compromiso que de ella se desprende —seriedad de la oferta—, debe ser efectuada de manera incondicional o carente de reservas, y debe ser completa, esto es, debe contener, por lo menos, todos aquellos elementos sin los cuales el contrato propuesto no produciría efectos o se convertiría en un negocio jurídico diferente (art. 1501 del Código Civil), requisito éste que, en términos generales, corresponde a la exigencia de que la oferta sea “suficientemente precisa”, establecida en el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías, no obstante que de allí se desprende también la necesidad de que la oferta sea inequívoca. Así mismo, se estima que es irrevocable u obligatoria, según más adelante se precisará, aquella oferta que se dirija a personas determinadas. A este respecto se señala que la propuesta debe tener carácter recepticio, esto es, que ella debe darse a

(18) BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio, ob. cit., ps. 284 y ss. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*, T. I, *Teoría General del Negocio Mercantil*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2007, p. 130.

(19) En ese mismo sentido, CANCINO RESTREPO, Fernando, ob. cit., p. 69. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá, Editorial Temis, Cuarta edición actualizada, 1994, p. 157. TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de Obligaciones. Teoría del Acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá, Editorial Temis, Cuarta edición, 1994, p. 47. OVIEDO ALBÁN, Jorge, ob. cit., p. 77.

conocer al destinatario, por lo que se requeriría que esté dirigida a personas previamente definidas e individualizadas. No obstante, la doctrina ha aceptado que la oferta puede tener como destinatario a una persona *determinable*, o dicho en otras palabras, es posible que para el momento en el que la oferta se formule no esté definido el sujeto al que ella está dirigida, pero en el acto mismo de la oferta se establezcan los elementos indispensables para que con posterioridad se presente la correspondiente concreción o determinación. Todo lo anterior, sin perjuicio de lo que más adelante se precisará en relación con la obligatoriedad que, en determinados supuestos, pueden tener las ofertas dirigidas a personas indeterminadas.

Por otra parte, se ha precisado, aunque podría resultar obvio, que la disposición inicialmente mencionada (art. 845 del Cód. de Com.) regula la propuesta u oferta de celebración de un negocio jurídico bilateral, pues, como es bien sabido, el negocio jurídico unilateral sólo requiere de la voluntad de quien realiza tal acto de disposición de intereses para que se considere jurídicamente perfecto. En la generalidad de los casos, dicho negocio jurídico bilateral o plurilateral corresponderá al concepto clásico de contrato, como acto generador de obligaciones, lo que no obsta para que el instrumento de la oferta pueda ser utilizado para dar inicio a la formación de una convención extintiva o de naturaleza traslativa, sin que se encuentre inconveniente para que las disposiciones que se comentan puedan ser aplicadas en tales supuestos.

6. LA OFERTA DIRIGIDA A PERSONAS INDETERMINADAS

6.1. Generalidades

Según se señalaba anteriormente, la oferta admite diversas clasificaciones. Dentro de ellas sobresale, para los efectos de este estudio, aquella que nos indica que la oferta puede estar dirigida a personas determinadas o a personas indeterminadas. “Se hace a *persona determinada* cuando se dirige a un sujeto individualizado, sea o no conocido del oferente. Y se hace a *persona indeterminada* cuando va dirigida al público en general, y no a una persona en particular, y en términos tales que cualquiera puede aceptarla, y el que la acepte tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato. Ejemplos de ofertas indeterminadas: avisos de los diarios, carteles, prospectos, circulares, gritos de los vendedores ambulantes invitando a comprar sus mercancías. En general, todos los establecimientos abiertos al público que ofrecen sus mercancías o servicios mediante un precio señalado de antema-

no, hacen una oferta a personas indeterminadas, y cualquiera que la acepte tiene derecho a exigir el cumplimiento generado mediante la oferta y la aceptación”⁽²⁰⁾.

Tradicionalmente se ha considerado que las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, también llamadas peticiones, no son vinculantes para quien las realiza y que, más bien, son invitaciones a que se formulen verdaderas propuestas, pues se ha estimado que en ellas no existe intención de obligarse en aquel que las formula. En ese sentido, *v.gr.*, la Convención de las Naciones Unidas sobre el contrato de compraventa internacional de mercaderías (art. 14.2).

Se distingue, entonces, lo que se considera como una verdadera propuesta de las que simplemente son invitaciones a formularlas, respecto de las cuales en algunos eventos se trata de simples informaciones publicitarias contenidas en circulares, catálogos, volantes, etc., mientras que en otras se evidencia la intención de aceptar la propuesta que se presente reuniendo determinados presupuestos. Esta última diferenciación es el fundamento para que la doctrina distinga entre la petición simple y la petición compromisoria, siendo la primera aquella en la que la invitación a que se formulen propuestas no está acompañada de elemento adicional alguno, mientras que en la segunda, a la invitación se agrega la intención de quien la fórmula de comprometerse con aquel que presente una oferta que reúna los elementos y requisitos señalados en la invitación⁽²¹⁾.

6.2. El Derecho Colombiano

6.2.1. El régimen del Código de Comercio

En la regulación mercantil colombiana sobre la oferta dirigida a personas indeterminadas encontramos diversas normas y un régimen que, ciertamente, no es el más afortunado. En primer término, el artículo 847 del Código de Comercio establece que “[l]as ofertas de mercaderías, con indicación del precio, dirigidas a personas no determinadas, en circulares, prospectos o cualquiera otra especie similar de propaganda escrita, no serán obligatorias para el que las haga. Dirigidas a personas determinadas y acompañadas de una nota que no ten-

(20) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H. Antonio, *ob. cit.*, p. 206.

(21) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo, *ob. cit.*, p. 158. Al respecto puede consultarse también la sentencia de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 4 de abril de 2001, Expediente 5716.

ga las características de una circular, serán obligatorias si en ella no se hace salvedad alguna”. Seguidamente, el artículo 848 del estatuto mercantil determina que “[l]as ofertas que hagan los comerciantes en las vitrinas, mostradores y demás dependencias de sus establecimientos con indicación del precio y de las mercaderías ofrecidas, serán obligatorias mientras tales mercaderías estén expuestas al público. También lo será la oferta pública de uno o más géneros determinados o de un cuerpo cierto, por un precio fijo, hasta el día siguiente al del anuncio” y, por último, el artículo 849 precisa que si al momento de la aceptación las mercaderías ofrecidas de manera pública se han agotado, “se tendrá por terminada la oferta por justa causa”.

Se observa, pues, que existe una norma general que consagra un principio negativo en cuanto a la obligatoriedad de la oferta dirigida a personas indeterminadas, aun cuando existen algunos eventos en los que la oferta realizada a este tipo de destinatarios es vinculante, tal y como se aprecia en el artículo 848 antes transcrito. Las normas, en todo caso, generan alguna confusión pues, en el primer caso, consagran la no obligatoriedad de la oferta de “mercaderías” si ésta se realiza a través de algún tipo de “propaganda escrita”, mientras que en la segunda disposición se establece que la oferta que recaiga en “uno o más géneros determinados o en un cuerpo cierto” será vinculante hasta el día siguiente al del “anuncio”. No resulta claro si la diferencia se encuentra en el tipo de artículo ofrecido, o en el medio de comunicación empleado para la difusión de la oferta, y la doctrina nacional estima que debería darse un tratamiento uniforme a estas modalidades de policitación⁽²²⁾.

Por otra parte, en el régimen Colombiano se confiere obligatoriedad a la oferta pública de una prestación o premio, “siempre que se cumplan las condiciones allí previstas” (art. 856), precisándose que “[s]i no se señala el término para comunicar el cumplimiento de tales condiciones, la obligación del oferente cesará transcurrido un mes desde la fecha de la oferta, salvo que de la naturaleza de ésta se deduzca un término distinto”.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 857 del estatuto mercantil dispone que la oferta pública puede revocarse, antes del vencimiento del término en ella establecido, siempre que se presente una “justa causa”, y tal revocación debe ser comunicada al público en la misma

(22) CUBIDES CAMACHO, Jorge y CUBIDES DELGADO, Juanita. *Obligaciones*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas Javegraf, 2005, p. 203.

forma en la que se divulgó la oferta o de una manera equivalente. Se critica esta disposición, pues en virtud de su aplicación no existirían, en realidad, policitaciones compromisorias, ya que el legislador dejó a salvo la posibilidad de revocación de cualquier oferta pública de esta naturaleza⁽²³⁾. Sin embargo, el precepto aclara que la revocación sólo procederá por justa causa, frente a lo cual estimamos que la posibilidad que tiene el oferente de desdecirse de su compromiso sólo puede ser atendida en eventos tales como los constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, expresiones sinónimas en el derecho colombiano, o en el caso mencionado anteriormente atinente al agotamiento de las mercancías.

6.2.2. Las normas sobre protección de los consumidores y las propuestas de reforma

La regulación vigente en Colombia sobre protección de los consumidores data del 3 de diciembre de 1982, fecha en la que se expidió el Decreto 3466, a través del cual se adoptó el que se ha conocido popularmente como el Estatuto del Consumidor⁽²⁴⁾. Ciertamente, la mencionada reglamentación fue considerada como de vanguardia en ese momento, pues allí se regularon variados y novedosos temas, como los atinentes a las condiciones de calidad e idoneidad de los productos, las garantías que debía suministrar el proveedor o expendedor, en particular la denominada “garantía mínima presunta”, los requisitos de la propaganda comercial, la publicación de listas de precios máximos ofrecidos, y la responsabilidad administrativa y civil de los productores, expendedores y proveedores por deficiencias en las condiciones de calidad e idoneidad de los bienes ofrecidos al público, entre los aspectos más relevantes.

En relación con el tema que nos ocupa debe advertirse que el Estatuto del Consumidor no contiene precepto alguno que regule de manera expresa e integral la oferta dirigida a personas indeterminadas. Algunas disposiciones relacionadas con la materia son las que definen lo que se entiende por proveedor o expendedor, consumidor y propa-

(23) CANCINO RESTREPO, Fernando, ob. cit., p. 78.

(24) El estatuto se adoptó con fundamento en facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República al Ejecutivo, a través de la Ley 73 de 1981, dictada con el propósito de que el Presidente de la República, obrando como legislador extraordinario, dictara “normas enderezadas al control de la distribución o venta de bienes y servicios y al establecimiento de las sanciones y procedimientos”, todo ello teniendo como objetivo “la defensa del consumidor”, según se lee en su encabezado.

ganda comercial (artículo 1º, literales b, c, y d), y la regla que obliga a que la información suministrada a los consumidores sea veraz y suficiente (artículo 14).

Señalan las mencionadas disposiciones lo siguiente:

b) Proveedor o expendedor: Toda persona natural o jurídica que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público.

c) Consumidor. Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades.

d) Propaganda comercial. Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad.”

El artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 establece que “[t]oda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos”.

Con posterioridad a la expedición del ya referido Estatuto del Consumidor, se promulgó la Constitución Política de 1991, que consagra, en el artículo 13, el derecho a la igualdad de las personas y establece, en su inciso 3º, que “[e]l Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; y dispone, en el artículo 78, que “[l]a ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.”

Dado el tiempo transcurrido desde la expedición del Decreto 3466 y, particularmente, su preexistencia frente a la Carta Política, resulta

evidente que la reglamentación nacional sobre protección del consumidor no se encuentra en sintonía con los estándares contemporáneos existentes al respecto, ni desarrolla de manera completa y coherente los postulados constitucionales. De tal manera, el actual régimen legal no regula la oferta dirigida en forma indeterminada a los consumidores, pues, entre otros aspectos, en el contexto de las normas vigentes nada se establece sobre la formación del contrato por adhesión a condiciones generales, el necesario deber de información que debe existir a favor de la parte que carece del conocimiento técnico o científico, la ordinaria situación de desigualdad que se presenta entre el empresario (fabricante, proveedor, expendedor, distribuidor, etc.) y los consumidores, y, particularmente, el carácter de parte débil⁽²⁵⁾ de la relación que ostentan éstos últimos, la existencia de un deber de seguridad que debe amparar la salud y la integridad de los consumidores, etc., todo lo cual, de conformidad con el artículo 13 constitucional, debería conducir a una actuación coordinada de los diferentes órganos del Estado para prevenir y/o remediar los abusos que se puedan presentar en contra de los consumidores.

Con el propósito de renovar la reglamentación al respecto, en los últimos años se han presentado diversas propuestas legislativas. Para tal efecto, se presentaron tres proyectos de ley que pretendían la modificación del Estatuto del Consumidor, para disponer su modernización y hacerlo coherente con la Constitución Política de 1991, pero finalmente fueron archivados en el Congreso de la República por no contar con el necesario apoyo parlamentario. No obstante, hoy se estudia un cuarto proyecto que va tras el mismo objetivo de actualización.

En relación con el tema objeto de nuestro estudio, el primero de los proyectos de ley archivados —Proyecto de Ley N° 275 de 2008 – Senado de la República— establecía en el artículo 32 lo siguiente: “Promociones y ofertas. Son todo anuncio dirigido al público en general o a parte de él en el cual se ofrece de forma temporal, la comercialización de productos en condiciones más favorables que las habituales para el consumidor. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.

Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad.

(25) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 15.

Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

El segundo proyecto de ley archivado —Proyecto de Ley N° 82 de 2008 —Senado de la República— contenía también en el artículo 32, una disposición en igual sentido.

El tercer proyecto de ley —Proyecto de Ley N° 144 de 2009 - Cámara de Representantes— disponía en el artículo 8° que

“[l]os productores y prestadores de servicios deberán suministrar a los consumidores y usuarios información clara, veraz y suficiente sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información o advertencia contenida en los productos, sus etiquetas o la proporcionada en forma directa al consumidor.” Adicionalmente, el artículo 37 establecía que “[l]os términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice. De no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue puesta en conocimiento del potencial consumidor o usuario. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida por tiempo indefinido hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

En la actualidad, un cuarto proyecto de ley hace su trámite ante el órgano legislativo —Proyecto de Ley N° 089 de 2010 - Cámara de Representantes—. En el artículo 34 del articulado propuesto se dispone que “[l]os términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley.

“Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad”.

“Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

Por otra parte, y ya en un campo bastante particular de la legislación, y sólo con el propósito de hacer referencia a un desarrollo normativo novedoso sobre el tema que tratamos, es pertinente señalar que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la Resolución 1040 de 2004 —referente a Telefonía Móvil— dispuso, en el artículo 7.1.22, lo siguiente:

“Obligatoriedad de las promociones y ofertas. Los términos de las promociones y las ofertas obligan a quien las realice. De no indicarse la fecha de la iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue puesta en conocimiento del suscriptor y/o potencial usuario. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente la promoción o de la condición de que es válida hasta agotar el inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida por tiempo indefinido hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.”

De lo anterior se desprende que la regulación de las ofertas en materia de telefonía móvil es coherente con los parámetros generales establecidos en los proyectos de ley arriba reseñados, e incluso podría considerarse su antecedente, con lo que se puede estimar que existe un relativo consenso sobre el sentido de la normatividad que debe adoptarse al respecto.

Para finalizar este acápite debemos señalar que la jurisprudencia no ha sido ajena a las preocupaciones que se generan por el desequilibrio existente en la relación entre empresarios y consumidores, así como por los efectos de las ofertas o promociones dirigidas al público en general, o de las invitaciones a formular propuestas realizadas a través de mecanismos publicitarios.

En ese sentido, *v.gr.*, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha destacado la importancia de que la información que se suministre a los consumidores a través de la publicidad sea veraz y suficiente. Ha señalado la mencionada corporación que “independientemente de la obligatoriedad de la oferta, cuando la invitación a contratar se realiza por conducto de una publicidad no puede, no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su condigna reparación, si es que publicidad tal no se hace con apego a la sinceridad y seriedad que es de esperarse, de modo de inferir que la confianza del consumidor ha sido traicionada. Nadie discutiría hoy por hoy que al consumidor le asiste el derecho a estar informado, y ojalá bien informado. Ya incluso existen normas positivas que lo requieren sin atenuantes, verbigracia los artículos 20 y 78 de la Carta Política, donde de un lado se confiere rango constitucional al derecho a recibir información veraz y, de otro, se confiere a la ley la misión de controlar la información dada

en la comercialización de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, en protección de los derechos colectivos, y el decreto 3466 de 1982, que en lo pertinente prescribe que toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedad de los bienes y servicios que se ofrezcan al público ‘deberá ser veraz y suficiente’ razón por la cual se priven las leyendas y la propaganda comercial que ‘...no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características las propiedades, la calidad, idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos,’ disponiendo en consecuencia, que todo productor ‘...es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como por la propaganda comercial de los mismos, cuando su contenido no corresponda a la realidad o induzca a error al consumidor’; y se prevé, además, que para la correspondiente indemnización de perjuicios, los afectados puedan recurrir a los trámites previstos para el proceso verbal consagrado en el Título XXIII del código de procedimiento civil, con las adiciones procesales que en dicho estatuto se establecen, todo lo cual puede válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados” (Cas. Civ. 13 de diciembre de 2001. Exp. 6775)⁽²⁶⁾.

Igualmente, puede mencionarse la sentencia T-118 de 2000, de la Corte Constitucional —referente a los reembolsos pactados contractualmente por las compañías de seguros por los gastos que se ocasionen como consecuencia de un tratamiento médico—, en la que se pone de presente la obligatoriedad que generan los términos de una oferta, y, particularmente, la inclusión en los términos de la misma de lo que se haya indicado en propagandas o promociones comerciales, y trascendencia que esto adquiere con el fin de salvaguardar el principio de buena fe contractual. Dice el Tribunal Constitucional que “si la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o

(26) Sobre la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto de la protección de los derechos de los consumidores, pueden consultarse, entre las providencias más recientes, además de la arriba transcrita, las sentencias de casación civil proferidas el 13 de diciembre de 2002 (exp. 6462), 3 de mayo de 2005 (exp. 004421-01), 7 de febrero de 2007 (exp. 00097-01) y 30 de abril de 2009 (exp. 00629-0).

al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella —como acontece en este caso—, ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, aquélla está obligada en los términos de la oferta, que si son desconocidos, modificando sus alcances, ya en ejercicio del contrato y causando daño o amenaza a derechos fundamentales, dan lugar a que ante los jueces de tutela la empresa deba responder, cobijando todo aquello que prometió a los eventuales tomadores del seguro. En síntesis, las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepaga, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza.”

Como se puede observar, en el derecho colombiano, a pesar de que existen normas aisladas de cuyo contenido se desprende la obligatoriedad de algunas clases de ofertas dirigidas a personas indeterminadas, no existe una regulación general respecto de las ofertas realizadas de manera indeterminada a los consumidores. Existe un marco constitucional y precedentes jurisprudenciales favorables a la protección de los consumidores, como parte débil de la relación de consumo. Sin embargo, corresponde al Congreso de la República dictar las leyes que permitan proteger de mejor forma los derechos de los consumidores y, a su vez, hacer efectivas las responsabilidades que, *ex constitutione*, asumen quienes producen o comercializan bienes y servicios.

7. LA OFERTA A PERSONAS INDETERMINADAS EN EL DERECHO COMPARADO

7.1. Argentina

En la regulación contenida en los Códigos Civil y de Comercio argentinos, las ofertas a personas indeterminadas o al público en general, carecen de fuerza vinculante: el artículo 1148 del Código Civil dispone que “[p]ara que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos”. Así mismo, el estatuto mercantil preceptúa en su artículo 454 que “[l]as ofertas indeterminadas, contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho.”

En un principio, existía unanimidad en la doctrina argentina, en cuanto a la necesidad de que la oferta estuviera dirigida a personas determinadas o determinables, para que se configurara una propues-

ta válida de contrato. En ese sentido, por ejemplo, el profesor Ernesto Sánchez Urite señalaba como requisitos para la existencia de una oferta de contrato, que esta sea “autosuficiente”, es decir que contenga todos los elementos estructurales del contrato que se pretende realizar, y “recepticia”, en el sentido de que la oferta debe estar dirigida o encaminada a buscar la aceptación de una persona determinada o determinable⁽²⁷⁾.

No obstante lo anterior, esta posición se modificó debido al gran crecimiento del intercambio comercial y a la necesidad de adecuar la legislación a las necesidades de los consumidores. Ya señalaban en su momento distintos tratadistas que “las exigencias del tráfico moderno y de protección de la buena fe y los derechos de los consumidores y usuarios, abren una tendencia hacia la consagración del carácter vinculante de las ofertas al público”⁽²⁸⁾.

La concreción normativa de esta posición doctrinal se dio con la Ley 24.240 del 13 de octubre de 1993, ley de defensa del consumidor, que se apartó de las codificaciones y le otorgó fuerza vinculante a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas, según lo consagra el artículo 7º de la ley en mención, cuando dispone que “[l]a oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

“La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer”.

“La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley”.

Valga señalar que la ley de defensa del consumidor tiene un objeto preciso de regulación, que es definido en su artículo 1º en los siguientes términos: “La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos

(27) SÁNCHEZ URITE, Ernesto A. *La Oferta de Contrato (fuerza vinculante)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1973, ps. 32 y 33.

(28) STIGLITZ, Rubén S. (director), *Obra colectiva. Contratos. Teoría General*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1993, p. 117. En el mismo sentido MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ob. cit.*, p. 116.

compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Habría que hacer, entonces, una distinción entre los casos comprendidos dentro del marco de aplicación de la Ley 24.240, para los cuales la oferta dirigida a potenciales consumidores indeterminados, tiene carácter vinculante, y los que están por fuera del objeto de esta legislación especial, para los que regirían las citadas normas del Código Civil y del Código de Comercio.

Debe destacarse que, aunque en el régimen general la oferta debe ser “completa”, en cuanto que ella debe contener los elementos esenciales del contrato propuesto, cuando la oferta está dirigida de manera indeterminada a los consumidores se entiende que dicha característica se amplía o vigoriza, “porque hay requisitos que exceden a los necesarios para la configuración de una propuesta de contrato y se extienden hacia la obtención de la comprensión por parte del consumidor... [e]llo acontece porque se exigen deberes informativos al oferente, encaminados a facilitar el entendimiento...”⁽²⁹⁾. Así, por ejemplo, en las ofertas dirigidas a consumidores es indispensable precisar las modalidades y condiciones a que esté sujeto el negocio, así como las limitaciones o restricciones que se prevean.

Ahora bien, el artículo 7º de la ley de defensa del consumidor, ordena a quien realiza una oferta que establezca las fechas exactas de comienzo y finalización de su vigencia, con lo que el proponente queda vinculado por ese término. Existe una excepción a esta regla general, en el evento de la oferta de bienes y servicios realizada en el lugar en que los mismos se comercializan; en este caso, como lo establece el artículo 7º del decreto reglamentario 1798 de 1994, la oferta será obligatoria para quien la emita durante el período de tiempo en que se realice. Si se establece una limitación cuantitativa para los bienes ofrecidos, el proveedor deberá informar la cantidad con la que cuenta para atenderla, lo que elimina la posibilidad de realizar afirmaciones generales, pero muy usuales en este tipo de actividades, en el sentido de que la oferta estará vigente “hasta agotar inventarios”.

Las consecuencias de que el oferente desconozca la fuerza vinculante de la propuesta, o, en su caso, del contrato por parte del provee-

(29) LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., p. 194.

dor, están precisadas en el artículo 10° bis de la ley de defensa del consumidor, que establece lo siguiente: “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;

b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;

c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

“Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

Existen entonces consecuencias precisas para aquellos eventos en los que, siendo vinculante la oferta dirigida a personas indeterminadas, el proponente se sustrae de honrarla con la consecuente afectación a los intereses de los destinatarios, los cuales se estiman dignos de protección jurídica y para el efecto se establecen diversas alternativas procesales para su protección o su reparación. El oferente, en todo caso, puede acreditar que una circunstancia constitutiva de caso fortuito o fuerza mayor le ha impedido mantener la propuesta, con lo cual podría liberarse de la correspondiente responsabilidad.

Es pertinente señalar que la ley argentina de protección al consumidor contiene un importante avance en estas materias al vincular la oferta con la publicidad. A este respecto el artículo 8° indica que “[l]as precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”. Con esta norma, la publicidad, particularmente cuando es previa a la formulación de la oferta, se entenderá incluida en la misma y será vinculante para el proponente, con lo que se protege de manera importante a los consumidores, ya que compromete a los productores y oferentes en general a realizar una publicidad de sus productos o servicios que sea clara, seria y precisa. Señala Lorenzetti al respecto que para que se vincule la publicidad a la oferta debe haber precisiones y tal “termino debe ser entendido, en primer lugar, por oposición a lo genérico, que es el propio de la publicidad. En segundo lugar debe ser interpretado como aquellas relativas a la oferta, es decir: precio, calidad, funcionalidad de la cosa, garantías”⁽³⁰⁾.

(30) LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., p. 199.

Por su parte, la Ley 26.361, también encaminada a proteger al consumidor, y mejorar la Ley 24.240, busca extender el margen de protección, al darle un sentido más amplio al concepto de consumidor, y a su vez, a la relación de consumo, ya que la anterior ley se consideró muy estrecha, pues se estimaba que sólo era aplicable a quienes contrataban a título oneroso con el propósito de realizar el consumo final del correspondiente bien o servicio. Con la Ley 26.361 se establece que el consumidor es quien está involucrado en una relación de consumo, sin que sea necesario el carácter oneroso de la vinculación.

7.2. Chile

El Código Civil chileno consagra en su artículo 105 que las ofertas a personas indeterminadas, incorporadas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra clase de anuncios impresos, no son vinculantes para quien las realiza. Sin embargo, como ha ocurrido en otros países del continente, las normas de las codificaciones han sido modificadas en estas materias por las disposiciones establecidas para la protección de los derechos de los consumidores. Se ha indicado, entonces, que las ofertas públicas —incluso las realizadas por medios electrónicos— dirigidas a personas determinadas e indeterminadas se encuentran regidas por la ley de defensa del consumidor (Ley 19.496 de 7 de febrero de 1997). En la mencionada ley, su artículo 2° dispone que los proveedores son “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa” y, por su parte, el artículo 12 establece que “[t]odo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”. Finalmente, el artículo 18 de la citada ley señala que “constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado.”

Los consumidores o usuarios, según el artículo 1° de la Ley 19.496, son las “personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes y servicios”. Como se puede observar, la relación de consumo debe ser onerosa, y el consumidor debe ser el destinatario final de los bienes o servicios, lo cual elimina del marco de protección a aquellos que no se encuentran en las categorías antes reseñadas.

7.3. España

En un principio, la legislación española no contenía norma diferente sobre el perfeccionamiento del contrato, que la contenida en el artículo 1262 del Código Civil, la que establece que “[e]l consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

Una regulación más completa y moderna se vislumbró con la entrada en vigor en España, el 1o de agosto de 1991, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Aunque esta Convención tiene un objeto limitado, la doctrina española ha entendido que dicha normatividad internacional se debe tener en cuenta para lograr un entendimiento más completo de la oferta y la aceptación en la formación de los contratos; al respecto autorizada doctrina ha señalado que “la parquedad en la regulación de nuestro Derecho Positivo, que se encuentra mínimamente en el artículo 1262 del Código Civil, debe permitir una integración de nuestro propio Derecho, de manera que las normas de la Convención deben ser tenidas en cuenta para resolver los problemas de formación del contrato mediante oferta y aceptación, cualquiera que sea la naturaleza del contrato en cuestión”⁽³¹⁾.

Según se reseñó en un apartado anterior, la Convención en el numeral segundo del artículo 14 regula lo referente a la oferta a personas indeterminadas. Dispone el mencionado precepto que “[t]oda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.”

A pesar de la importancia que para el entendimiento de la formación del contrato tiene en España la Convención de Viena de 1980, en

(31) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La compraventa Internacional de Mercaderías*. Madrid: Civitas, 1998, ps. 163 y 164. En el mismo sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María. *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. 2000, p. 33.

particular en el tema de la oferta y la aceptación, la doctrina moderna se ha separado del tratamiento que le otorga la Convención a las ofertas dirigidas a personas indeterminadas; si bien los doctrinantes españoles señalan como uno de los requisitos para que la oferta a personas indeterminadas sea vinculante es que esta debe realizarse con intención de obligarse, no se comparte la expresión incluida en el numeral 2º del artículo 14 del citado estatuto, en el que se precisa que para que las ofertas a personas indeterminadas no sean una simple invitación a hacer propuestas se debe indicar claramente lo contrario. Expresa esta opinión Eduardo Corral García al señalar que “no hay ningún obstáculo que impida apreciar que el autor de la propuesta tiene la voluntad de vincularse con cualquiera que acepte la misma —es más, en algunos casos es la propia ley la que taxativamente establece tal vinculación a la comunicación efectuada—, por lo que esas propuestas cumplen con el requisito de que ‘indiquen la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.’ Así pues, la regla del párrafo segundo de dicho artículo no se adecua a la realidad del Derecho contractual español, ya que debe rechazarse el que la regla general sea que las propuestas dirigidas al público sean consideradas como ‘simples invitaciones a hacer ofertas’”⁽³²⁾.

Ahora bien, la legislación española ha previsto una regulación particular para algunos casos de oferta a personas indeterminadas. Esto ocurre, *u.gr.*, con el contrato de viajes combinados, reglamentado en el libro IV del texto refundido de la ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el artículo 152 establece la obligación para los organizadores de este tipo de viajes, de elaborar un folleto que contenga las características del viaje ofrecido, y a su vez el artículo 153 determina que el indicado folleto o programa es vinculante para el oferente. En relación con la exposición o exhibición de productos en establecimientos comerciales, existe una normatividad específica contenida en la ley de Ordenación del Comercio Minorista, en la que el numeral 1º del artículo 9º consagra que “[l]a oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta a favor de los demandantes que cumplan las condiciones de adquisición, atendiendo, en el segundo caso, al orden temporal de las solicitudes. Quedan exceptuados de esta obligación los objetos sobre los que se advierta, expresamente, que no se encuentran a la venta o que, claramente, for-

(32) CORRAL GARCÍA, Eduardo. *La oferta de Contrato al Público*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 115.

men parte de la instalación o decorado”, disposición ésta con la que quedó zanjada la discusión doctrinal acerca de la obligatoriedad de este tipo de ofrecimientos al público. En estos casos, la intención de obligarse del comerciante que así actúa se entiende implícita al realizar una propuesta en los términos ya mencionados. Igualmente, se menciona que configura una oferta pública el documento informativo en el que se recoge la propuesta de transmisión de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (arts. 8-2 de la Ley 42/98).

Ahora bien, es conveniente recordar que en España la protección a los consumidores tiene su fundamento en el artículo 51 de la Constitución Política, el cual encomienda expresamente al legislador la tarea de elaborar una legislación que regule el tema. En cumplimiento de dicho mandato, se expidió la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), que establece un marco general de regulación para las relaciones entre consumidores y empresarios. Uno de los temas más interesantes que contiene esta ley es la denominada “integración publicitaria del contrato”⁽³³⁾, la cual vincula los anuncios o la publicidad con el contrato y obliga de manera directa al anunciante; el numeral 2º del artículo 61 de la citada ley dispone que “[e]l contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”. Esta norma es una materialización de lo que al respecto se había establecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (principalmente a raíz de los fallos de 14 de junio de 1976 y 20 de enero de 1977), con fundamento en el artículo 1258 del Código Civil, que, como bien se sabe, consagra la buena fe contractual, en cuanto reconoció la vinculación de la publicidad con el contenido del contrato⁽³⁴⁾. Igualmente, resulta necesario destacar la importancia que adquiere el deber de información para con el consumidor, particularmente en cuanto a

(33) SIRVENT GARCÍA, Jorge. *La oferta en los contratos con consumidores*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009, ps. 15 y ss.

(34) CORRAL GARCÍA, Eduardo. *La buena fe en la formación y determinación del contenido del contrato: la oferta y la promesa al público*. AUTORES VARIOS. Bases de un derecho contractual europeo. Editores: ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni. Valencia (España), Tirant lo Blanch, 2003, ps. 56 y 57.

aquella información que se debe suministrar de manera previa a la celebración del contrato (artículo 60), tanto así que en el artículo 65 se dispone que “[l]os contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Para finalizar puede señalarse que la normatividad española sobre la oferta a personas indeterminadas, aunque ha regulado de manera particular determinados eventos de contratación con los consumidores, no ha previsto una regulación general sobre el tema que brinde claridad respecto de cuestiones de gran importancia en este tipo de oferta, tales como la firmeza de la misma, su vigencia, o el plazo para su aceptación, entre otros. A pesar de este vacío legislativo, a partir del análisis de principios generales de derecho —especialmente, la buena fe—, de las líneas jurisprudenciales construidas al respecto y de las leyes que regulan situaciones específicas de ofertas dirigidas al público en general, la doctrina especializada en la materia ha concluido que “en el Derecho Español se admite que una propuesta contractual dirigida al público en general puede configurarse como una verdadera oferta de contrato”⁽³⁵⁾.

7.4. Perú

El Código Civil peruano de 1984 dispone en su artículo 1388 que: “[l]a oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

“Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.”

No obstante lo anterior, el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor (ley 29.571 de 1o de septiembre de 2010), consagra en el numeral 2.1, del artículo 2º, Capítulo II —sobre información a los consumidores—, la obligación en cabeza de los proveedores de suministrar a los consumidores “toda la información relevante” para que estos puedan “realizar una elección adecuada de consumo”. En igual sentido, el numeral 2.3 establece que “[s]in perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera

(35) CORRAL GARCÍA, Eduardo. *La oferta de Contrato al Público*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002, p. 115.

efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.”

En el Subcapítulo II —Protección del consumidor frente a la publicidad— del Capítulo arriba mencionado, se destaca en el artículo 14, numeral 14.1, que “[l]a publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas.”

Específicamente sobre la oferta a personas indeterminadas, el Título II de la Ley 29.571, dispone, en su artículo 46, inciso segundo, que “[e]l contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”. De esta manera, también queda en evidencia que la oferta realizada al público en general tiene carácter vinculante, y que su incumplimiento puede acarrear responsabilidad para el proveedor, en los términos del artículo 97, literal f, del Título V —sobre Responsabilidades y Sanciones—, que consagra el derecho de los consumidores “a la reparación o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o a la devolución de la contraprestación pagada, cuando el producto o servicio no se adecue razonablemente a los términos de la oferta, promoción o publicidad”.

8. CONCLUSIONES

Como se puede observar de lo reseñado en los párrafos anteriores, en Colombia y en otros países de Iberoamérica, las codificaciones fueron reacias a darle carácter vinculante a las ofertas dirigidas al público en general, y en la gran mayoría de regulaciones nacionales se consideró que se trataba, más bien, de invitaciones para que se formularan ofertas serias y vinculantes, éstas sí dirigidas a personas determinadas.

Sin embargo, la creciente preocupación por la defensa de los consumidores y usuarios de los bienes o servicios ofrecidos por los empresarios, ha generado una tendencia, cada vez más amplia, que reconoce la obligatoriedad de la oferta dirigida a personas indeterminadas, en particular cuanto se está en frente de las que se conocen como relaciones de consumo.

Diversos países de nuestro entorno han avanzado en una reglamentación moderna del tema con evidentes ventajas para los sectores poblacionales más necesitados de protección. Se tiene la esperanza de que en Colombia la modernización del régimen de protección al consumidor finalmente se convierta en una realidad, y que frente a las ofertas dirigidas a los consumidores en general se acoja la tendencia internacional y se les confiera carácter vinculante, con las inherentes responsabilidades que de allí se desprenden.

BIBLIOGRAFÍA

- Autores Varios. *Los Contratos en el Derecho Privado*. Coordinadores: Mantilla Espinosa, Fabricio y Terner Barrios, Francisco. Bogotá: Editorial Legis, 2007.
- Autores Varios. *Bases de un derecho contractual europeo*. Editores. Espiau Espiau, Santiago y Vaquer Aloy, Antoni. Valencia (España), Tirant lo Blanch, 2003.
- Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel; y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Alterini, Atilio Aníbal; De los Mozos, José Luis; Soto, Carlos Alberto. *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios*. Bogotá: Primera Edición, Palestra Editores: Lima y Editorial Temis SA, 2000.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles. Tomo I. Teoría General del Negocio Mercantil*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2007.
- Betti, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de la edición italiana por A. Martín Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Segunda Edición, 1959.
- Bianca, C. Massimo. *Derecho Civil. 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Bigliazzi Geri, Lina; Breccia, Humberto; Busnelli, Francesco; Natoli, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I, Volumen 2. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Primera Edición en Español, 1992.

- Bohórquez Orduz, Antonio. *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano. Volumen 2. Generalidades contractuales*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.
- Cancino Restrepo, Fernando. *Estudios de Derecho Privado*. Ciudad: Bogotá, Editorial Temis, 1979.
- Cariota Ferrara, Luigi. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Aguilar Editores, 1956.
- Corral García, Eduardo. *La oferta de contrato al público*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002.
- Covielo, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1949.
- Cubides Camacho, Jorge y Cubides Delgado, Juanita. *Obligaciones*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas Javegraf, 2005.
- De Castro y Bravo, Federico. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1985.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Introducción, Teoría General del Contrato. Madrid: Editorial Civitas, 1996.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. *La compraventa Internacional de Mercaderías*. Madrid: Civitas, 1998.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Volumen II. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, Novena Edición, Tercera Reimpresión, 2003.
- Flume, Werner. *El Negocio Jurídico. Parte General del Derecho Civil*. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fondo Cultural del Notariado, 1998.
- Galgano, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1992.
- Lando, Ole. *El derecho contractual europeo en el tercer milenio*. En: Derecho de los Negocios, N° 116. Madrid: Editorial La Ley, 2000.
- Larenz, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Madrid: Edersa, 1978.

- Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- León Hurtado, Avelino. *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1952.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- Martínez Gallego, Eva María. *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2000.
- Mazeaud, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1969.
- Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial. Doctrinas Generales*. Tomo II Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1954.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*. Santa Fe: Edición actualizada. Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Soto Coaguila, Carlos Alberto. *El Contrato en una Economía de Mercado*. Trujillo: Editora Normas Legales, 2004.
- Ordoqui Castilla, Gustavo y Martín-Casals, Miquel. *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Editorial Temis, Cuarta edición actualizada, 1994.
- Oviedo Albán, Jorge. *La Formación del Contrato*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- Pérez Vives, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen I, Parte Primera. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sección de Extensión Cultural, 1957.
- Rinesi, Antonio Juan. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

- Rogel Vide, Carlos. "Declaraciones de voluntad contractuales y valor jurídico del silencio". En: *El derecho de los contratos en los umbrales del siglo XXI*. São Paulo: MP Editora, 2007.
- Sánchez Urite, Ernesto A. *La Oferta de Contrato (fuerza vinculante)*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1973.
- Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.
- Sirvent García, Jorge. *La oferta en los contratos con consumidores*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009.
- Stiglitz, Rubén S. *Contratos*. Teoría General. Tomos I y II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993 y 1994.
- Stiglitz, Rubén S., *Contratos Civiles y Comerciales*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Stolfi, Giuseppe. *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá. Universidad de los Andes, 1996.
- Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de Obligaciones. Teoría del Acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá, Editorial Temis, Cuarta edición, 1994.
- Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Bogotá: Editorial Temis, 2002.

UNA NUEVA MIRADA RESPECTO DE LA VISIÓN CLÁSICA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS VICIOS

Por Edgardo I. SAUX⁽¹⁾

SUMARIO: 1. La autonomía de la voluntad: *corsi e ricorsi* del motor dinamizador del fenómeno contractual. 2. Relatividad de la vigencia plena de la visión clásica de los vicios del consentimiento. 3. Los vicios del consentimiento en el ámbito contractual dentro de las propuestas de unificación del Derecho Privado europeo. 4. Conclusiones.

1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: CORSI E RICORSI DEL MOTOR DINAMIZADOR DEL FENÓMENO CONTRACTUAL

La autonomía de la voluntad, o la autonomía privada, al decir de De Castro y Bravo⁽²⁾, quien la caracteriza como “el ámbito de libertad reconocido a las personas para el ejercicio de sus facultades”, es, sin duda alguna, la piedra angular sobre la que se cimenta todo el sistema del derecho privado. En tal sentido, las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, setiembre de 1997) declararon que “la autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos, alcanzando los actos jurídicos en general”⁽³⁾.

Según lo singulariza Francisco Bonet Ramón⁽⁴⁾, sus funciones en relación con el negocio jurídico son cuanto menos tres: crear el mismo, determinar sus efectos y precisar cuál es la ley que le resulta aplicable.

Dentro del primer supuesto, la voluntad jurídica precede al contrato mismo —como negocio jurídico típico y bilateral por excelencia— y

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral-Santa Fe, Argentina. Vocal de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Santa Fe.

(2) *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1971, p. 12.

(3) Comisión núm. 3, tema: “Autonomía de la voluntad - Problemática actual”. Conclusión de *lege lata* 1-A.

(4) *Introducción al Derecho Civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, p. 227.

se manifiesta como “iniciativa privada”, fruto del impulso de las necesidades del hombre en sociedad, previa en su existencia a todo orden jurídico y a toda regulación sistemática de la institución empleada.

En orden a ello, en algún trabajo anterior de nuestra autoría⁽⁵⁾ recordábamos la ilustrativa referencia que Emilio Betti⁽⁶⁾ hacía del relato de Heródoto sobre los trueques de mercancías por parte de las antiguas tribus africanas de la costa del Atlántico. Los miembros de la tribu de Tegazza, que contaban en su poder con sal, formaban con ella montículos en un lugar preestablecido, y luego se retiraban media jornada de marcha, de modo tal que los de otra tribu vecina, que tenían oro, llegaban al lugar y formaban a su turno pequeños grupos de pepitas al lado de la sal, haciendo lo propio. Vueltos los dueños de la sal, apreciaban si a su criterio la cantidad de oro “ofrecida” guardaba correlación con la sal, con lo cual, si estaban de acuerdo, tomaban el metal y se retiraban definitivamente; siendo que de lo contrario dejaban todo como estaba y volvían a retirarse media jornada, con lo que los indios mineros, regresados a la escena, aumentaban su oferta del metal precioso hasta satisfacer las expectativas de los de Tegazza, lo que podía implicar varias secuencias, pero todo —aun sin mediar ningún tipo de contacto— rodeado de la absoluta conciencia de la inviolabilidad de tales proceder (según relatos del historiador), conformando de tal modo un singular precedente del actual contrato de permuta.

Aun cuando la naturaleza de este aporte —como modesta adhesión al justificado homenaje que lo determina— impone acotar los perfiles del mismo en función del rango colectivo de la obra, pido excusas por analizar (mencionar) aspectos estructurales de un tema tan vasto y relevante como el abordado (la autonomía de la voluntad) con trazos tan gruesos.

Pero algunas referencias son ineludibles. Para el caso, el destacado civilista argentino José W. Tobías, en un trabajo afín a la temática aquí esbozada⁽⁷⁾ recuerda que dentro del análisis retrospectivo del instituto, hay al menos tres criterios (que quizás podamos resumir en dos,

(5) V. SAUX, Edgardo Ignacio, “Los principios generales del derecho civil”, La Ley, 1992-D, 839. Asimismo, hemos tenido ocasión de explayarnos más extensamente sobre este tema en la obra *Estudios de Derecho Civil en su Parte General*, edición de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2002, Capítulo I, ps. 7 y ss.

(6) *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 42.

(7) “La protección de la voluntad en la contratación contemporánea”, La Ley, 2010-B, 966.

conformes sus grandes lineamientos) que intentan justificar su fuerza jurigenética o vinculante.

Para uno de ellas —quizás recogida por el codificador argentino en el concepto de acto jurídico diseñado en el artículo 944, en tanto lo califica como acto humano, voluntario y lícito que tiene por fin inmediato producir consecuencias jurídicas, creando, modificando, transfiriendo o extinguiendo derechos y obligaciones—, la voluntad privada tiene un poder originario y prejurídico que se inordina con el concepto mismo de libertad de la persona, limitándose el derecho objetivo o la norma jurídica a adjudicar límites a su ejercicio (que lo hagan compatible con el de los otros) y “otorgarle accionabilidad al negocio como si fuera la ley misma”⁽⁸⁾.

Para otra —u otras, con matices, como la “teoría preceptiva del negocio”— la eficacia del vínculo obligacional nacido de la autonomía privada no es pre o metajurídico, sino una derivación del propio sistema normativo, que hace que sea éste quien inviste a aquella de la potestad de crear normas privadas. En este enfoque: “la declaración de voluntad (al igual que cualquier otro hecho jurídico) no es más que un *factum* o supuesto de hecho previsto por la norma para que advengan los efectos que ella preordena”. Éste es el criterio al cual adhiere el citado autor, señalando que “...el orden jurídico, a partir del fenómeno de la objetivización del intercambio, ha limitado el dogma de la autonomía de la voluntad negocial sobre todo por razones de protección del tráfico y de seguridad jurídica”.

De estas digresiones se deriva un interesante interrogante, cual es si esa libertad contractual (con el consecuente efecto vinculante de su contenido obligacional) cuenta con tutela constitucional, a lo que la Corte Suprema de Justicia argentina ha dado respuesta afirmativa, considerando que la protección del “derecho de propiedad” del artículo 17 de la Carta Magna Federal abarca no sólo el derecho real de dominio —con lo cual los constitucionalistas marcan claramente las diferentes nociones que la expresión “propiedad” tiene en el derecho privado patrimonial y en el derecho público constitucional—, sino también los derechos emergentes de los contratos.

La aparición en los tiempos actuales de los fenómenos contractuales masificados, con sus fórmulas prerredactadas y sus sistemas de

(8) Tal punto de miras de Vélez Sarsfield es también coherente, agregamos nosotros, con el que dimana del texto del artículo 1197, que equipara la fuerza vinculante de la voluntad privada —entre las partes— con la de “la ley misma”.

adhesión a contenidos predispuestos, permite diferenciar el juego de la autonomía de la voluntad en otras dos facetas: la inherente a la “libertad de contratar” o autodecisión (lo que se vincula con el tema de los contratos forzosos u obligatorios), consistente en la autodeterminación para contratar o rehusarse a hacerlo (lo que Carbonnier llamaba “libertad de no querer”); y lo referido a la “libertad contractual” o autorregulación, vinculada a la mayor o menor incidencia que la autonomía privada tenga dentro de la estructura del contrato⁽⁹⁾.

Este concepto de la autonomía de la voluntad como líquido amniótico de gestación del contexto negocial, en el Código Civil argentino se perfila en el texto del art. 1197 con su conocida formulación de que las obligaciones asumidas por vía contractual son tan vinculantes para las partes como la ley misma; que a su vez guarda correlato con la paradigmática nota de Vélez Sarsfield al artículo 943, cuando al denostar la teoría de la lesión enorme o enormísima concluye refiriendo a que “...el consentimiento libre... debe hacer irrevocables a los contratos”; históricamente se emparenta con el art. 1134 del Código Civil francés de 1804 (aquel que sirviera de plataforma a la conocida referencia del “laissez nous faire” atribuida al presunto reclamo del comerciante Legendré a Colbert, y grafica el espíritu liberal y no intervencionista que en materia contractual impregna al Código argentino de 1870).

El prestigioso jusprivatista argentino Héctor Alegría⁽¹⁰⁾ recuerda al respecto palabras de Gunot pronunciadas hace un siglo atrás: “Quien dice contractual, dice justo”. Y coincidiendo con las justas críticas a esta perspectiva decimonónica liberal e individualista, trae a referencia también palabras del maestro peruano Carlos Fernández Sessarego cuando sostiene que hablar sólo de voluntad es limitar lo que significa la visión integral de la persona humana. “No es la autonomía de la voluntad aquello que consagra la ley sino la autonomía de la persona como

(9) Vid. en especial ALTERINI, Atilio A. *Contratos civiles - Comerciales - De consumo - Teoría General*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., Argentina, 1998, p. 73. En similar sentido, Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 272; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, *Teoría de los contratos - Parte General*, T. I, Buenos Aires, Argentina, Ed. Zavalía, p. 90; GIANFELICI, Mario C. “Autonomía privada y derecho de familia”, en la obra colectiva editada en *Homenaje a la Profesora María Josefa Méndez Costa*, Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2001, p. 118.

(10) “La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil”, *La Ley*, 2008-E, 1186 y de la misma Editorial *Obligaciones y Contratos - Doctrinas esenciales*, T. 4, p. 335.

manera de realizar sus fines y éstos se logran en un ámbito que reconozca la libertad personal”, coincidiendo en ello con otro insigne civilista también peruano (Fernando De Trazegnies) en tanto señala la “pérdida de identidad de los dogmas civilistas” —como el del ámbito irrestricto de la autonomía privada— “...que son fruto del positivismo y del racionalismo jurídico antes que del reflejo de la sociedad viva y real...”, que debe llevar al operador jurídico más allá de la letra de la ley y “crear una coraza de principios generales que protejan los derechos básicos”.

De alguna manera, el paradigma de la modernidad —contexto en el cual los Códigos jusprivatistas decimonónicos fueron gestados— era “la persona individual”.

Para el codificador argentino, esa “persona individual” (capaz, libre e igualitaria, toda ello a partir de cartabones rígidos y predeterminados, como lo evidencian los textos de los artículos 54 y 55⁽¹¹⁾, 1.198⁽¹²⁾ y las notas a los artículos 943 y 2513⁽¹³⁾) era, a su vez, esencialmente “voluntad” (dominial o contractual).

De allí se derivaba esa preocupación esencial por la conformación de la voluntad interna sin vicios (art. 900). Pero como apunta con tino Julio C. Rivera, esta noción de “persona” (como portadora o fuente emanadora de “voluntad”) es vista en el Código de 1871 sólo como un elemento de la relación jurídica (contractual, aquiliana o familiar), pero no analizada en sí misma y en sus derechos fundamentales, estructura ausente en el derecho positivo argentino hasta la fecha⁽¹⁴⁾.

(11) Que clasificaban —y clasifican— a los incapaces de obrar en absolutos y relativos. En palabras de Werner Goldschmidt, el Código argentino empleaba —y lo sigue haciendo, pese a las propuestas de todos los proyectos de reforma— el “régimen del fraccionamiento”: capaces/incapaces; absolutos/relativos; menores impúberes/menores adultos; categorías que la realidad actual muestra como diluídas en sus contornos apriorísticos y dogmáticos.

(12) Que modificado por la ley de reformas 17.711 incorporando la teoría de la imprevisión, originariamente declaraba la fuerza obligatoria de las convenciones privadas entre partes, integrando la previsión de la norma precedente, base de la eficacia jurigenética de la voluntad privada.

(13) Que rechazaban —el primero— la regulación de la lesión jurídica (“...el consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos...”, decía Vélez); y en la segunda al regular el derecho de propiedad le asignaba alcances tan absolutos como el que tenía el propietario no sólo de usar y gozar de la cosa objeto del mismo, sino incluso “desnaturalizarla, degradarla o destruirla”.

(14) “Reformas necesarias en el derecho de las personas físicas”, en “Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 1, n° 2, octubre de 2009, ps. 197 y ss.

Por su parte, esa voluntad negocial —otrora incontrovertible, en tanto no mediaran vicios del consentimiento— al día de hoy se va diluyendo en “roles” (de ello nos ocupamos *infra*), y entonces aparecen, con diferente grado de tutela normativa en relación con el mayor o menor juego del orden público de protección, consumidores o usuarios, prestadores, profanos, predisponentes en los contratos de adhesión o con cláusulas predisuestas, trabajadores, deudores hipotecarios de vivienda única, acreedores financieros, inquilinos, etc.

Y se da algo que, con su habitual lucidez, de Lorenzo⁽¹⁵⁾ se pregunta: ¿no estaremos en un tránsito de los contratos “*ratione materiae*” —fuente de la tipicidad contractual— a los contratos “*ratione personae*”?

No obstante, aquel panorama conforme al cual la voluntad privada era intangible comienza a sufrir en las primeras décadas del siglo pasado, con el advenimiento del intervencionismo estatal y del proteccionismo a determinados sectores sociales (trabajadores, inquilinos, deudores hipotecarios) y ciertas actividades económicas (servicios públicos, sistema financiero, seguros, salud pública) un progresivo acotamiento⁽¹⁶⁾.

El mismo fue en su momento magistralmente narrado por Marco Aurelio Risolía en su invaluable obra *Soberanía y crisis del contrato*⁽¹⁷⁾, marcando una tendencia sintetizada por Josserand como un “fortalecimiento del partido del deudor”, que legislativamente en la Argentina tiene su tiempo histórico con la incorporación, por la ley de reformas de 1968 al Código Civil, de instituciones tales como el abuso del derecho, la teoría de la lesión, la de la imprevisión, el reforzamiento de la equidad y el fortalecimiento de las facultades judiciales de intervención en el equilibrio contractual genético o funcional⁽¹⁸⁾, todo lo que altera el eje de giro del sistema precedente.

(15) “El péndulo de la autonomía de la voluntad”, en la obra *Derecho Privado*, libro homenaje al Dr. Alberto J. BUERES, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2001, ps. 447 y ss.

(16) *Vid.* entre otras obras señeras en el tema, SANTOS BRIZ, Jaime, *El derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Crisis mundial y crisis del derecho*, Madrid, 1961.

(17) Su título completo es “Soberanía y crisis del contrato en la legislación civil”, Ed. Abeledo, Buenos Aires, 1946.

(18) V. J. MOSSET ITURRASPE, “Justicia contractual”, Ed. Ediar, Bs. As., 1977.

Cierto es que, como lo señala prestigiosa doctrina italiana (Galgano, Marchetti, Gabrielli) el fenómeno contractual moderno ha perdido mucho de esos perfiles eminentemente consensuales del siglo pasado, y ello se manifiesta en fenómenos con algunas características propias.

Se recuerda en orden a ello que en los años 70, uno de los juristas más destacados del derecho del *common law* presagiaba “el crepúsculo y la muerte del contrato”⁽¹⁹⁾, vaticinio al cual otro destacado jurista norteamericano⁽²⁰⁾ respondía algunos años después señalando todo lo contrario, en relación al reverdecimiento de la voluntad privada en ámbitos en los cuales tradicionalmente no tenía operatividad (para el caso, y como ejemplos propios de nuestro derecho positivo latinoamericano, la especial atención prestada por la ley al consentimiento informado en prácticas médicas, o a los “living wills” o testamentos vitales o disposiciones para la propia incapacidad, o a la disposición tanto del propio cuerpo en materia de trasplantes de órganos tanto entre vivos como para después de la muerte, o a la de partes renovables del mismo, o la ampliación de las facultades judiciales de autodeterminación en muchos ámbitos de personas con discapacidad psíquica, o en la injerencia de la voluntad privada en materia de acceso, adecuación o supresión de datos personales, o la paulatina admisión en derecho continental europeo de los “contratos de crisis conyugal” y los “pactos de solidaridad y convivencia” en materia de familia, la tendencia a la supresión de la prohibición de los viejos pactos sobre herencias futuras y la recepción de instituciones contractuales con alcances *post mortem* como el fideicomiso, el reforzamiento del derecho del menor a ser escuchado en temas de su interés o incumbencia, la admisión de la decisión privada en cuestiones como la fecundación *post mortem* o la fecundación heteróloga, la ampliación del ámbito de actos dispositivos sobre el propio cuerpo en tanto no agraven el orden público, la admisión de la voluntad privada para autorizar en ciertas condiciones el cambio de sexo, o la reciente modificación legal argentina que también resguarda la libertad de opción en materia de orientación sexual al incorporar el matrimonio homosexual, o la creciente tendencia a consensuar conyugalmente el apellido familiar⁽²¹⁾ todo lo cual, paradóji-

(19) GILMORE, Grant, *The death of contract*, Ohio, 1974, ps. 61 y ss.; en cita hecha por F. DE LORENZO en “El péndulo de la autonomía de la voluntad”, ob. cit., p. 447.

(20) FARSWORTH, Allan, “Contract is not dead”, en “Cornel Law Review”, July 1992, p. 1034 y ss.

(21) Si bien la tendencia es hasta ahora en el ámbito latinoamericano más de “lege ferenda” que de “lege lata”, puede por ejemplo aludirse a que la ley argenti-

camente, aún ante aquellos perfiles que colocaban al contrato consensuado o a los viejos “pour parlé” como figuras de laboratorio, evidencian nuevas formas de manifestación de su subsistencia jurigenética.

Así, para el caso, y en lo que tiene que ver con aquella reducción de la clásica visión del contrato como “acuerdo de voluntades entre iguales” se singularizan ejemplos en algunas de las siguientes pautas:

- Se marca un claro predominio de la contratación masiva en relación con los contratos negociados o paritarios.
- Se denota la evidente desproporción de potencialidades negociales entre la parte predisponente y la no predisponente, o eventualmente adherente.
- Son frecuentes los casos de contratos obligatorios (como los de prestación de servicios públicos) en relación con la situación del predisponente o prestador, quien no puede negarse a otorgar su prestación a determinado receptor.
- Se denota similar fenómeno respecto de los contratos normados —como los de venta de hidrocarburos, peaje de carreteras concesionadas, provisión de energía eléctrica o tarifas de servicios públicos—, en los que el Estado regula un elemento esencial del contrato, como lo es el precio.
- Son de uso cotidiano los contratos normativos o “convenios”, que sirven de marco regulatorio para futuros contratos entre las mismas partes.

Todo ello ha llevado a algunos a manifestar aquello de que “la autonomía de la voluntad es un mito perimido”⁽²²⁾, según el cual “los más débiles y necesitados están obligados a querer lo que los más fuertes son libres de imponerles”.

Mucho hay para decir en orden a ello, aun cuando no sea éste el lugar adecuado. La ruptura del paradigma del contrato individual, entre sujetos capaces, libres e iguales, con la irrupción de la contra-

na en vigencia desde principios de agosto de 2010, al admitir el matrimonio homosexual, modifica artículos de la ley de nombre de las personas naturales 18.248 permitiendo en tal caso a los contrayentes “añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido de la preposición ‘de’”, tal como lo dispone esta última para la mujer en el matrimonio heterosexual.

(22) STARCK, Boris y BOYERT, Roland, *Derecho Civil. Obligaciones*, T. II, París, 1986.

tación masiva, de la desigualdad negocial, de la expandida existencia de “hiposuficientes jurídicos”⁽²³⁾, del posicionamiento del consumidor en relaciones jurídicas requeridas de tutela, proponen e imponen otro lenguaje y otras herramientas de trabajo.

Como lo señalara Mosset Iturraspe⁽²⁴⁾, “...la Argentina, a diferencia de Uruguay, Chile, Brasil (aunque de 1916), no mantuvo su Código decimonónico. Lo reformó con un sentido progresista, de avanzada, orientado a la justicia, a la libertad en la igualdad” (no obstante, agregamos nosotros, que a diferencia de lo hecho por ejemplo en el Perú, tales avances nunca hasta ahora se plasmaron en un texto integral y sistemático, sino en una reforma que ya cumplió más de cuarenta años y en normas estatutarias y complementarias, estando en deuda todavía el legislador con el dictado de un Código Civil acorde con los tiempos que discurren).

No obstante ello, lo que en principio aparece como un contexto normativo y axiológico razonablemente consensuado para los contratos internos en la Argentina, genera algunas tensiones al proyectar sus implicancias en la contratación internacional, tanto en lo referida al ámbito regional (el más próximo, como el del MERCOSUR) como global⁽²⁵⁾.

En el “corsi e ricorsi” del devenir histórico —hoy acelerado, como ciertamente lo alertaba Fukuyama—, los tiempos que corren evidencian, enancado en un fenómeno de homogeneización de variables económicas internacionales, de interrelación de mercados, de globalización de crisis monetarias, de auge del capitalismo y de concentración de grupos empresarios, nuevos requerimientos de elastización del sistema, de reforzamiento de la voluntad negocial privada, un nuevo “laissez-nos faire” que armonice, con la apertura de las fronteras, los sistemas jurídicos nacionales con la dura competencia de los mercados del mundo.

(23) GALDÓS, Jorge M. “El principio ‘favor debilis’ en materia contractual - Algunas aproximaciones”, La Ley del 28/7/97.

(24) Dentro del marco de su exposición en las “Jornadas sobre modernos contratos comerciales” en el Congreso de UNIDROIT, Bs. As., 1998.

(25) En algún trabajo de nuestra autoría hacíamos algunas reflexiones sobre esas proyecciones del juego de la autonomía privada en el sistema de integración creado por el Tratado de Asunción de 1991 que diera cuna al MERCOSUR (*vide SAUX, Edgardo I. “Los contratos y la autonomía de la voluntad en el régimen del MERCOSUR”, en la obra colectiva Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra, coordinada por Carlos LÓPEZ FERNÁNDEZ, Arturo CAUMONT y Gerardo CAFFERA, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 2001, ps. 379 y ss.*).

En tal sentido, el Proyecto de Código Civil argentino —unificador de las obligaciones y contratos civiles y comerciales— que el 18 de diciembre de 1998 entregara ante la Secretaría de Justicia de la Nación la Comisión redactora designada a tal fin en el año 1995 (y que citamos por haber sido el último precedente de intento de actualización integral del ya anciano y venerable Código Civil argentino vigente desde 1871), presentaba un nítido reforzamiento de la voluntad privada en todas sus líneas⁽²⁶⁾, sustrato filosófico —no otra cosa es— que ha generado la crítica de alguna prestigiosa doctrina, que lo ha calificado como un verdadero “festival de la autonomía de la voluntad”.

Como muestreo simplemente ilustrativo pasamos revista a algunos matices que lo evidenciaban, y que marcaban con ello tendencias acunadas en la doctrina autoral y judicial más destacada de las últimas décadas:

- En materia de capacidad desaparecía la inhabilitación del pródigo.
- En el caso de interdicción por razones síquicas, no había parámetros legales de incapacidad preordenados, siendo el Juez quien determinará en la sentencia el alcance de la misma en relación con las circunstancias del caso.
- Se limitaba la responsabilidad del Estado por actos lícitos sólo al daño emergente.
- Se mantenía la culpa como eje del sistema de la responsabilidad aquiliana⁽²⁷⁾
- Se optaba por el resarcimiento tarifado de daños (como regla).
- Se reforzaba el valor jurígeno de las condiciones generales de contratación por sobre el entramado subyacente de las normas supletorias o interpretativas⁽²⁸⁾; dándose de tal modo una suer-

(26) Para el caso, contenía una norma que disponía que: “Los jueces no tienen facultades para modificar los contratos, salvo en los siguientes casos: A) A pedido de parte interesada, si lo autoriza la ley; y B) De oficio, si es transgredida una norma indisponible”.

(27) *Vid.* al respecto, en función crítica, J. MOSSET ITURRASPE, “La responsabilidad civil en el tercer milenio. El proyecto de reforma al Código Civil”, en JA, Bole-
tín del 5 de mayo de 1999, p. 6.

(28) Los artículos 964 y 965 del Proyecto asignaban aún a los contratos predis-
puestos (por supuesto que, con mayor razón aún, a los discrecionales) igual eficacia
vinculante “que a la ley misma”, prevaleciendo sus cláusulas por sobre “las normas
legales supletorias y los usos”. No parece compaginable tal criterio con el aprobado

te de prevalencia de la “tipicidad social” (mercantil) sobre la “tipicidad legal” (civil)⁽²⁹⁾.

- Se permitía la aprobación, por el contratante no predisponente, de las cláusulas abusivas aún legalmente calificadas como tales⁽³⁰⁾.
- Se mantenía el sistema tutelar de orden público a favor del contratante más débil (lesión, imprevisión, abuso del derecho, interpretación “contra stipulatorem”, regla del “favor debilis”) sólo con relación a los contratos entre desiguales, de consumo, “en serie” (Galgano), o “no negociados” (Santos Briz); quedando todo ese arsenal al margen en materia de contratos paritarios, o “negociados”, o de “gré a gré” (del art. 1379 del Código Quebequés de 1991)⁽³¹⁾.
- Se permitían las convenciones matrimoniales y la opción por el régimen patrimonial-matrimonial que se quiere escoger.
- Desaparecía la protección de la nuera viuda sin hijos (la cual, paradójicamente, ha sido admitida por la jurisprudencia reciente para el yerno viudo sin hijos, con invocación del derecho de igualdad ante la ley derivado de la garantía constitucional del artículo 16).
- Se reducían las porciones legítimas hereditarias y se aumentaba con ello la autonomía de la voluntad del testador.

En definitiva, quizás la pregunta sea entonces: tal enfoque, nítidamente potenciador del juego de la autonomía de la voluntad, respondía sólo a una opción —entre otras posibles— de un grupo de juristas (o, en palabras de uno de los coautores del Proyecto, el Dr. Julio

por las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997), que declararan que en materia contractual prevalecen sobre la voluntad negocial las normas de orden público sobrevinientes.

(29) Cf. FARINA, Juan M. “Contratos comerciales modernos”, Ed. Astrea, Bs. As., 1994, p. 106.

(30) Proyecto, art. 969.

(31) En ello hay coincidencia con las recomendaciones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Buenos Aires en el año 1997. Para mayores precisiones sobre el tema resulta ilustrativo el excelente trabajo del profesor Atilio Alterini en la “Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay”, T. 80, núm. 2, ps. 283 y ss. (también publicado en Argentina en la Revista Jurídica La Ley, 1998-B, 1172; y de la misma Editorial “Doctrinas esenciales”, T. II, p. 419), titulado “Bases para armar la Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno”.

C. Rivera, de “esta generación de juristas”, relacionando el mismo con sus precedentes de 1987 y los dos de 1992), o el sustrato filosófico del proyecto miraba hacia una realidad circundante en la cual la globalización, la desregulación, la privatización, la dependencia de variables macroeconómicas que exceden las fronteras y la necesidad de reforzar la integración (regional y mundial) así lo imponían?

La respuesta queda abierta.

2. RELATIVIDAD DE LA VIGENCIA PLENA DE LA VISIÓN CLÁSICA DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

En un panorama vinculado al Derecho Comparado, y que indefectiblemente se inordina con la referencia precedente a los perfiles de la autonomía privada como elemento basilar en la génesis y el desarrollo del fenómeno contractual, hay una clara tendencia a apreciar una declinación de la trascendencia que clásicamente se le asignaba al componente subjetivo dentro de la teoría del acto voluntario, a favor de una objetivación que prioriza la voluntad manifestada en la eficacia del negocio jurídico bilateral y en el resguardo de la seguridad jurídica dinámica⁽³²⁾.

Dentro de todo el fenómeno codificador decimonónico latinoamericano (y, singularmente, en el caso del Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, imbuido de un sustrato jusfilosófico liberal, que a mediados del siglo XIX era “progresista”), se plasmó un nítido interés del legislador en resguardar la sana conformación de la voluntad jurídica por vía de la regulación, con pautas más o menos uniformes (y que han subsistido hasta nuestros días), de la llamada “teoría de los vicios del consentimiento”, que tendía al logro de resguardar lo que era por entonces un verdadero paradigma: el dogma de la igualdad negocial⁽³³⁾.

Se ha calificado a tal caracterización de los vicios del consentimiento (vigente en el derecho positivo argentino y en otras codifi-

(32) Nos permitimos remitirnos a algunas digresiones hechas en un trabajo de nuestra autoría titulado “Voluntad Jurídica y Capacidad Civil – Algunas propuestas”, publicado en la Revista *Doxa – Tendencias Modernas del Derecho*, Editora Normas Legales, Trujillo, Perú, 2004, ps. 43 y ss. De igual manera, también en nuestra colaboración titulada “Capacidad civil y voluntad jurídica: un camino a recorrer”, incluida en la obra colectiva de homenaje al Profesor Dr. Benjamín Pablo Piñón editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2004, ps. 269 y ss.

(33) En el Código Civil argentino de 1871, la expresa repulsa de Vélez Sarsfield a la admisión de institutos tales como la lesión jurídica o el abuso del derecho eran claras muestras —entre otras— de tal designio.

caciones latinoamericanas) como “individualista y de perfil casi académico”⁽³⁴⁾

Como se ha señalado con acierto⁽³⁵⁾, el sistema “savigniano”⁽³⁶⁾ de estructuración de una teoría de los vicios del actos voluntario a partir de sus elementos integrativos de su componente subjetivo (discernimiento, intención y libertad) se ha mantenido invariable en todos los proyectos de reforma previos a la ley de reformas de 1968 (así lo fue en el Anteproyecto de Bibiloni de 1926, en el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936, en el Proyecto de Llambías de 1954 y en los Proyectos de Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales de 1987, los dos de 1992 y en el de 1998), a diferencia de lo que acontece en la legislación civilista latinoamericana, que tiende —como lo hacen las propuestas de unificación del Derecho Privado Europeo a las que aludimos infra— a tratar cada uno de los vicios dentro de las figuras negociales particulares en las cuales pueden presentarse⁽³⁷⁾, ya sean actos jurídicos bilaterales o unilaterales.

Con el correr de los tiempos, con la complejidad creciente del fenómeno jurídico integralmente considerado como tal (y, en particular, en el ámbito contractual), y con la aparición del “Mercado” como elemento jurigenético en ámbitos en los cuales antes sólo reinaba el Estado como proveedor exclusivo y excluyente de normas con incidencia en ámbitos convencionales⁽³⁸⁾, a lo que se suma el fenómeno cultural,

(34) TOBIÁS, *La protección de la voluntad...*, ob. cit., p. 970.

(35) Vid. SANTOS CIFUENTES, *Teoría General de los vicios de la voluntad*, La Ley, Bs. As., Argentina, La Ley, 2005-C, 1408.

En Argentina, y con variados fundamentos, han manifestado su oposición a la estructura de los vicios del consentimiento tal como la presenta el Código Civil destacadas voces de la dogmática jusprivatista, como Alfredo ORGAZ (*Hechos y Actos o negocios jurídicos*, Ed. Víctor P. de Zavalía, Bs. As., 1963, p. 58) y Guillermo A. BORDA (*Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 13ª ed. actualizada por su hijo Guillermo J. BORDA, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, T. II, ps. 303 y ss.).

(36) En realidad, como lo apunta con acierto Rubén COMPAGNUCCI DE CASO (*El negocio jurídico*, Editorial Astrea, Bs. As., Argentina, 1992, p. 225) el codificador argentino siguió en ello los pasos de FREITAS en su *Esboço*, y “...este último a Savigny”.

(37) Así sucede, relacionando a los vicios de la voluntad con el régimen de las obligaciones y de los contratos y no como una elaboración dogmática de la parte general, los códigos chileno, ecuatoriano, colombiano, venezolano y uruguayo; en tanto que otros, como el brasileño y el peruano, regulan cada uno de los vicios que son causa de ineficacia de los actos jurídicos, pero sin sentar bases generales.

(38) Son ilustrativas en orden a ello, para el caso, las palabras de Natalito IRTI que el propio Francesco GALGANO transcribe en el prólogo a la traducción española de su obra *El Negocio Jurídico* (Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992), cuan-

jurídico, económico y político que en las últimas décadas —encajado en los tiempos de la posmodernidad— implica la globalización⁽³⁹⁾, aquellos parámetros, tenidos como dogmas de fe durante más de una centuria, se van resquebrajando.

Hemos señalado ya que la clásica preocupación jurídica por la “igualdad” negocial (que se daba por supuesta no mediando incapacidad o vicios del consentimiento) se ha ido trasladando sutilmente hacia el resguardo de la “libertad” contractual, la cual aparece acotada en el contratante no predisponente, en el que es inducido por la publicidad coactiva, el que sufre los efectos del mercado monopólico en el ofrecimiento de productos o servicios, en el consumidor, en el contratante sin opciones en los contratos obligatorios, y, en general, en quien —mayoritariamente, a nivel estadístico— al día de hoy ata su voluntad a un negocio jurídico bilateral y oneroso en el cual sólo ejerce su “libertad de contratar” (e incluso hasta relativamente), pero difícilmente su “libertad contractual” (como autorregulación de los efectos de ese contrato mediante tratativas paritarias con su cocontratante).

Y en tal sentido, y por ello, asiste razón a quienes predicán que la protección de la voluntad individual ya no resulta suficiente con la teoría clásica de los vicios del consentimiento⁽⁴⁰⁾. Como dijera atina-

do alude a que “...actualmente el problema no reside en construir una esfera de autonomía, contrapuesta a la soberanía del Estado, un poder social antitético al poder público. El problema es distinto: ante nosotros no tenemos la poderosa soberanía del Estado, sino la alianza planetaria entre técnica y empresa. Este es el poder real de nuestros tiempos, ante cuya presencia de nada sirve defender la voluntad del particular...”. Y en análoga línea de análisis, el mismo GALGANO en su obra *La Globalización en el espejo del Derecho*, traducción española de Horacio ROITMAN y María DE LA COLINA, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2005, p. 41, expresa que “...más allá de los límites de los Estados está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de “nueva lex mercatoria”, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global...”. El propio destinatario del homenaje que genera esta publicación, el Dr. Ricardo LORENZETTI, ya analiza el tema en su preclara obra *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, particularmente en su capítulo XV (*Análisis crítico de la autonomía de la voluntad privada contractual*, ps. 461 y ss.); así como en su “Tratado de los Contratos”, Parte General, igual Editorial, Santa Fe, 2004, ps. 28 y ss.

(39) “...Los confines de los mercados ya no señalan el confín de los mercados. Estos dejaron de ser nacionales, trascendieron las fronteras y se internacionalizaron como consecuencia del reciente fenómeno globalizador...” (Bernardo Saravia Frías, “Competencia y seguridad jurídica en los Mercados”, *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, entrega del 23/7/01, p. 2).

(40) DE LORENZO, Miguel Federico, “El péndulo de la autonomía de la voluntad”, en la obra colectiva *Derecho Privado*, ob. cit., ps. 454 y ss.

damente de Lorenzo⁽⁴¹⁾, “...lejos parece haber quedado la noble disputa científica entre Emilio Betti y Giuseppe Stolfi relativa al sempiterno conflicto entre voluntad real y voluntad declarada...”

Ya el homenajeado a través de la presente obra, Profesor Ricardo L. Lorenzetti, hace tres lustros atrás⁽⁴²⁾ ponía de resalto que así como los institutos que tienden a proteger al “emisor” de la voluntad contractual (error, ignorancia, dolo, violencia y lesión) tuvieron cara de ciudadanía en la legislación civil decimonónica, más acá en el tiempo, advirtiéndose el carácter recepticio de la declaración de voluntad, se empezó a buscar la protección del “receptor” de dicha manifestación, sobre la base de lo cual, con sustento en la buena fe objetiva y en el principio de confianza, se han elaborado conceptos tales como la doctrina de los actos propios⁽⁴³⁾, la reconocibilidad del error y el consentimiento presunto. Como expresa el citado autor, “...al legislador le interesan cada vez más los datos objetivos, no las intenciones sino las conductas”. El mismo Lorenzetti, en una obra más reciente⁽⁴⁴⁾, recuerda que en la contratación del derecho del consumo por una parte se aprecia que la protección de la confianza depositada por el consumidor debilita la posibilidad de argumentar vicios del consentimiento por parte del proveedor de bienes y servicios (a quien se supone profesional en ello, y además normalmente una persona jurídica, con una estructura de asesoramiento técnica subyacente), y, desde la contracara, las reglas sobre capacidad son escasamente usadas en relación a quien consume, los que en gran proporción son menores (niños y adolescentes).

Coincidimos al respecto con quienes, lúcidamente⁽⁴⁵⁾, ponen de resalto que fundamentalmente la aparición a nivel nacional e internacional de los regímenes (análogos) de tutela de los consumidores y usuarios —en Argentina constitucionalizada desde la reforma de 1994 en el artículo 42 y además regulada legalmente de manera específica— han producido quizás la más notoria de esas alteraciones en el

(41) “Autoría e imputación en el ámbito contractual. A propósito del artículo 473 del Código Civil”, La Ley, 1998-C, 1217, nota n° 10.

(42) *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, ob. cit., p. 473.

(43) Ya las “IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, celebradas en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, en el año 1983, ubicaban las raíces del *venire contra factum proprium non valet* en la buena fe lealtad y en la teoría de la apariencia.

(44) *Tratado de los contratos - Parte General*, ob. cit., p. 332.

(45) TANZI, Silvia Y. y PAPILLÚ, Juan M., “La protección de la voluntad y la contratación moderna”, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, entrega del 17 de junio de 2010, ps. 1 y ss.

régimen estatutario clásico de los contratos, cruzándolo transversalmente con todo un entramado de preceptos imperativos de tutela del débil en la contratación de bienes y servicios (el consumidor) que modifican sustancialmente el diseño clásico del Código Civil⁽⁴⁶⁾

Según Fabricio Crisculo⁽⁴⁷⁾, “...la libertad contractual se limita a la aceptación, declina el contrato dialogal entre las partes y se reducen las posibilidades de acordar el contenido negocial que aparece preestablecido...”

De igual manera, dentro del extendido —cada vez más— fenómeno de la contratación electrónica, se pone de resalto la tendencia hacia la irrelevancia de los “estados subjetivos” del emisor de la voluntad⁽⁴⁸⁾ ante la efectiva imposibilidad de evaluar si el mismo cuenta con capacidad jurídica de obrar para ello, o si media error, ignorancia, dolo, violencia o simulación, o incluso si media algún caso de inhabilidad para contratar. “La expansión de numerosas tecnologías en el campo de la contratación acentuó el problema referido a la indagación de los estados subjetivos: las tarjetas de crédito, los títulos valores, los cajeros automáticos, los negocios masificados, los contratos de consumo, en general han ido deteriorando la utilidad de los vicios de la voluntad como mecanismo protectorio. Gradualmente se ha ido dando primacía a la declaración, a la apariencia, y, en general, a los modos objetivos de evaluación de la expresión de la voluntad”, apareciendo entonces para calificar la eficacia del negocio el concepto de “conducta social típica”⁽⁴⁹⁾.

Dentro de tal contexto, como lo postulan algunos relevantes ejemplos del Derecho Comparado —a los que aludimos infra—, la seguridad jurídica dinámica impone ver la declaración de voluntad materializada por

(46) Sin pretender taxatividades, los autores mencionados en la cita precedente aluden para el caso al plazo de reflexión del artículo 34 de la ley consumerista argentina, a la sanción específica de la publicidad engañosa, al deber reforzado de información (que guarda correlato con el artículo 9° de la ley 22.802 de lealtad comercial); la desolemnización del contrato de consumo (art. 10 de la ley respectiva n° 24.240 con su modificación ulterior por ley 26.361), a la desaparición en dicho ámbito del “dolo bueno” (como aquel admitido por las costumbres comerciales); a la perspectiva de echar mano a la nulidad parcial sólo de la cláusula abusiva pero salvando la eficacia del resto del vínculo contractual (art. 37 de la ley respectiva); e incluso la inclusión por la ley 26.361 de daños punitivos (único caso previsto legalmente en Argentina) aplicables en los supuestos enunciados por el artículo 52 bis; etc.

(47) *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, p. 57, traído a cita por DE LORENZO en *El péndulo...*, ob. cit., p. 453.

(48) LORENZETTI, Ricardo L., *Comercio electrónico*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 2001, ps. 182 y ss.

(49) Ídem, p. 183.

medios electrónicos como recepticia, en el sentido de que lo que cuenta es la regla de la “recognoscibilidad” de la misma por parte del receptor.

La eficacia de los “click wrap agreements” (la aceptación contractual manifestada mediante la mera opresión de un botón del teclado del ordenador) ha sido motivo de juzgamiento en la doctrina judicial norteamericana⁽⁵⁰⁾, estando el análisis centrado no en las condiciones subjetivas propias del aceptante, sino en la real perspectiva de que ese “I agree” responda efectivamente a una oferta recibida y a la posibilidad cierta de conocimiento de las condiciones generales de contratación también involucradas en un documento electrónico⁽⁵¹⁾.

Se ha puesto de resalto, con razón, que en materia de error de derecho la imposibilidad de saber desde dónde opera el cocontratante (en sentido geográfico) relativiza la presunción legal de conocimiento del derecho nacional⁽⁵²⁾; así como que la eventual existencia de engaño (configurativo del dolo como vicio de la voluntad) por parte de uno de ellos hacia el otro hace infrecuente la operatividad de la ineficacia negocial relacionada con dicho óbice a la conformación de una voluntad jurídica “sana” —en términos clásicos—, siendo el ámbito de tutela desplazado hacia la normativa protectoria del consumidor o a las sanciones por publicidad engañosa⁽⁵³⁾.

Cabe recordar, a cuento de lo expuesto, que tanto los artículos 1431 del Código italiano de 1942 como el artículo 3.5 de los “Principios para los contratos comerciales de UNIDROIT” se enrolan en esta tendencia a sustituir la excusabilidad del error esencial como vicio del consentimiento contractual por la regla de la recognoscibilidad, que postula que la contraparte debe haber conocido o podido conocer el elemento esencial sobre el cual recayera ese error.

Tanto Jean Carbonnier⁽⁵⁴⁾ como en Argentina Atilio Alterini y Roberto López Cabana⁽⁵⁵⁾ ponen de resalto que la doctrina de los vicios de la voluntad abandona su concepción individualista en busca de una

(50) Corte Suprema de Estado de California, “Hotmail Corporation vs. Van Money Pie Inc.,” C 98-20064 (ND.CA, 20/4/98), 1998, WL 388389.

(51) “Contratos de consumidores celebrados on line: un antivirus a la jurisdicción internacional”, por Nieve REBAJA y Vanesa LOWENSTEIN, JA, 2004-III-779.

(52) La cual, en el derecho positivo jusprivatista argentino, se deriva del texto de los artículos 20 y 923 del Código Civil.

(53) LORENZETTI, *Comercio electrónico*, ob. cit., p. 185.

(54) *Flexible Droit*, París, Dalloz, 1969, p. 185.

(55) *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1989, p. 50.

protección teleológica más acorde con los requerimientos negociales de los tiempos que discurren, generándose una “verdadera reelaboración de las tradicionales técnicas de protección de la voluntad”⁽⁵⁶⁾.

En análoga línea de pensamiento, se ha dicho que “...el momento central del contrato deja de ser la fusión mística de la voluntad...”⁽⁵⁷⁾ (“meeting of the minds”, al decir de Allan Fasworth⁽⁵⁸⁾) y se lo identifica con la “...congruencia exterior de las declaraciones...”, en un tránsito del “negocio voluntad” al “negocio confianza”, lo cual relativiza la falta de discernimiento, o de intención, o de libertad, o aún de capacidad de obrar, si de las derivaciones del acto se han constituido derechos a favor de terceros que merecen ser resguardados.

Miguel Federico de Lorenzo⁽⁵⁹⁾ lo ejemplifica con el párrafo 2º del artículo 473 del Código Civil argentino —incorporado al texto original por la ley de reformas n° 17.711 de 1968—, el que al convalidar la validez del acto de un interdicto declarado por causas síquicas realizado antes del proceso si la “demencia no era notoria a la época” o no era conocida por el cocontratante y el acto fue oneroso, mantiene en aras a la seguridad jurídica dinámica y a la buena fe negocial la eficacia de un negocio jurídico ostensiblemente realizado sin discernimiento, lo que evidencia que en su opinión la voluntad privada no sea más que “un factor de atribución negocial”, que puede verse confrontado con otros posibles (la buena fe, la apariencia, la autorresponsabilidad).

En tal sentido, como lo postulan Bessone⁽⁶⁰⁾ en Italia, Claudel⁽⁶¹⁾ en Francia y Atilio Alterini⁽⁶²⁾ y Lorenzetti⁽⁶³⁾ en Argentina, la tutela de la voluntad individual ha dejado ya prioritariamente de pasar por los vicios del consentimiento (entre ellos, la ausencia de discernimiento que

(56) GOLDEMBERG, Isidoro; TOBÍAS, José W. y DE LORENZO, Miguel F., *Reformas al Código Civil - Parte General*, dirigida por A. ALTERINI y R. LÓPEZ CABANA, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 149.

(57) BARCELLONA, Pietro, *Diritto Privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 440.

(58) *Contracts*, 3ª edición, New York, 1999, p. 117; criterio con el que coincidiera también ALPA, Guido, *Contrato e Common Law*, Padova, 1987, p. 11.

(59) “Autoría e imputación en el ámbito contractual. A propósito del artículo 473 del Código Civil”, ob. cit., La Ley, 1998-C, 1216.

(60) “Economía del benessere e tutela dei consumatori: un consumerismo per in tempi del capitalismo maturo”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1986, p. 245.

(61) “Le consentement en droit de la concurrente: consécration ou sacrifice?” en *Rivista Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, París, 1999, p. 291.

(62) “Los contratos de consumo”; La Ley, 1993-E, 1059.

(63) *Las normas fundamentales...*, ob. cit., p. 188.

sin ser propiamente tal, implica un “prius” para la capacidad civil de obrar) para canalizarse en la legislación tuitiva del consumidor y de la tutela de la competencia. Una muestra cabal de ello la configura el texto del artículo 34 de la ley argentina 24.240 de Defensa del Consumidor —modificado sustancialmente por la ley 26.361 del 2008— que permite que en los supuestos de venta domiciliaria y por correspondencia, el adquirente —consumidor— pueda dentro del plazo de diez días a contar desde la entrega del bien o celebración del contrato revocar la aceptación “ad nutum” y sin incurrir en responsabilidad alguna⁽⁶⁴⁾, y sin tener que invocar vicio alguno del consentimiento, lo cual ha sido interpretado como una manera de resguardar la voluntad jurídica prestada “en una situación forzosa”, y que la misma cumpla iguales consecuencias que la manifestada en un proceso contractual ordinario⁽⁶⁵⁾.

Probablemente, de alguna manera, todas estas nuevas realidades negociales determinen que la concepción clásica de los vicios del consentimiento como elementos obstativos a la conformación de una voluntad jurídica negocial válida y eficaz (de claro tinte individual, subjetivo y psicológico), deba ser mirada con nuevos ojos y requiera del intérprete, frente al caso concreto, del “juicio de ponderación” postulado por Robert Alexy⁽⁶⁶⁾, o del “balancing test”⁽⁶⁷⁾ de la doctrina judicial norteamericana⁽⁶⁸⁾, entendidos como la necesidad de sopesar la entidad del sacrificio de un principio en relación con la importancia de la satisfacción del otro⁽⁶⁹⁾, y pensando en relación a que como lo postula Ricardo Lorenzetti⁽⁷⁰⁾, “..los defectos del consentimiento deben ser in-

(64) Para mayor abundamiento sobre la norma, ver su comentario por Miguel Federico DE LORENZO en la obra colectiva *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, dirigida por Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2009, T. I, Parte General, ps. 376 y ss.

(65) Cf. ESBORRAZ, D. y HERNÁNDEZ, Carlos, “La protección del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales”, JA, 1997-III-662; así como Javier Wajntraub, *Protección jurídica del consumidor*, Editorial Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., Argentina, 2004, p. 164.

(66) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, primera reimpresión, traducción de Ernesto Garzón Valdéz, ps. 152 y ss.

(67) LARENZ, K. “Metodología de la ciencia del derecho”, 4ª ed., traducción de M. Rodríguez Molinero, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 400.

(68) Vid. SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 11.

(69) Cf. SAUX, Edgardo I. “Conflicto entre derechos fundamentales”, en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, enero de 2004, n° 54, año LIV, p. 285.

(70) *Tratado de los contratos*, ob. cit., p. 333.

terpretados mediante un balance: proteger la expresión de la voluntad real hasta el límite de la confianza suscitada en la otra parte...”

Bajo estas premisas, la dogmática más calificada contemporáneamente propone una nueva mirada sobre las instituciones jurídicas que clásicamente conforman esta estructura de los vicios del consentimiento.

Así, en lo que concierne el vicio de lesión jurídica (objetiva-subjetiva, en la formulación del Código Civil argentino en su artículo 954, que a partir de una ventaja patrimonial desproporcionada e injustificada permite anular o reformular la entidad de las prestaciones cuando media vulnerabilidad de una de las partes y aprovechamiento de esa labilidad negocial por parte del lesionante⁽⁷¹⁾) se extiende su aplicabilidad no sólo a los negocios jurídicos bilaterales onerosos sino también a los unilaterales onerosos y a los “mixtos cum donationem” e incluso a los aleatorios, se postula que la legitimación activa para activarla excede al lesionado o sus herederos y debe sumar a sus acreedores y al Síndico en su quiebra, se postula reducir el plazo prescrito de la acción —hoy quinquenal— a bienal, se afirma que la valoración de la desproporción excede la de las meras prestaciones y se proyecta más arriba, hacia las posiciones patrimoniales de las partes, se dice que cuando la inequivalencia es notable se presumen ambos componentes subjetivos y no sólo el aprovechamiento, se admite de consuno el carácter meramente enunciativo de los estados de vulnerabilidad⁽⁷²⁾, se expande la tutela a la actuación por sorpresa que contemplaba el Proyecto de Código Unificado de 1.998; etc.⁽⁷³⁾. Viene al caso recordar que la noción de “gross disparity” normada en el artículo 3.10 de los Principios de UNIDROIT pareciera separar los componentes de su equivalente en nuestra lesión objetiva-subjetiva, generando interpretaciones disímiles respecto a si es factible activar el instituto sólo con la primera, tal

(71) Inmodestamente —ya que la bibliografía sobre el tema es rica y calificada— me permito remitirme para mayor abundamiento a un trabajo de mi autoría titulado “Vigencia y actualidad de la lesión jurídica”, incluido en la obra *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, publicada por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Argentina, año 2000, volumen II, ps. 383 y ss.

(72) Para la ley argentina, “necesidad, ligereza o inexperiencia”.

(73) *Vid.* TOBÍAS, “La protección...” ob. cit., p. 971. Asimismo, tales pautas expansivas —en consonancia con muchas de las previsiones que sobre la lesión jurídica contenía el citado Proyecto de Código de 1998— fueron votadas por mayoría en la Comisión n° 1 de las “XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, realizadas en la Universidad Nacional del Litoral, ciudad de Santa Fe, Argentina, en el año 1999 (ver la publicación “Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 183.

como sucediera en sus orígenes latinos con la “lesio ultra dimidium” o la “lesión enorme o enormísima”, que cuantificaba desproporciones.

En lo que concierne al dolo —como vicio del acto voluntario, aquel que en la legislación argentina aparece caracterizado por el artículo 931 del Código como el engaño, ardid, maquinación o astucia de una de las partes o de ella con un tercero para mantener en la ignorancia o inducir a error a la otra— se propone una mirada expansiva, que sobrevuele la inducción al error o a la ignorancia, y que se correlacione con aspectos tales como la publicidad engañosa, la captación de la voluntad, la sugestión, la acentuación de los deberes de información (sobre todo en materia de contratos consumeristas y en actividades profesionales respecto del paciente, cliente o profano), la previsión del dolo omisivo (o reticencia, según el contrato de seguro) para los sistemas jurídicos que no lo contemplan o incluso la irrelevancia de la inexcusabilidad del error causado para que el dolo se configure.

Respecto de la intimidación (o violencia moral)⁽⁷⁴⁾ también la mirada es aperturista, llevándola más allá de las injustas amenazas de sufrir un mal grave e inminente a hipótesis objetivas como el “miedo o terror ambiental”, derivado de situaciones objetivas de violencia (régimenes despóticos, ocupaciones enemigas, persecuciones discriminatorias a grupos étnicos, religiosos o raciales, etc.), la interpretación de su existencia de “inminente” como “ineludible” (aunque no sea inmediata), o incluso lo que en derecho anglosajón se designa como “economic duress” (intimidación económica)⁽⁷⁵⁾.

López Mesa⁽⁷⁶⁾, con cita de doctrina francesa contemporánea (Nourissat, Willman, Chauvel, Malaurié-Vignal), pone de resalto que este concepto novedoso de “violencia económica” admite la perspectiva de emanar no sólo de parte de una persona física sobre otra, sino también de una persona jurídica y aún ser ejercida sobre la sociedad en su conjunto; señalando que además en la tutela consumerista gala

(74) La cual, para la doctrina mayoritaria, es un vicio de la voluntad que afecta la libertad y genera, si se dan las condiciones que la perfilan, la ineficacia del negocio jurídico bilateral por nulidad relativa, salvo algunas opiniones personales, como la de Marcelo LÓPEZ MESA (“La violencia como vicio de la voluntad”, La Ley, 2005-E, 1237), que postulan que cuando se configura supone un caso de inexistencia misma del acto jurídico afectado (tal como Llambías, para el caso, lo predicaba respecto del acto simulado).

(75) TOBIÁS, *La protección de la voluntad...*, ob. cit., p. 973. También ver TANZI, Silvia Y. y PAPILLÚ, Juan M. *La protección de la voluntad y la contratación moderna*, ob. cit., p. 4.

(76) *La violencia como vicio de la voluntad*, ob. cit., p. 1241.

esta noción se amplía al punto de poder estimarse como corporizada cuando el consumidor se encuentra en estado de debilidad o ignorancia, aun cuando no medie una coacción directa a contratar (lo cual la aproximaría más bien a la lesión objetiva, acotación que corre por nuestra cuenta); así como que el instituto también aparece configurado con estos trazos aperturísticos en materia de regulación anticoncurrencial francesa (en la proscripción de la competencia desleal). De todo ello deriva, no sin algo de razón, que de algún modo la doctrina judicial de ese País ha ido transfiriendo “...el centro de gravedad de la violencia del individuo al mercado”, pautas que incluso legítima con citas de fallos de la propia Corte de Casación.

Se alude asimismo⁽⁷⁷⁾ a que la realidad actual evidencia un claro reforzamiento de las facultades revisoras del contrato desbalanceado por parte del juzgador, cuya “...jurisdicción es función creativa del derecho y no solamente de aplicación del derecho producido por la ley”, marcando la supremacía de la “jurisdicción” sobre la “legislatio”. Análogo idioma postula Alegría⁽⁷⁸⁾, quien señala el imprescindible ensanche de la potestad interpretativa de los jueces en materia convencional, quienes prioritariamente deben dejar de ser meros “dueños de la gestión de los negocios de los particulares” para pasar a indicar “...si están dadas las condiciones de equilibrio y equidad de las prestaciones que eventualmente motivaron el contrato, o decidir cuestiones puntuales vinculadas con el orden público económico, con la moral y las buenas costumbres, que han sido clásicamente límites ordinarios de la actividad contractual”.

A todo ello, como hemos dicho *supra*, se debe adicionar que el elenco de figuras operativas tiende a objetivizarse y ampliarse, involucrando estructuras normativas tales como las tendientes a regular la transparencia del mercado, a evitar el abuso de la posición dominante (concepto quizás derivado del Derecho societario y falencial), o el abuso de la dependencia económica, o la protección específica del consumidor de bienes y servicios, o la transparencia de la publicidad.

Como se aprecia, el panorama es radicalmente distinto al pensado y regulado por el legislador decimonónico.

(77) GALGANO, Francesco, *La globalización en el espejo del Derecho*, ob. cit., p. 130; opinión compartida en Argentina por TOBÍAS.

(78) *La autonomía contractual frente al panorama actual del Derecho Mercantil*, ob. cit., p. 1192.

3. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL DENTRO DE LAS PROPUESTAS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

Si bien pretender pasar revista de manera minuciosa o integral al tema excedería en mucho los alcances de este aporte, sí intentamos hacer un esbozo del reflejo que las digresiones precedentes han tenido en las más recientes propuestas o intentos de unificación normativa contractual europea, que no han sido refractarias a esta realidad⁽⁷⁹⁾.

Por lo demás, cuando pasamos somera revista a las previsiones normativas proyectadas, nos circunscribimos sólo a lo atinente a las causales de ineficacia negocial derivada de los vicios del consentimiento, que es lo que configura el núcleo de este sucinto análisis.

Así, y en tal designio, puede apreciarse lo siguiente:

A) Principios UNIDROIT (2004) – Contratos comerciales.

- El régimen de la invalidez contractual está contenido dentro del Capítulo 3 (“Validez”), sin perjuicio de algún supuesto de invalidez contractual específico tratado previamente (*v.gr.* art. 2.1.20 sobre invalidez de una cláusula “sorpresa”; y del art. 2.2.7 sobre invalidez del contrato celebrado por representación convencional cuando hubiere conflicto de intereses entre mandante y mandatario).

- Se excluye expresamente la invalidez derivada de:

a) Falta de capacidad;

b) Inmoralidad o ilegalidad.

(Con lo cual cabe inferir que la ineficacia se predica sólo respecto de razones atañentes a lo convencional y no a normas legales imperativas).

- Se regula el vicio de error (arts. 3.4 a 3.7), involucrando tanto al de hecho como al de derecho con similares efectos. Se lo califica como relevante e inexcusable, y se cita su inaplicabilidad cuando se asumió el “riesgo del error”. Cuando opera en una declaración, se imputa al declarante; y se priorizan los “remedios por incumplimiento” antes que la anulación del contrato.

(79) De hecho, se analizan quizás las propuestas más difundidas o conocidas, sin computar otras, como las del “Proyecto de Trento” de Bussani y Matei del año 1995; o el “Grupo Von Bar” originado en el año 1998;

- El dolo (3.8) (mediante “maniobras, palabras o prácticas”) incluye la reticencia dolosa.

- La intimidación (3.9) (no incluye “violencia física”) debe ser grave, injusta e inminente, y no dejar alternativas de obrar distintas.

- La excesiva desproporción (nuestra lesión jurídica) (3.10) implica objetivamente una “ventaja excesiva” y subjetivamente el aprovechamiento de la vulnerabilidad (por dependencia, necesidad o inexperiencia), generando o recomposición o anulación.

- Se prevé la ineficacia derivada del error, dolo, intimidación o excesiva desproporción imputables o conocidos por un tercero de quien sea responsable la contraparte (3.11).

- Se contempla la confirmación (3.12) y la pérdida del derecho a pedir la anulación (3.13) por causa de error, si la contraparte cumple en la manera en que la víctima del error hubiera entendido. El art. 3.19 excluye al error del carácter imperativo del Capítulo.

- La voluntad rescisoria debe notificarse (3.14); puede ser parcial (3.16) y tiene efectos retroactivos y restitutorios (3.17); e involucra la eventualidad de resarcir daños y perjuicios (3.18).

- En la Sección 2º (arts. 6.2.1 a 6.2.3) se prevé la “excesiva onerosidad sobreviniente” (“Hardship”) como alteración sobreviniente e inculpable del equilibrio contractual, permitiéndose la renegociación o la anulación (sólo judicial).

- La resolución contractual (art. 7.3.1.) está normada dentro del Capítulo regulatorio de los efectos del incumplimiento.

B) Proyecto Gandolfi (Grupo de Pavía) (2001).

- A diferencia de los principios de UNIDROIT, el Proyecto del Grupo de Pavía no contiene un Capítulo específico vinculado a la ineficacia contractual, estando previstas causales singulares de ella en supuestos también singulares, vinculados a los elementos esenciales del contrato (consentimiento/contenido/forma).

- Así, en el art. 5º (“Disposiciones preliminares”) se alude a que la minoridad, la insania y la falta circunstancial de discernimiento pueden producir la anulabilidad.

- En el art. 7º (“Formación del contrato”) se prevé que el incumplimiento del deber de información —o la información falsa o reticente, que incluye al dolo— genera ineficacia.

- En el artículo 30 (“Contenido”) se prevé ineficacia derivada del objeto ilícito (el que elude una ley imperativa), del “abuso” (nuestra lesión jurídica) y de las cláusulas predisuestas lesivas respecto del consumidor.

- En el artículo 34 (“Forma”) se prevé la nulidad por incumplimiento de la forma especial obligatoria (según nómima artículo 35, *v.gr.* contratos que impliquen transferencias gratuitas u onerosas sobre inmuebles).

- En los artículos 53 y 54 (“Efectos del contrato”) se prevén nulidad por la inserción de condiciones suspensivas o resolutorias ilícitas o contrarias a las buenas costumbres, así como imposibles, o las puramente facultativas.

- El artículo 68 prevé la anulación del contrato consigo mismo que celebra el representando en conflicto de intereses con su mandante.

C) Principios del Derecho Europeo de los Contratos (“Principios Lando”) (2002).

- Como los Principios de UNIDROIT, se asigna un Capítulo específico a la “Validez” del contrato (Cap. IV).

- Se excluye expresamente la ineficacia derivada de ilegalidad, inmoralidad o falta de capacidad (artículo 4.101), con lo cual se la circunscribe sólo a lo consensual.

- Se cita como causal la imposibilidad originaria (material o jurídica) (artículo 4.102).

- Se regulan los efectos del error (artículo 4.103) que debe ser determinante, excusable, y no haberse asumido el riesgo del error.

- Se lo extiende a las imprecisiones en la expresión o transmisión de una declaración (artículo 4.104).

- Como en UNIDROIT sana el error el cumplimiento (“Adaptación del contrato”) (artículo 4.105).

- Se regula el dolo (artículo 4.107) por acción u omisión.

- La intimidación (artículo 4.108) involucra antijuridicidad, amenaza de daño inminente y seriedad en esa amenaza.

- El “beneficio excesivo” (artículo 4.109) —como en UNIDROIT— supone dependencia, relación de confianza, necesidad o impericia negocial, y el aprovechamiento de ello. Se puede adaptar el contrato o declarar su ineficacia.

- Se prevé (artículo 4.110) la ineficacia de las cláusulas no negociadas individualmente.

- Asimismo (artículo 4.111) el error, dolo, violencia o beneficio producido por un tercero de cuyos actos sea responsable una parte.

- Se prevén —como en UNIDROIT— la confirmación, la anulación parcial y la reparación de daños y perjuicios.

- Mediando causal de remedio por incumplimiento, se puede optar por uno u otro régimen (artículo 4.119) Dentro de él aparece la simulación (artículo 6.103) y la Imprevisión (artículo 6.111), como “cambio de circunstancias”. Obviamente, la resolución por “incumplimiento esencial” (artículo 9.301).

D) Reforma del BGB (2002).

- El texto originario del BGB en su Parte General (Título 2º, “Declaración de voluntad”, arts. 116 a 144) regula supuestos genéricos de ineficacia de los actos jurídicos (reserva mental, simulación, error, transmisión incorrecta de la manifestación, dolo o amenazas, defecto de forma, ilegalidad, ilicitud o inmoralidad en el objeto, lesión, confirmación).

- La reforma comprende preceptivas singulares de las obligaciones y de los contratos (en el Libro 2º) con especial referencia a la tutela de los contratos consumeristas (Título 5), los celebrados a distancia, y los vinculados a tipos contractuales específicos (alteración de la base negocial, ineficacia de las condiciones generales, cláusulas abusivas, alteración de obligaciones duraderas por causas importantes, etc.).

E) Anteproyecto de reformas al Code Français (2004).

- En el Capítulo II de la Sección 2º (“Formación del contrato”) se alude al Consentimiento, la Capacidad, el Objeto y la Causa como elementos estructurales; así como la forma cuando es sustancial.

- En el artículo 1111 se mencionan como vicios del consentimiento al error, el dolo y la violencia.

- El error debe ser sustancial y determinante.

- Se involucra genéricamente en el vicio de “violencia” a nuestro régimen de lesión jurídica, entendiéndose como tal la explotación de la situación de necesidad o dependencia y la consecuente ventaja excesiva.

- La nulidad derivada de los vicios del consentimiento es relativa y las causales “son fungibles”.

- En materia de capacidad, se prevén las causales de ineficacia propias de la carencia de capacidad de goce y de ejercicio (sólo aquí los menores y los “mayores protegidos”).

- Respecto del objeto, se prevé la nulidad por ilicitud o por desequilibrio considerable respecto de un consumidor (1122-2).

- En orden a la causa se sanciona con nulidad relativa la ausencia de causa, y con absoluta la causa ilícita (1124-1).

- En relación a la forma, se declara la nulidad —como principio, salvo regularización— de los actos solemnes.

- Se prevé la nulidad de las condiciones imposibles o ilícitas y su proyección sobre la obligación que las contiene (art. 1174).

- En Capítulo autónomo (Sección 6º, arts. 1129 a 1133) se regulan las “sanciones”, diferenciándose la nulidad absoluta de la relativa, la confirmación, la caducidad y la inoponibilidad.

- La resolución contractual se prevé como un efecto de la inejecución de las obligaciones (arts. 1157 a 1160), previéndose el régimen restitutorio y las indemnizaciones.

F) Propuesta de modernización del Código Civil español en obligaciones y contratos (Comisión Díez-Picazo).

- El proyecto contiene un Capítulo especial (IX, arts. 1296/1309) sobre nulidad contractual, sin perjuicio de algunas normas previas como la del art. 1213 sobre ineficacia por excesiva onerosidad sobreviniente o la del 1238 sobre nulidad del contrato sin causa o con causa ilícita; o la del 1263 sobre ineficacia parcial de las cláusulas abusivas en las condiciones generales.

- Las causales de nulidad contractual “estructural” del Capítulo IX se diferencian de la ineficacia derivada de la “Rescisión contractual” (Capítulo X) que involucra esencialmente el fraude pauliano, resaltando que genera sólo inoponibilidad y no nulidad (art. 1.314).

- Las causas de nulidad previstas en el Capítulo IX son:

a) Falta de causa o simulación (art. 1226).

b) Falta de capacidad de obrar o de discernimiento (1297).

c) Error esencial de hecho o de derecho (provocado, esencial, no excusable), que se salva por el cumplimiento (art. 1298).

d) Violencia o intimidación, aun de un tercero (art. 1299).

e) Dolo (activo o reticente, grave, determinante y no recíproco) (art. 1300).

f) Lesión (ventaja desproporcionada, aprovechamiento injusto de necesidad o inexperiencia (art. 1301).

g) Error, dolo o aprovechamiento de un tercero vinculado a la otra parte (art. 1302).

h) Se prevén el efecto restitutorio, la confirmación y el privilegio de los incapaces de obrar.

4. CONCLUSIONES

- La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos, alcanzando los actos jurídicos en general.
- Sus funciones primordiales —a nivel contractual— son crear el acuerdo de voluntades, determinar sus efectos y prever la ley aplicable y el tribunal interviniente (si fuera disponible).
- La fuerza jurídica de la autonomía privada deriva no de la ley, sino del concepto jusfilosófico de libertad de la persona.
- La tutela constitucional comprende la protección de la voluntad privada, en tanto no exceda el marco de la licitud.
- La misma se manifiesta tanto en la libertad de contratar (autodeterminación) como en la libertad contractual (autorregulación de efectos).
- En los Códigos decimonónicos, el paradigma de “persona individual” era esencialmente pensado como ente emanador de voluntad (negocial o dominial).
- Como tal preveía, en un enfoque subjetivista, individualista y casi académico, que no mediando vicios del consentimiento todo negocio jurídico era válido y eficaz.
- El fenómeno contractual moderno pone en crisis tales pautas.
- La contratación masiva, los contratos por adhesión y con cláusulas predispuestas, los contratos del derecho del consumo, los obligatorios, los normados, los “marco” o convenio, y la necesidad de buscar pautas protectorias de los vulnerables o “hiposuficientes jurídicos” relativiza esos paradigmas otrora intangibles y abre puertas revisoras legales y judiciales.

- Hay un corrimiento de la tipicidad contractual “*ratione materiae*” a la “*ratione personae*”.
- Paradójicamente, y quizás fuera del ámbito contractual, la autonomía de la voluntad toma nueva fuerza en esferas otrora imbuidas de orden público indisponible (familia, persona, nombre, herencia, capacidad, disposición del propio cuerpo, etc.).
- La aparición del Mercado, la globalización y la complejidad del fenómeno jurídico han evidenciado que la teoría clásica y dogmática de los vicios del consentimiento se muestre insuficiente para cumplir su cometido tutelar.
- Hay un tránsito de la otrora ilusoria igualdad negocial hacia la búsqueda de libertad contractual.
- La manifestación de la voluntad se hace recepticia, e importa más la reconocibilidad que la condición del emitente.
- Tales pautas se patentizan claramente en ámbitos como la contratación electrónica y la tutela de consumidores y usuarios.
- Se está en marcha del “negocio voluntad” hacia el “negocio confianza”.
- Los estados subjetivos son desbordados por estructuras como las de tutela de la competencia, o transparencia del mercado, o resguardo ante la publicidad engañosa.
- Además, se revén los perfiles clásicos de institutos también clásicos: la lesión, el dolo, la violencia, el error.
- Se admiten conceptos tales como el abuso de posición dominante, el de dependencia económica condicionante, el de violencia económica.
- Hay, a nivel contractual, cierto predominio de la “*jurisdictio*” sobre la “*legislatio*”, con reforzamiento de las facultades judiciales de control del orden público de protección, de la moral y de las buenas costumbres en materia convencional.
- Tales pautas tienen reflejo en los proyectos de unificación del Derecho Privado Europeo, y debieran tenerlo en la elaboración de similares estudios a nivel iberoamericano o regional.

EL SILENCIO Y OTROS MEDIOS DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD COMO EXPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL⁽¹⁾

Por Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ⁽²⁾

SUMARIO: 1. La sencillez destaca a la inteligencia. 2. Del origen común al futuro común. 3. Los proyectos europeos. Las Reglas de UNIDROIT. 4. Mirando al futuro. 5. Formas de manifestar la voluntad contractual. 6. Concepto jurídico de “silencio”. 7. Las reglas para la celebración del contrato entre presentes, importa atribuir al silencio eficacia como declaración de voluntad. 8. Valor del silencio en el Derecho Civil y en el Derecho de los consumidores. 9. Sin embargo, es inexigible la actividad del destinatario de una oferta. 10. En ausencia de norma, el silencio sólo vale como manifestación de voluntad contractual si actúa en el marco de una relación jurídica preexistente. 11. En la oferta de contrato no existe una relación jurídica preexistente apta para otorgar validez al silencio como manifestación de asentimiento. 12. Es ineficaz la oferta en la que se prevea que ante el silencio o falta de contestación del destinatario el oferente juzgará aceptada su propuesta. 13. Postulados finales. 14. Colofón.

1. LA SENCILLEZ DESTACA A LA INTELIGENCIA

Conocí al Profesor Lorenzetti a través de su actuación en Jornadas y Congresos jurídicos a fines del anterior milenio.

(1) Trabajo elaborado en el marco de la I Convención Latinoamericana de Derecho Civil *Bases para un Código Latinoamericano de Contratos* realizado en Homenaje a Ricardo LORENZETTI. Lima, noviembre de 2010.

(2) Profesor en la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Miembro de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Grupo de Pavía).

En algún momento coincidimos también como Catedráticos de Derecho Civil —Contratos— de la Universidad de Buenos Aires.

Luego tuve la satisfacción de colaborar con él en una obra jurídica que abordó la emergencia dineraria a consecuencia de la pesificación asimétrica dispuesta por el gobierno argentino.

Finalmente participe con mucho agrado de la actividad con la que se festejó su designación como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que luego devino en Presidente.

Suelo decir a mis amigos que para conocer a una persona hay que darle poder. El poder, la autoridad, facilita que quien la ejerce se muestre tal cual es.

He aplicado esta regla tanto al Profesor Lorenzetti como al Ministro Lorenzetti con resultados muy positivos. El catedrático ocupa el lugar del Ministro, pues el Ministro Presidente suele fundar sus votos más con las razones del catedrático que en la sola autoridad del Ministro⁽³⁾.

Eso es muy importante.

Pero más importante a los efectos del homenaje al que adhiero, es lo expresado en el epígrafe: la sencillez de sus formas destaca a sus virtudes intelectuales.

Ojalá su modelo trascienda al paradigma del hombre público en mi querida Patria.

(3) En particular me gusta recordar su voto (3) en autos Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional, 27/12/2006. Expresa: "Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de compromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento.

Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho".

En síntesis: una situación excepcional de emergencia no justifica el apartamiento de la Constitución Nacional sino que refuerza su aplicación.

2. DEL ORIGEN COMÚN AL FUTURO COMÚN

Rendido el homenaje al que se invitó en este Congreso, paso a desarrollar su temática: bases para un Código de Contratos Latinoamericano.

Latinoamérica se sitúa al sur del Río Grande. A diferencia de los países originados en la colonización anglosajona, los países latinoamericanos se originaron mezclando la sangre latina con la aborígena.

Desde el Río Grande hacia el sur hay una sola religión ampliamente predominante, un idioma altamente predominante, un origen político común. En síntesis, bienes y males en común.

A excepción de Brasil todos los países tuvieron su nacimiento político organizado por la corona española. Y Brasil, primo hermano y vecino, lo fue también de España en la vieja Europa.

En toda Hispanoamérica se juzgó por aplicación de la Nueva Recopilación de 1680, las ordenanzas de Bilbao, y las Siete Partidas⁽⁴⁾.

“Además, la casi totalidad de los países de América Latina se emanciparon en el siglo XIX, y, vistos en la necesidad de darse un derecho privado, incidieron los unos en los otros⁽⁵⁾. Particularmente tuvieron gran influencia en sus legislaciones los códigos de Francia, España, Chile y Argentina.

El código de Francia rigió en Haití desde 1825, en Perú y Bolivia en 1831 durante la confederación Peruano Boliviana, en Santo Domingo en 1844, en Costa Rica entre 1841 y 1888, y en el estado mexicano de Oaxaca durante el año 1829.

El código de España por su parte rigió en Cuba hasta 1987, y rige con modificaciones en Puerto Rico. Influyó mucho en Panamá y estuvo vigente en Honduras en el período no cubierto por el código chileno.

El código de Chile de 1855 rigió en Ecuador desde 1860, Colombia desde 1873, y en esencia en Nicaragua entre 1871 y 1904, en Honduras entre 1880 y 1898; en Venezuela en 1862; en El Salvador en 1859 y con algunas modificaciones en Guatemala en 1877.

Para la elaboración del código chileno se requirió de 15 años de trabajo por una comisión de juristas y Andrés Bello como redactor. Es una clara

(4) La Novísima Recopilación no se aplicó oficialmente a todo el territorio argentino, pues recién se comunicó al Virrey Elío en 1811 (en Montevideo) cuando ya se había producido la emancipación —aunque no la independencia— argentina. Ello no obstante, y por carecer de derecho privado patrio, varias Provincias adoptaron a la Novísima Recopilación como derecho vigente.

(5) *Vid. LAFAILLE, Héctor, Fuentes del Derecho Civil en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1959, ps. 29 y ss.

amalgama de derecho francés y derecho español precodificado, cuya claridad (la claridad es la elegancia de las leyes) sirvió para proyectarlo en el subcontinente.

El Código Civil de la Argentina —primero en estructurarse siguiendo la distinción entre derecho real y personal— rigió en Paraguay hasta 1987, y fue un argentino —Tristán Narvaja— quien elaboró el Código Civil uruguayo, luego del Proyecto de 1851 del uruguayo Eduardo Acevedo que fue, a su vez, coautor del Código de Comercio argentino.

El Código Civil argentino —notoriamente influido por la obra del brasileño Augusto Teixeira de Freitas— a su vez incide, como lo demuestra el Profesor Jorge H. Alterini, en el Código Civil de Panamá de 1916⁽⁶⁾, en el de Filipinas de 1950⁽⁷⁾, en el de Nicaragua de 1904 en el que influye con 878 artículos⁽⁸⁾, en el Anteproyecto español de 1882/1888 y en el Código Civil español⁽⁹⁾ —y por tanto en Puerto Rico— y, finalmente, en el Código Civil japonés de 1898⁽¹⁰⁾.

Se sigue de todo ello que —en opinión de Castán Vázquez⁽¹¹⁾— existe en los hechos una comunidad jurídica iberoamericana que sólo necesita de la unificación legislativa para la creación de una federación americana.”⁽¹²⁾

3. LOS PROYECTOS EUROPEOS. LAS REGLAS DE UNIDROIT

Europa, con muchos países y una lengua por país ha podido generar los Proyectos de Ole Lando, el Anteproyecto de Harvey McGregor y el Proyecto de la Academia de Iusprivatistas Europeos, Grupo de Pavía

(6) ALTERINI, Jorge H. “La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones”, en *La Codificación: raíces y prospectiva*, Bs. As., Ed. El Derecho 2004, T. II, ps. 183 y 33.

(7) ALTERINI, Jorge H. “La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones”, en *La Codificación: raíces y prospectiva*, Bs. As., Ed. El Derecho 2004, T. II, ps. 183 y 33.

(8) ALTERINI, Jorge H. “La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones”, en *La Codificación: raíces y prospectiva*, Bs. As., Ed. El Derecho 2004, T. II, ps. 183 y 33.

(9) ALTERINI, Jorge H. “La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones”, en *La Codificación: raíces y prospectiva*, Bs. As., Ed. El Derecho 2004, T. II, ps. 183 y 33. Refiere los siguientes artículos 1097, 1104, 1105, 1118, 1119, 1144, 1147, 1148, 1153, 1196, 1270, 1890, 1891.

(10) ALTERINI, Jorge H. “La influencia del Código Civil argentino en otras codificaciones”, en *La Codificación: raíces y prospectiva*, Bs. As., Ed. El Derecho 2004, T. II, ps. 183 y 33.

(11) CASTÁN VÁZQUEZ José M. *El sistema de derecho privado iberoamericano*, en CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN VÁZQUEZ, José María y LÓPEZ CABANA, Roberto. *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, p. 171.

(12) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tendencias Actuales en los Códigos Civiles americanos”, en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico.*, vol. 64. N° 4 octubre 2003, ps. 65 a 85.

liderado por el Profesor Giuseppe Gandolfi. Esta Academia ha concluido el borrador de la parte general de los contratos y avanza sobre los contratos en particular.

La materia contractual es —sin duda— la más fácilmente unificable porque, aún hoy se aplican normas jurídicas extranjeras cuando lo dispone el derecho internacional privado. No hay en juego soberanía alguna que se afecte, de la misma manera que no vulnera el concepto la celebración a diario de contratos internacionales.

Pero, tampoco es requerible al sur del Río Grande que las normas unificadas tengan carácter vinculante. Pueden empezar siendo propuestas de aceptación facultativa por los contratantes —como las Reglas de UNIDROIT— y luego de un lapso de tiempo, cuando la práctica las imponga y se haya creado un organismo supranacional que las imponga, adquirir vigencia como derecho positivo.

4. MIRANDO AL FUTURO

Muchos códigos latinoamericanos —incluso el de mi Patria— son anteriores al descubrimiento de la energía eléctrica. Eso no los hace malos, al contrario, su duración ha sido excelente; pero sí los hace antiguos, con normas que omiten la realidad e incluso la contradicen⁽¹³⁾.

Para que un Código dure al menos algunas décadas en esos tiempos de vertiginosos avances tecnológicos, debe referirse a la esencia de las instituciones.

Lo que quiero decir es que así como sería un error definir —en un texto no legal— a una mesa como una tabla sostenida con cuatro patas que se usa para apoyar cosas; porque las hay de tres, de dos o de una pata, e incluso sin patas adosada en la pared, y —por qué no— puede llegar a haber sin soporte tangible alguno, por levitación magnética como funcionan los trenes de alta velocidad. Lo esencial del ser mesa, entonces, es ser una superficie cuya finalidad es apoyar cosas muebles. Desde luego, restaría diferenciarla de las repisas, cristaleros, etc. lo que, por ser ajeno a nuestra finalidad no intentaré hacer.

(13) Como el art. 1605 del Código Civil argentino que dispone: “*Son vicios redhibitorios en las fincas urbanas, volverse oscura la casa por motivos de construcciones en las fincas vecinas, o amenazar ella ruina*”. Esta disposición guardaba alguna utilidad cuando no existía la energía eléctrica. Hoy si hubiese que aplicarla a los inmuebles locados, en las grandes ciudades, serían resolubles muchísimos contratos, sin utilidad práctica.

Por tanto, en cualquier proyecto moderno debería soslayarse, *v. gr.* las referencia a ofertas por teléfono, porque si se atiende a la posibilidad de obtener una respuesta inmediata, entonces, es igualmente válida la oferta por chat, videoconferencia etc.

Sintetizando, los códigos y sus proyectos no deben atenerse a una tecnología determinada⁽¹⁴⁾, sino extraer la esencia de esa tecnología para poder atribuir iguales efectos a las que todavía no utilizamos pero ya están entre nosotros o se vislumbran desde ahora.

En los párrafos siguientes circunscribiré mi análisis a las formas de manifestación de voluntad aptas para sustentar una oferta contractual o su contractual.

5. FORMAS DE MANIFESTAR LA VOLUNTAD CONTRACTUAL

Si bien existe coincidencia en admitir la expresión de una oferta o de su aceptación, verbalmente, por escrito o por signos inequívocos⁽¹⁵⁾, la fórmula es tan comprensiva que abarca todas las situaciones posibles, de suerte que incluso las legislaciones que así no lo disponen, no se oponen a tal concepción.

Queda, sin embargo, lo referido al valor del silencio que, según los casos tendrá o no valor de manifestación de voluntad.

Me refiero a ello en los párrafos siguientes.

6. CONCEPTO JURÍDICO DE “SILENCIO”

El silencio, que latamente consiste en la abstención de hablar, en su acepción jurídica no se circunscribe a la palabra oral y comprende también la ausencia de escritura y de cualquier otro acto⁽¹⁶⁾ capaz de interpretarse en forma inequívoca como la expresión de voluntad de una persona⁽¹⁷⁾.

(14) *Vid., v.gr.*, la referencia al telégrafo en México DF art. 1811; Proyecto de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía art. 11, 2; Uruguay art. 1265; Guatemala art. 1524; Paraguay art. 676.

(15) *Vid.*, Cód. de Bolivia, art. 453; de Perú art. 141, México DF art. 1803; Costa Rica art. 1008.

(16) Por eso resulta objetable por sobreabundante la referencia a “la omisión” que efectúa el art. 49.1 del Código Civil de Cuba.

(17) Cf. GALLI, Enrique V. “Valor jurídico del silencio” en *Anales* de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. de La Plata, 1927, p. 107, en p. 108; BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho civil argentino. Parte general*, T. II, núm. 821, p. 73, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1965; NOVILLO SARAVIA, Lisardo (h.), *El silencio en*

En sentido coincidente respecto a que la omisión configura de manifestarse silencio, el Fundamento al art. 216 del Proyecto de Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico expresa:

”El silencio, que en sentido lato consiste en la abstención de hablar, en su acepción jurídica no se circunscribe a la ausencia de palabra oral y comprende también la ausencia de escritura y de cualquier otro acto capaz de interpretarse como una forma de expresión inequívoca que permita inferir la voluntad de una persona.”

Algunos códigos civiles latinoamericanos refieren al silencio para restringir su valor como manifestación de voluntad. Así, *v.gr.* el Código Civil de Brasil (art. 111) dispone que importa asentimiento cuando las circunstancias o la costumbre lo autorizan y no fuese necesaria una declaración de voluntad expresa. El de Bolivia (art. 460) en términos similares. El de Perú (art. 142) importa declaración de voluntad cuando la ley o el convenio se lo atribuyan. El Cód. de Cuba (art. 49.1), dispone “*La omisión y el silencio tiene los efectos que determinan las normas jurídicas en su defecto, los que les conceden las partes en el acto jurídico de que se trate*”.

Finalmente el Cód. Civil argentino (art. 919) prescribe:

“El silencio opuesto a actos o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes”

Por su parte el Proyecto de Código Civil de 1998 en el Fundamento N° 167 *in fine* expresa:

“El silencio importa aceptación cuando hay un deber de expedirse que resulta de la voluntad de las partes, o de circunstancias particulares como los usos o las relaciones anteriores de aquéllas (Código Civil quebequés de 1992 [artículo 1394]).

Y su artículo art. 249 prevé:

“Manifestación de la voluntad. La voluntad puede exteriorizarse oralmente, por escrito, por la ejecución de un hecho material comenzado o

la formación de los actos jurídicos, Córdoba, Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Univ. Nac. de Córdoba, año V, 1941, p. 55; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa*, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, ps. 537 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El silencio en la formación de los contratos”, La Ley, 1991-A, 986; SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 200, ps. 466 y ss.

consumado, o por cualquier otro modo directo. La expresión tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre, pero no es eficaz cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.

El silencio puede ser juzgado como asentimiento a un acto o a una interrogación cuando existe deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos del tráfico o de las relaciones anteriores de aquéllas”.

Ya en el estricto ámbito contractual el art. 931, propone:

“Aceptación por el silencio. El silencio importa aceptación cuando existe deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las relaciones anteriores de aquéllas”.

El reciente proyecto de Código Civil para el Estado Libre Asociado de Puerto Rico⁽¹⁸⁾ propone (art. 215):

“Manifestación de voluntad. La declaración positiva de voluntad sólo puede exigirse por disposición legal o contractual.

La manifestación oral de voluntad puede efectuarse en cualquier idioma.

La manifestación de voluntad por escrito se rige en cuanto a sus requisitos y eficacia por lo dispuesto en este Código respecto a la forma y prueba de los actos jurídicos.

(18) Puede leerse en www.leivafernandez.com.ar.

Puerto Rico fue territorio español hasta que debió ser cedido a los Estados Unidos de América a consecuencia del resultado de la guerra hispano-americana. Estados Unidos le permitió conservar sus instituciones jurídicas en cuanto no contradijeran el derecho estadounidense. Entre las instituciones que conservó figura su Código Civil, que es el de España de 1889 (vigente en Puerto Rico desde 1890), a excepción de modificaciones introducidas en el derecho de familia, para adecuarlo a las normas de la Unión.

La Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico fue creada por ley del año 1997 en el ámbito de la Asamblea Legislativa con la finalidad de dotar al Estado Libre Asociado de Puerto Rico de un Código Civil que constituya un cuerpo de derecho privado adecuado a esta época.

El Proyecto — que por ahora constituye un documento de trabajo — consta de un Título Preliminar, el Libro I que trata de las Relaciones Jurídicas, bajo cuya denominación se regula lo referido a la persona, los bienes y hechos y actos jurídicos, el Libro II (Derecho de Familia), Libro III (Derechos Reales), y los Libros de Obligaciones, de Contratos, de Sucesiones y de Derecho Internacional Privado.

Hasta marzo de 2004 se han presentado a la Asamblea Legislativa el Título Preliminar, y los Libros I y III. Sobre su contenido se están desarrollando vistas públicas con los sectores interesados de la sociedad puertorriqueña.

Está previsto presentar los restantes Libros en los meses venideros.

El Profesor Luis F. P., Leiva Fernández elaboró lo referido a los hechos y actos jurídicos y a los contratos en general, y — sin perjuicio de otras colaboraciones — fue especialmente consultado en lo atinente a la regulación del derecho de retención.

La manifestación de voluntad por signos inequívocos, para ser tal, debe recaer sobre un objeto determinado y en un contexto habitual. El lenguaje gestual se considera manifestación de voluntad por signos inequívocos.”

Como fundamento a dicho precepto se lee:

“La manifestación expresa de voluntad sólo puede exigirse en virtud de disposición normativa⁽¹⁹⁾.

De tal modo, se resta eficacia a todo requerimiento comercial en el que se exige del particular aceptar o rechazar un producto o servicio. V. Leiva Fernández, Luis F. P., “El silencio en la formación de los contratos (Si usted no manda este cupón...)” en *La Ley*, 1991-A, 986.

Por su parte el art. 216 prevé

“El silencio. Manifestación tácita de voluntad. El silencio frente a un acto o a una interrogación no es considerado manifestación de voluntad, salvo que exista obligación de manifestarse por disposición legal o contractual, o si las relaciones anteriores entre las partes permiten asignarle indudable valor de asentimiento.

La expresión tácita de la voluntad resulta de los actos por las que se la puede conocer con certidumbre, pero no es eficaz si por disposición legal o contractual se exige una manifestación expresa.

Merece párrafo aparte el Proyecto de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía que en su art. 16 prevé:

“1. La aceptación está constituida por una declaración o un comportamiento que expresan claramente la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta.

2. La aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma.

3. El silencio y la pasividad solamente equivalen a la aceptación:

a) Cuando así ha sido previsto por las partes, o puede deducirse de la existencia de relaciones que hayan mantenido entre sí, de las circunstancias o de la costumbre;

(19) Cf. SAVIGNY, F. C. *Sistema del derecho romano actual*, trad. por Ch. Guenoux, Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, Madrid, Ed. Góngora y Compañía, T. II. N° 132 ap. III, p. 314; VON TUHR A. *Tratado de las obligaciones*, Madrid, Ed. Reus.1934, T. I, p. 140; ENNECCERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLF, Martín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, trad. Puig Brutau José Barcelona, Bosch, 1950, T. I, vol. 2, p. 121; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1978, T. II vol. I, p. 62; de CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985 ps. 69 y 70; Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 151; VÉLEZ TORRES, José Ramón, *Curso de derecho civil*, San Juan. Univ. Interamericana de Puerto Rico, 1990, T. IV, vol. II, p. 45.

b) Cuando la oferta tienda a celebrar un contrato del que se deriven obligaciones únicamente para su autor.

4. En el caso previsto en la letra b del apartado precedente, el destinatario puede rehusar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del asunto o por la costumbre. En ausencia de tal rechazo, el contrato se perfecciona.

5. El autor de la oferta, si da su confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar perfeccionado el contrato aunque haya tenido conocimiento de su aceptación en una fecha posterior al plazo previsto por el art. 15 apartado 3, o aunque la aceptación no haya sido conforme a la forma y modalidades previstas en la oferta.

6. Una aceptación no conforme a la oferta equivale a su rechazo y constituye una nueva oferta, salvo lo previsto en el apartado siguiente.

7. Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no modifican substancialmente la oferta por referirse a aspectos marginales del negocio, y el autor de la oferta no comunica rápidamente su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera perfeccionado conforme a la aceptación.

8. La aceptación puede retirarse, siempre que la correspondiente declaración llegue al autor de la oferta antes o al mismo tiempo que la propia aceptación.”

7. LAS REGLAS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ENTRE PRESENTES, IMPORTA ATRIBUIR AL SILENCIO EFICACIA COMO DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

A las regulaciones referidas deben sumarse aquellas que distinguen el régimen aplicable a la celebración del contrato entre presentes y entre ausentes.

Más allá de lo que se disponga en términos generales sobre el silencio, disponer, que en el contrato entre presentes, la oferta debe ser aceptada inmediatamente implica atribuir valor legal al silencio en el caso especial regulado. Es el caso, por ejemplo, previsto en el art. 1151 del Código Civil argentino que dispone:

“La oferta o propuesta hecha verbalmente, no se juzgará aceptada si no lo fuese inmediatamente; o si hubiese sido hecha por medio de un agente, y éste volviese sin una aceptación expresa.”

Con el mismo alcance —establecer un caso legal de eficacia del silencio— pero con conclusión opuesta cabe citar el caso previsto en el art. 1381 del Código Civil peruano que para el supuesto en que no se acostumbre la aceptación expresa reputa concluido el contrato (es decir aceptado) si la oferta no fue rehusada sin dilación.

8. VALOR DEL SILENCIO EN EL DERECHO CIVIL Y EN EL DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

El Derecho del consumo, o de los consumidores, es una realidad cuya alma es el derecho comercial y su cuerpo derecho civil. Por eso, aunque la finalidad sea unilateralmente comercial, se aplican normas tuitivas propias del derecho civil.

Lo referido al consentimiento en el ámbito del derecho del consumo se juzga por los principios del derecho civil, y por ende, las reglas que se aplican sobre el valor del silencio son las del Código Civil.

Sin embargo, la realidad económica a la que se aplican esas normas no es la del Código Civil, sino la de un devenir intrusivo en el que la inmisión cotidiana abre las puertas, y también las ventanas, a la masiva celebración de contratos de adhesión.

Como manifestación abusiva de lo expresado se observa desde hace un par de décadas, en el cumplimiento de contratos de tarjetas de crédito, la oferta de formación de otros contratos absolutamente ajenos al uso que el titular de la tarjeta ha hecho de la misma.

No habría hasta allí nada objetable pues la modalidad descripta sería el equivalente a cualquier catálogo o muestrario de productos adquiribles por intermedio de una tarjeta de crédito, celebrándose la operación en forma epistolar e incluso telefónica.

Pero, en el caso que señalo se añade a la oferta una cláusula mediante la cual se hace saber al destinatario que

“si no remite el cupón que se adjunta en determinado tiempo se juzgará aceptada la oferta y prestado su consentimiento, por lo que resultará celebrado el contrato, y por tanto, se le enviará el bien, debitándose su valor de la liquidación mensual”.

A poco que se analice, resulta claro que de extenderse esta práctica debería dedicarse una importante fracción de tiempo y esfuerzo en remitir cupones a cientos de oferentes so pena de resultar contratantes de múltiples bienes y servicios no buscados.

El Código Internacional de prácticas leales en materia de publicidad, redactado por la Cámara Internacional de Comercio, en 1973, que regula el ejercicio ético de la actividad publicitaria estipula en su art. 1.A.IV.:

“Toda publicidad buscando provocar una venta forzada queda prohibida. Este método consiste en ofrecer o enviar productos que no han sido solicitados por el cliente, a quien se le exige el pago a menos que los rechace

o devuelva en un breve plazo o a quien se lo coloca en creencia de que está obligado a aceptarlo”⁽²⁰⁾

Esta valoración efectuada por los profesionales de la publicidad para todo marco legislativo es suficiente para calificar esta práctica como “*captación dolosa de la conclusión de un contrato*”⁽²¹⁾.

9. SIN EMBARGO, ES INEXIGIBLE LA ACTIVIDAD DEL DESTINATARIO DE UNA OFERTA

Frente a la ausencia de una previsión legal que otorgue valor al silencio como manifestación de voluntad, tal efecto sólo puede provenir de la voluntad de las partes o del silente. En la Argentina⁽²²⁾ por aquello que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda (...)” (art. 19, Constitución Nacional).

En sentido similar puede recordarse a Savigny, fuente del art. 919 del Cód. Civil argentino en cuanto expresa: “*ninguno tiene el derecho... de forzarme a una contradicción positiva*”⁽²³⁾.

Esta concepción es claramente seguida por von Thur quien concluye en similar sentido al expresar que “*nadie está obligado a contestar a preguntas u ofertas espontáneas*”⁽²⁴⁾, Puig Brutau y Enneccerus, Kipp y Wolff quienes señalaban que “*nadie puede imponer a otro la carga de contestar*”⁽²⁵⁾.

(20) Cf. ZAVALA RODRÍGUEZ, J. C. “Normas de ética dictadas por los profesionales de la publicidad” en Rev. del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 12, p. 333.

(21) Cf. CAMPOAMOR, Clara, “Del silencio como tácita manifestación de voluntad”, JA, 1947-I, 7.

(22) V. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

(23) SAVIGNY, F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. por Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley Madrid, Ed. Góngora y Compañía, T. II, núm. 132, ap. III, p. 314, V. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

(24) VON TUHR A. *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces Madrid, Ed. Reus. 1934, T. I, p. 140; LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picaven, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado. 1978, p. 487; ALTERINI, Atilio A. en LLAMBÍAS, J. J. *Código Civil anotado*, Bs. As., Ed. Perrot, 1982 T. III-A, p. 39. V. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

(25) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil. Parte general*, I-2, p. 121, Barcelona 2ª ed. anot. por Pérez y Alguer, 1950; y PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Ed. Bosch, 1978, T. II, 2ª ed., vol. I, p. 62; V. SPOTA,

**10. EN AUSENCIA DE NORMA, EL SILENCIO SÓLO VALE
COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD CONTRACTUAL SI
ACTÚA EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN
JURÍDICA PREEXISTENTE**

Para atribuir eficacia al silencio como manifestación de asentimiento contractual es requerible la preexistencia de la relación jurídica en la que se haya expresado la voluntad en forma positiva. Así —únicamente— es que el silencio actual adquiere relevancia frente a las declaraciones precedentes (art. 919 del Cód. Civil argentino)⁽²⁶⁾, debiendo entenderse a la voz “*declaraciones*” en sentido literal⁽²⁷⁾ como resulta de su fuente en Savigny.

Es el típico caso de la actividad entre comerciantes que mantienen relaciones periódicas de negocios, en los que el silencio actual adquiere relevancia porque así han sido las reglas de juego entre ellos hasta ese momento⁽²⁸⁾. Es lo que sucede por ejemplo en los contratos de suministro periódico⁽²⁹⁾.

Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

(26) Cf. VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces Madrid, Ed. Reus. 1934, T. I, p. 140; LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picavea Madrid, Ed. Rev. de Dcho. Privado 1978, p. 487; GALLI “Valor jurídico del silencio” en *Anales de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. de La Plata*, 1927, p. 15, núm. 33, y, p. 121 con cit. de Demogue; ALTE-RINI Atilio A. en LLAMBÍAS, J. J. *Código Civil anotado*, Buenos Aires Ed. Perrot, 1982 T. III-A, p. 39, com. al art. 1146 N° 5; NOVILLO SARAIVA L. (h.), *El silencio en la formación de los actos jurídicos*. Córdoba, Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Univ. Nac. de Córdoba, año V, 1941, p. 55, p. 84; SOTO, Héctor M. “Relevancia jurídica del silencio: el artículo 919 del Código Civil” en *La Ley*, 1989-D, 1272; también CNCiv., sala F, agosto 7-969 en ED, 30-744 o *La Ley*, 137-387.

(27) Cf. SOTO, Héctor M. “Relevancia jurídica del silencio: el artículo 919 del Código Civil” en *La Ley*, 1989-D, 1272.

(28) Cf. LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1953, p. 79 nota 69 LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto J. MAYO Jorge, Bs. As. *La Ley-EDIAR*, 2009 T. I, nota 75 en p. 127; Díez PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1993, p. 152.

(29) Cf. de CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas 1985, p. 69; VÉLEZ TORRES, José Ramón, *Curso de derecho civil*, San Juan. Univ. Interamericana de Puerto Rico, 1990, T. IV, vol. II, p. 44 con cita del TS español del 14 de junio de 1963; LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1953, p. 79 nota 69 LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto J. MAYO Jorge; íd., *La Ley-EDIAR*, Bs. As., 2009, T. I, nota 75 en p. 127; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 1964, T. IV, vol. 1, N° 142, p. 105.

En esta hipótesis, las relaciones de negocios habituales hacen presumir el acuerdo de voluntades⁽³⁰⁾.

De allí que se haya resuelto que no puede juzgarse que haya mediado consentimiento ante las interpelaciones de la contraparte si se trata de reclamos extraños a las obligaciones pactadas⁽³¹⁾.

Sólo mediando una declaración precedente

“su comportamiento al no hacer, hace inferir que quiere el resultado que el silencio comporta. Atribuirle valor se funda en el principio de contradicción, es decir que negarle valor sería incompatible con la actitud del que calla, pues si no quisiera el efecto habría manifestado su voluntad contraria”⁽³²⁾.

Es decir, que el silencio adquiere relevancia a partir de un juicio lógico de contradicción⁽³³⁾.

De tal suerte, la previsión del art. 1146 del Cód. Civil argentino no constituye una excepción al principio del art. 919 del Cód. Civil puesto que la referencia al “no hacer” debe entenderse como referida al cumplimiento de una obligación que tenga como objeto ese tipo de prestación⁽³⁴⁾.

11. EN LA OFERTA DE CONTRATO NO EXISTE UNA RELACIÓN JURÍDICA PREEXISTENTE APTA PARA OTORGAR VALIDEZ AL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE ASENTIMIENTO

El valor que se puede atribuir al silencio en el marco de un contrato particular —verbigracia de tarjeta de crédito— no puede exceder al de las vicisitudes que puede sufrir ese mismo contrato (*v.gr.* guardar

(30) Cf. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires Ed. La Ley, 1964, T. IV, vol. 1, núm. 142, p. 104 en p. 105; V. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

(31) Cf. CNCiv., 2ª Cap., diciembre 27-949 en La Ley, 57-784; y ROMERO DEL PRADO, Víctor N. en SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general Buenos Aires, Ed. TEA, 1954, T. II, N° 1590, p. 212, en p. 214 nota 24 “e”.

(32) GALLI Enrique V. “Valor jurídico del silencio” en *Anales de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. de La Plata*, 1927, ps. 117 y 118.

(33) Cf. NOVILLO SARAVIA, Lisardo (h.), *El silencio en la formación de los actos jurídicos*. Córdoba, Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Univ. Nac. de Córdoba, año V, 1941, p. 79.

(34) Cf. VON TUHR, A. A. *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces Madrid, Ed. Reus. 1934, T. I, p. 139; SOTO, Héctor M. “Relevancia jurídica del silencio: el artículo 919 del Código Civil” en *La Ley*, 1989-D, 1272; V. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

silencio frente a la liquidación presentada por la empresa prestataria del servicio), y en modo alguno puede resultar eficaz para concertar una nueva relación contractual diferente.

Por ende, el silencio guardado por el destinatario de la oferta no puede interpretarse como asentimiento porque no existe previsión contractual alguna previa que así lo autorice, ni disposición legal, ni puede inferirse del desempeño de las partes en la relación contractual previa que resulta ajena a la propuesta en la oferta que se formula.

Otra sería la solución si existiese un vínculo contractual previo en cuyo caso el silencio adquiere relevancia según se lo hayan asignado las partes en su desempeño contractual, máxime en materia comercial, donde los usos y costumbres —“objetivos”, no los de los sujetos en particular— constituyen fuente del derecho⁽³⁵⁾.

Las ofertas que contienen una previsión en el sentido que “si el destinatario no manifiesta expresamente su voluntad de rechazarla se considerará aceptada”, son formuladas fuera del contexto de una relación jurídica previa que le otorgue sustento.

Esto es así porque no puede atribuírsele ese alcance al contrato de tarjeta de crédito cuya finalidad reside en facilitar el pago de bienes adquiridos por contratos celebrados por el titular de la tarjeta con los terceros comerciantes adherentes al sistema, y no generar esos contratos.

Es decir, que el contrato de tarjeta de crédito tiene por finalidad facilitar el cumplimiento de obligaciones previamente asumidas por el titular de la tarjeta frente a terceros, y no hacer nacer esas obligaciones⁽³⁶⁾.

Clausulas tales sólo pueden adquirir relevancia frente a la propia declaración previa del luego silente, lo que resulta difícil de imaginar, ya que por tratarse de la instauración misma del vínculo contractual, no existe —obviamente— relación jurídica previa.

Esta hipótesis constituye uno de los dos medios admitidos por la doctrina⁽³⁷⁾.

(35) *Vid.* en tal sentido a la generalidad de la doctrina nacional cit. En particular ver DE GASPERI, Luis, “Tratado de las obligaciones, en el derecho civil paraguayo y argentino”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945, T. I, núm. 261, ps. 215 y 216, por remisión hecha en p. 221 *in fine*.

(36) Cf. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

(37) Cf. SOTO, Héctor M. “Relevancia jurídica del silencio: el artículo 919 del Código Civil”, en La Ley, 1989-D, 1272.

El otro medio lo constituye una aplicación de la doctrina de los propios actos y consiste en el supuesto en que el actual silente haya provocado la oferta con sus dichos o hechos⁽³⁸⁾, por ejemplo, si solicitó la remisión del bien a prueba⁽³⁹⁾.

Este supuesto se advertía con claridad en el Proyecto de Reformas del Código Civil argentino de 1936 cuyo art. 137 en lo pertinente se refería al: “*silencio actual y la conducta anterior del agente*”, debiendo entenderse por “*agente*” al ahora silente⁽⁴⁰⁾.

12. ES INEFICAZ LA OFERTA EN LA QUE SE PREVEA QUE ANTE EL SILENCIO O FALTA DE CONTESTACIÓN DEL DESTINATARIO EL OFERENTE JUZGARÁ ACEPTADA SU PROPUESTA

En síntesis, la actividad unilateral del oferente no puede, para la formación de un contrato entre ausentes, otorgar validez al silencio como manifestación de asentimiento. Tal es la solución dada en doctrina⁽⁴¹⁾.

Es el sentido que corresponde atribuirle al precepto que Puig Brutau señala como vigente en el Estado de Nebraska (EE.UU.) que dispone:

(38) Cf. NOVILLO SARAVIA, Lisardo (h.), *El silencio en la formación de los actos jurídicos*. Córdoba, Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Univ. Nac. de Córdoba, año V, 1941, ps. 85 y nota 12; SALVAT, R. *Tratado de Derecho civil*. Parte general, 4ª ed., núm. 1769.

(39) Cf. LAFAILLE, Héctor *Derecho civil. Contratos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1953, núm. 64, p. 77; LAFAILLE, Héctor, BUERES, Alberto J. MAYO Jorge, Id., Bs. As. La Ley-EDIAR, 2009 T. I, N° 64, p. 125.

(40) Cf. *Proyecto de Código Civil argentino de 1936*, p. 271, Ed. Kraft. Buenos Aires, 1936.

(41) Cf. SAVIGNY, F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. por Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley Madrid, Ed. Góngora y Compañía, T. II, núm. 132, ap. III, p. 314; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, “*Tratado práctico de derecho civil francés*”. Con el concurso de Pablo Esmein, trad. por Mario Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1946, T. VI, 1ª Parte, núm. 108, p. 137, en p. 140; LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, trad. Miguel Izquierdo y Macías Picavea Madrid, Ed. Rev. de Dcho. Privado 1978, p. 487; DE GASPERI, Luis, *Tratado de las obligaciones, en el derecho civil paraguay y argentino*, Buenos Aires Ed. Depalma, 1945 T. I, núm. 261, p. 215, en p. 216; NOVILLO SARAVIA, Lisardo (h.), *El silencio en la formación de los actos jurídicos*, Córdoba, Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Univ. Nac. de Córdoba, año V, 1941 setiembre-octubre, ps. 20 y 21 y nota 22; LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando, *Teoría de los contratos*. Parte general, Buenos Aires Ed. Zavallía., 1971, p. 97; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Ensayos de Derecho Civil y Técnica Legislativa*, Bs. As., Ed. La Ley, 2007, ps. 537 y ss.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *El silencio en la formación de los contratos*, La Ley, 1991-A, 986; SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, N° 202, ps. 472 y ss.

“Ninguna persona estará obligada en este Estado a pagar los periódicos, revistas u otras publicaciones que le sean enviadas por correo si no se ha suscripto o las ha pedido, ni las que le sean enviadas ni remitidas por correo después de haber expirado el plazo de suscripción a dichas publicaciones, y aunque las haya recibido”⁽⁴²⁾.

Ese es también el alcance que se atribuyó en Francia por vía jurisprudencial al caso en el que un comerciante que había dejado sin contestación la carta de un banquero por la cual éste le hacía saber que lo había incluido en la lista de suscriptores de una emisión de acciones y debitándole el precio de la primera cuota, no estaba obligado ante su silencio⁽⁴³⁾, configurándose un criterio sostenido firmemente en los tribunales franceses⁽⁴⁴⁾.

Queda claro que lo referido sólo es aplicable a los contratos entre ausentes ya que en los celebrados entre presentes, la oferta se considera rechazada si no es aceptada en forma inmediata (art. 1151, Cód. Civil argentino).

Por oposición a lo expuesto por Savigny —referido a ambas modalidades de concertación contractual, entre presentes y entre ausentes— Giorgi sostiene que tal tolerancia pasiva debe, necesariamente interpretarse como consentimiento pues —ejemplifica— un contratista que busca a jornal un determinado número de obreros... si ve que otros obreros se presentan espontáneamente al mismo servicio, sería imposible excluir su adhesión a pagarles el mismo salario que a los primeros⁽⁴⁵⁾.

(42) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona Ed. Bosch, 1978, T. II, 2ª ed., vol. I, p. 62. En el mismo sentido es recordado por MOSSET ITURRASPE, Jorge *Teoría general del contrato*, Rosario, Ed. Orbir, 1970, p. 109, nota 20.

(43) Cf. PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*. Con el concurso de Pablo Esmein trad. por Mario Díaz Cruz. La Habana, Ed. Cultural, 1946, T. VI, 1ª parte, núm. 108, p. 137, en p. 140; y DE GASPERI, Luis *Tratado de las obligaciones, en el derecho civil paraguayo y argentino*, Buenos Aires Ed. Depalma, 1945 T. I, núm. 261, p. 215 en p. 216, texto a nota 21; SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, Nº 202, ps. 472 y ss.

(44) Trib. paix de Moliens-Vidame, julio 5-883; Sena abril 19-893; Douai, marzo 10-874; Tolosa, junio 11-881; Montpellier julio 22-904; Andelys febrero 16-9004; Douai nov. 30-926, cit. por PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Con el concurso de Pablo Esmein trad. por Mario Díaz Cruz. La Habana, Ed. Cultural, 1946, T. VI, 1ª parte núm. 108, p. 134, en p. 140, texto y notas 1 y 2.V. SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, Ed. La Ley, Bs. As., 2009, T. I, Nº 202, ps. 472 y ss.

(45) GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, Madrid, Reus, 1929, T. III, núm. 190, p. 182.

No es ése mi criterio. En el ejemplo dado por el jurista italiano el valor del silencio como manifestación de voluntad se sigue de la propia conducta del contratista.

No se sigue otro resultado de la circunstancia consistente en que luego de enviada la cosa “a prueba” al domicilio del destinatario éste reciba una factura ante la que también guarde silencio⁽⁴⁶⁾ ya que en tal supuesto lo que otorga valor al silencio no es la suma de circunstancias sino la clara referencia que otorga al silencio --como excepción legal al principio del art. 919 del Cód. Civil argentino, el art. 73 del Cód. de Comercio argentino en cuanto dispone que: *“El que deja transcurrir un mes, contado desde la recepción de la cuenta, sin hacer observaciones, se presume que reconoce implícitamente la exactitud de la cuenta(...).”* Si en el caso así presentado el silencio adquiere valor, no es por confrontarlo con las circunstancias que le precedieron —a modo de juicio lógico de contradicción— sino por disposición expresa de la ley.

En síntesis no es la voluntad del oferente la que confiere sentido al silencio de la otra, porque *“ninguno tiene el derecho (...) de forzarme a una contradicción positiva”*⁽⁴⁷⁾, sino que tal obligación sólo puede resultar de las circunstancias, las que, por lo demás, deben interpretarse en forma restrictiva, máxime cuando se trata de instaurar un vínculo contractual.

13. POSTULADOS FINALES

Vecindad, idioma, religión, historia común, otorgan sustento a la elaboración de un anteproyecto de Código de Contratos Latinoamericano, sin que se vea afectada soberanía alguna.

Hasta tanto se atribuya *imperium* a un órgano común, el plexo de normas puede aplicarse en forma voluntaria a modo de las Reglas de UNIDROIT.

En materia de formación de los contratos debe revisarse la conveniencia o inconveniencia de continuar con el sistema de contratación

(46) Comp. ERDOZAIN, Martín L. “Contratos civiles y comerciales” en *Contratos*. Cátedra del doctor Federico Videla Escalada, Buenos Aires, Ed. Zavallía, 1971, T. I, p. 114,

(47) SAVIGNY, F. C. de, *Sistema del derecho romano actual*, trad. por Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Ed. Góngora y Compañía, T. II, núm. 132, ap. III, p. 314.

entre presentes y entre ausentes⁽⁴⁸⁾, e incorporarse preceptos referidos al concepto de oferta y aceptación, tiempo y lugar de celebración, caducidad y retratación de oferta y aceptación, oferta vinculante, y valor del silencio.

A este último respecto debe establecerse la ineficacia de ofertas en las que se prevea que ante el silencio o falta de contestación del destinatario el oferente juzgará aceptada su propuesta.

En la formación de contratos entre ausentes, el silencio únicamente valdrá como manifestación de voluntad (art. 919, Cód. Civil) y consentimiento, cuando el mismo destinatario de la oferta —por sus dichos o actos— haya dado lugar a que ésta se le efectuara.

En el devenir contractual entre ausentes, el silencio valdrá como manifestación de voluntad (art. 919, Cód. Civil) únicamente cuando exista:

a) Una relación jurídica previa entre las mismas partes y sobre el mismo objeto y causa contractual.

b) O una manifestación previa expresa o tácita del propio silente en el sentido que su silencio importará asentimiento.

14. COLOFÓN

La elaboración y aplicación de un Código Latinoamericano de contratos presume un substrato político común, y desde luego, metas aunque sean parcialmente comunes.

No se me ocurre nada mejor para expresarlo que transcribir la leyenda de la primer moneda patria de la República Argentina que aún hoy se reproduce en forma facsimilar en la moneda de curso legal.

En la primera moneda patria argentina se lee: *“En Unión y Libertad”*.

(48) El Proyecto de Código Civil del Estado Libre Asociado de Puerto Rico elimina la distinción.

EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS. LA BÚSQUEDA DE PUNTOS TEÓRICOS DE ENCUENTRO PARA LA VIABILIDAD DEL EMPRENDIMIENTO UNIFICADOR DEL DERECHO PRIVADO LATINOAMERICANO

Por Arturo CAUMONT⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Planteo del Tema: Desafíos de la Armonización y Uniformización jurídicas a regir en comunidades diferenciadas. 2. De la armonización y uniformización como programa a la concreción de una vía inicial para afrontar la faena. 3. Presupuestos de Existencia y Requisitos de Validez: su diferenciación ontológica. 4. Proposición. Bibliografía.

En tributo al entrañable amigo Profesor Ricardo Lorenzetti, pensador crítico y sistemático, jurista de fuste, comprometido con el destino de los vulnerables a cuyo servicio propone un Derecho Civil latinoamericano solidario.

1. PLANTEO DEL TEMA: DESAFÍOS DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIZACIÓN JURÍDICAS A REGIR EN COMUNIDADES DIFERENCIADAS

El suscripto autor ha tenido oportunidad de expresar, con anterioridad, un pensamiento que posee vocación introductoria del presente estudio y que se permite convocar en cita por su adecuación al planteo que se formulará en el desarrollo de esta contribución académica: “La integración entre diferentes no puede marginarse de la búsqueda de

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Miembro académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina. Co-director de la Revista *Crítica de Derecho Privado*, Uruguay.

la asignación de denominadores comunes y de marcos conceptuales teóricos que puedan obrar de referencia y de respaldo a la implementación de todo emprendimiento que involucre fenómenos de unificación respecto de realidades objetivas y subjetivas total o parcialmente distintas. Y así como no es susceptible de buen augurio un fenómeno integrador que no comience por el respeto a la individualidad diferenciada, cierta también es la utilidad que posee la búsqueda crítica y atributiva de valores y de claves comunes que ejerzan, desde su sensatez y admisibilidad, la imprescindible fuerza de atracción que propenda a su internalización por quienes componen los ámbitos diferenciados y al mismo tiempo encuentren valioso emprender un camino integrador al poseer la convicción de que a través del mismo pueden obtenerse logros relevantes para los individuos y sociedades involucradas. En este sentido, todo ámbito de integración, material o inmaterial, físico o intelectual, no puede cimentarse sino en el trazado de los denominadores comunes de los componentes que acuden a la fusión de la cual emergerá una nueva unidad, cualitativamente diferenciada de la individualidad de sus segmentos integrantes, vale decir, con autonomía significacional a partir de los componentes a los cuales necesita para existir pero de los cuales se separa, sin alejarse, desde su propio valor de significación. Un campo de integración resulta ser un ámbito de tensión permanente. Como los actantes de Tesnière en las frases, donde cada vocablo se encuentra en estado de competencia por prevalecer respecto de todos y de cada uno de los demás componentes del segmento sígnico, en lucha por dotar de significado al todo desde su propia dimensión particular, los campos susceptibles de un emprendimiento integrador ofrecen también similar estado de tensión derivado de la lucha de los componentes singulares de cada parte a integrar, además de la lucha que intramuros de cada una de esas partes se libra independientemente del objetivo de integración. Así, las partes a ser conjuntadas en organización armónica plantean en primer término una lucha intrínseca de prevalencia que ab initio torna escabroso el empeño de conjunción y aleja los objetivos de manera ostensible. Y ello más allá de las intenciones subjetivas de los que comporten el intento armonizador, porque allende la voluntad de quienes hayan percibido históricamente la necesidad de tender lazos organizativos en segmentos propicios para su integración, la faena encuentra como materia prima diferencias objetivas específicas que en la preindicada tensión de prevalencia convertirán el emprendimiento en una tarea por demás ardua y para cuya consecución se deban multiplicar progresivamente los empeños sin eventual rédito proporcional al esfuerzo realizado”.

En esta línea de articulación del pensamiento dos vertientes analíticas constituirán la columna vertebral del presente breve análisis investigativo que propone mantener en vigencia la elucubración teórica como herramienta para la cabal inteligencia de los fenómenos negociales, manera pensante que ha sufrido en los últimos años la erosión derivada de la adopción de figuras contractuales en particular y negociales en general provenientes de comunidades pensantes no vernáculas con matrices reflexivas y justificantes absolutamente diferentes a las que han enmarcado y nutrido a los juristas sudamericanos.

En esta línea de presentación, debe ser enfatizada la utilidad esencial que para el Derecho de los actos negociales posee el abordaje que parte de marcos conceptuales creados mediante pensamiento proactivo abstracto y sistémico para arribar a la justificación final de toda figura contractual derivadamente de las nutrientes técnicas provistas por los preindicados marcos teóricos conceptuales de referencia. Este curso de acción intelectual es diverso al que se practica en comunidades de Derecho que justifican sus tipos negociales desde la costumbre y desde la utilidad que esa costumbre atribuye a las convenciones que significan un rédito cierto a sus usuarios. Mientras la justificación científica de los tipos negociales en comunidades de Derecho continental se deriva de su conexión conceptual con los imperativos dimanados de las referencias paradigmáticas que suministra la Teoría General, la justificación de los contratos empleados en la práctica anglosajona proviene de la comprobada utilidad o rédito que la utilización de la figura procura a quienes mediante ella intercambian a satisfacción bienes o servicios.

2. DE LA ARMONIZACIÓN Y UNIFORMIZACIÓN COMO PROGRAMA A LA CONCRECIÓN DE UNA VÍA INICIAL PARA AFRONTAR LA FAENA

Las dos vertientes a que se ha hecho *ut retro* referencia y que constituyen el armazón del trabajo son, por una parte, el análisis crítico del enunciado por el que se propende a la uniformización del Derecho Privado de la América del Sur y, por otra parte, la propuesta de generar un estado de situación armónica entre los ordenamientos particulares a partir de la creación de contornos de referenciabilidad teórica desde los cuales se haga posible la concepción armónica de los fenómenos contractuales, tomando como centro de atención la imprescindible diferenciación técnica entre existencia y validez de los negocios jurídicos en general y de los contratos en particular, distinción que acarreará un necesario tratamiento operacional normativo también desigual para cada una de esas categorías pero con de manera armónica para todos los ordenamientos particulares que se predicán como unifor-

mizables por la consigna unificadora. Expresado en otros términos, el tracto intelectual del presente trabajo recorrerá un trillo crítico para el análisis de la consigna uniformizadora del Derecho de los diferentes países integrantes de la comunidad latinoamericana y un trillo de propuesta de uniformización que parte de considerar a la Teoría General del Contrato como una herramienta cierta para obtener resultados valiosos en la tarea de coordinación de ordenamientos diversos mediante la estructuración de cohesión por construcción de categorías que funcionen como denominadores comunes en cuyas grupas se puedan armonizar plexos regulatorios disímiles.

Las quimeras uniformizadoras no han resultado exitosas cuando ellas no consideraron la importancia del respeto a la diversidad de las partes que se pretendieron reunir en un todo predicado de cohesión y coherencia. Los emprendimientos uniformizantes tienen su suerte echada de antemano si no poseen como impronta vital su vocación estructural por el respeto a la diversidad ontológica de las partes componentes eventuales del todo a cual se pretende arribar por la faena de integración.

No es posible desconocer el valor intrínseco de las paradojas como metodología de acción en sede uniformizadora. La mejor de las tareas de integración uniformizante funda su éxito en la paradoja consistente en el respeto a ultranza de la diversidad para alcanzar la unidad. Y ello porque la verdadera unidad no emerge de una dimensión formal consistente en la igualación de rajatabla; por el contrario, la igualación de los desiguales emergerá del respeto primigenio a los caracteres ontológicos que marcan vitalmente la existencia de diferencias. Por ello es que más que pretender imponer un plexo normativo uniforme a comunidades que se han nutrido históricamente de fondos culturales diversos, de procesos diferentes en materia política y económica, de lenguajes sociales diferenciados, de etnias disímiles, de condicionamientos geográficos distintos, no corresponde sino entender las distancias intrínsecas y respetarlas a efectos de partir de bases satisfactivas de aquellos fondos históricos que constituyen la propia esencia o elan vital de las comunidades objeto de posible uniformización jurídica.

Y así como intramuros de cada comarca resulta clara la existencia de fuertes diferencias entre los pueblos que componen un País, extramuros de cada una de ellas es susceptible de observación empírica, con mayor determinación aún, la existencia de segmentación diferenciada en los ámbitos sensibles de una comunidad, vale decir, en los de sus valores culturales y sociales, circunstancia que se coloca como

severo obstáculo para la obtención de un resultado uniformizador satisfactorio.

El respeto a la diversidad es un presupuesto de razonabilidad para todo emprendimiento de integración en general y de integración jurídica en particular porque de lo contrario la uniformización sólo será un disvalioso estado de sujeción a valores y paradigmas que no son objeto de comunión y, por consecuencia, un pernicioso estado de imposición de conductas que, por cierto, no condice con el fin de facilitación de la coexistencia entre diversos que se busca con toda faena de genuina integración.

Resulta imperioso, pues, tener en lúcida consideración que un emprendimiento complejo como el de uniformización de plexos normativos destinados a regular el curso vital social y económico de comunidades diferentes sólo puede llevarse a cabo con absoluto respeto a cada una de las improntas de identidad de las comarcas a cuyo respecto la tarea se acomete, respeto que debe recostarse de manera necesaria al reconocimiento y detección de las claves de infungible identidad de cada una de las comunidades singularmente consideradas.

Pero como fase superior a la primaria consistente en el preindicado respeto a la idiosincrasia económica, social y jurídica, se debe de inmediato acometer la búsqueda de elementos que constituyan factores de atracción de polos opuestos, vale decir, denominadores comunes que configuren *traits d'union* por los que, como puentes de plata, transiten con fluidez los puntos de encuentro que viabilicen la integración propuesta como consigna y valorada como paradigma de idealidad a ser transformado en acto real.

La búsqueda de puntos de encuentro y de consecuente conexión es el más difícil de los desafíos para el pensamiento iusprivatista pues a través de ella es que se armará el sistema emergente de la concatenación de eslabones diferenciados en un resultado trascendente de la singularidad de cada componente particular y distinto, resultado cualitativamente (a su vez) diverso de sus componentes individuales pero, en bienvenida paradoja, funcionalmente unificador e integrador.

Los denominadores comunes a ser objeto de detección obrarán como nexos coordinadores de la diversidad en la unidad resultante de su ordenación secuencial de sintaxis. Y la configuración específica del sistema integrado devendrá de manera irreversible como resultado de una inteligente búsqueda crítica de los nexos constituidos por los denominadores comunes mediante los cuales se articulará, precisamente, la ordenación armónica de los componentes distintos en un resul-

tado emergente predicado de sistema, de unión sistémica de partes diferenciadas por su singularidad pero armonizadas por su integración crítica. Si bien se observa, toda faena de integración de partes distintas en un todo armónico resulta ser, en el fondo, un emprendimiento sintáctico en el cual los componentes diferenciados puedan reordenarse considerando no sólo la individualidad de cada uno sino asimismo el orden de secuencia en el cual se les agrupa tomando en cuenta la colocación de cada uno respecto de todos los demás (que a su vez son ordenados con el mismo cuidado posicional) en pos de obtener un resultado (sistémico) discursivo que, sin alterar el valor propio de significación de cada eslabón particular, provea un valor propio de significación que trascienda el inconmovido singular de cada partícula.

Con este modelo de acción (rigurosamente extraíble de la Teoría Semiótica) se posibilitará la creación de un sistema jurídico uniformizador por su discurso sin conmocionar las estructuras particulares de cada uno de los componentes, de los cuales se extraerán los elementos denominadores comunes con los que se delinearé el contenido del sistema así gestado.

El pensamiento iusprivatista tiene el desafío histórico de encontrar los puntos de posible conexión entre los ordenamientos disímiles para obtener desde ellos un sistema que los trascienda y al mismo tiempo los amalgame para que sus estructuras particulares se preordenen a cumplir la función regulatoria de la comunidad de comunidades.

3. PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA Y REQUISITOS DE VALIDEZ: SU DIFERENCIACIÓN ONTOLÓGICA

La segunda vertiente sobre la que se desarrolla esta contribución es, precisamente, proponer un punto de conexión, de los muchos que el pensamiento científico privatista irá gradualmente determinando, para elaborar un sistema latinoamericano de Derecho Civil que satisfaga intereses y necesidades propias de una comunidad integrada por sobre la individualidad de los ordenamientos regulatorios contenidos en los plexos normativos particulares de cada País.

En esta línea proposicional, los conceptos específicos de Existencia y de Validez de los negocios jurídicos resultan ser piedras angulares —entre otros conceptos de igual valía teórica— para la construcción de una Teoría General del Contrato con vocación de vigencia sustantiva para un sistema regulatorio de uniforme imperio en el escenario latinoamericano. Una clara delimitación conceptual abstracta de ambas nociones propenderá valiosamente a la estructuración progresiva de una teoría sistémica por cuya virtud se regulen los contratos alcanza-

dos por el fuero de atracción de la organización y ordenación de los tipos negociales que, asimismo, se pergeñen como convenientes y necesarios a los fines propios de la comunidad general a la que se destinen.

En este sentido, la propuesta a formular en el plano teórico y en el corolario nivel de aplicación conceptual consiste en incluir en el diseño regulatorio para América Latina las nociones de Existencia-Inexistencia y de Validez-Invalidéz como categorías diferenciadas en su definición y en su tratamiento operacional normativo a efectos de avanzar valiosamente en los sensibles territorios de la imprescindible precisión técnica que predica de Ciencia al Derecho Civil y a fin de adecuar la realidad jurídica al estado de situación real que resulta hasta lingüísticamente comprobable desde el propio instante en que se repara en la condición claramente sustantiva de la existencia así como en el carácter manifiestamente adjetivo de de la validez.

Obsérvese que no será apropiado mantener en equivalente estado de concepción a la existencia y a la validez, como sucede en el pensamiento de no pocos, cuando la ontología de ambas nociones resulta ser por completo diversa, diferenciación que parte precisamente del carácter sustantivo del fenómeno existencial y de la condición adjetiva de la validez, desde que ésta resulta insusceptible de acaecer como estado sin la existencia a la cual califica. De manera que el propio modelo semiótico aplicable a ambas categorías impide considerarlas iguales ya que de lo contrario se irrespetaría su propia ontología que reside en el carácter calificadorio, y por ende derivado, de la validez y de la invalidez respecto de la particularidad sustantiva, y por ello no derivada, de la existencia y de la inexistencia.

La necesidad jurídica insoslayable para un emprendimiento regulatorio uniformizado en sede de negocios de Derecho establece su primera residencia en el sensible territorio del concepto que refiere a la esencia definitoria del Contrato como especie paradigmática del negocio jurídico y a la esencia definitoria de los atributos de validez que obran de predicación técnica de la entidad negocial que de modo imprescindible los precede en tanto sustantivo al cual se adjetiva.

Así, la faena de integración regulatoria debe iniciarse por una ordenación lógica de conceptos primarios e irreductibles que obren de cimiento firme sobre el cual pueda luego erigirse la construcción del sistema a estructurarse de conformidad con el programa de diseño que surja de la selección crítica de opciones apropiadas y ajustadas a la finalidad dispuesta como valiosa para lograr una uniformización normativa a regir en comarcas diferenciadas en sus claves culturales. La detección de los presupuestos de existencia de un Contrato y la de

sus requisitos de validez así como el establecimiento de los efectos consecuenciales tanto de su acaecimiento conceptual como categorías distintas cuanto, de manera especial, el de su no acaecimiento como entidades jurídicamente relevantes, poseen una trascendencia crítica para la concreción idónea de un arquetipo regulatorio común. Esos dos órdenes de detección son susceptibles de formalización a partir del dato empírico que ofrece la realidad jurídica de América del Sur consistente en que todos los Códigos de Derecho Privado receptan directa o indirectamente las categorías precedentemente señaladas de modo que es susceptible de provecho cierto considerarlas como denominadores comunes y, por lo tanto, como nexo básico sobre el que pueda erigirse la estructura regulatoria uniforme.

4. PROPOSICIÓN

La propuesta, en esta dirección de pensamiento, prosigue con la ordenación de los presupuestos de existencia de todo negocio jurídico en una serie técnica (de vocación también comunitaria por su estado actual de reconocimiento directo o indirecto en los ordenamientos americanos vigentes) compuesta por los siguientes elementos:

- a) La condición de persona del sujeto de Derecho;
- b) La atribución que el ordenamiento le dispensa para crear una regla jurídica individuada;
- c) La capacidad no adjetivada como absoluta o relativa sino en tanto aptitud originaria de la persona (modo de ser no sometido a una requisitoria legal *ex post facto* de su configuración básica) para discernir;
- d) El consentimiento inadjetivado por exigencias legales *ex post facto* de su originaria condición de resultado emergente de la conjunción de propuesta y aceptación;
- e) El objeto no calificado por una adjetivación legal sobreviniente a su conformación y formulada en virtud de determinados diseños de política legislativa.
- f) La causa no predicada por una requisitoria de origen legal llevada a cabo sobre una motivación de política legislativa de ordenación.

Puede observarse que los últimos cuatro estamentos generan *ab initio* una pensión a su identificación con los clásicos cuatro requi-

sitos de validez de los Contratos en particular y de los Negocios Jurídicos en general. No obstante ello, no resultan ser finalmente lo mismo.

En efecto, los preindicados cuatro últimos estamentos colocados como Presupuestos de Existencia son insusceptibles de confundirse con los requisitos esenciales de validez correspondientes porque en realidad estos son tales en cuanto ocurra a su respecto un juicio calificativo del ordenamiento que predique a la Capacidad, al Consentimiento, al Objeto y a la Causa, cuya predicación legal convierte a lo predicado en un sustantivo en sí mismo tornándole, de esa sutil manera, en un presupuesto de existencia cuando, precisamente, no ocurra a su respecto la predicación. Obsérvese con especial atención, así, que en realidad no es exactamente la Capacidad el requisito de validez sino la Capacidad plena o limitada, esto es, adjetivada por un calificativo que predica modalmente al sustantivo que le precede como categoría; ni es el Consentimiento el requisito de validez sino el Consentimiento no arrancado por error, violencia o dolo, calificación *ex post* de la categoría sustantiva a la cual predica; ni es el Objeto en sí mismo el requisito de validez sino en tanto sea lícito, determinado o determinable, idóneo y no se encuentra fuera del comercio de las personas, adjetivaciones todas que presuponen la categoría sustantiva a la cual se predica calificativamente; ni es, en fin, la Causa el requisito de validez sino la que sea lícita y verdadera, adjetivaciones necesariamente posteriores al sustantivo que, como categoría, se predica también calificativamente.

La sutileza del distingo no es un mero e irrelevante ejercicio de estilo sino, por el contrario, una faena intelectual en pos de la precisión conceptual a partir de la cual se tornan comprensibles los fenómenos jurídicos en toda su diversidad y riqueza.

El punto siguiente atañe de modo necesario a la determinación de los efectos consecuenciales a la constatación de la diversa naturaleza que diferencia los Presupuestos de Existencia de los Requisitos de Validez de los negocios jurídicos en general y de los Contratos en particular.

El tema puede ser, por cierto, objeto de discernimiento legal sobre la base de los lineamientos de política legislativa que los Parlamentos de incumbencia determinen. Pero lo que desde el punto de mira jurídico no puede acontecer es que, reconociéndose diversidad ontológica entre Existencia y Validez así como correlativamente entre Presupuestos de Existencia y Requisitos de Validez, los efectos de la inexistencia (esto es, la ausencia de existencia) sean iguales a los de la invalidez (es decir, la ausencia de validez): tratamiento igualitario para categorías

desiguales constituirá un contrasentido cuya incongruencia intrínseca empañará la naturaleza científica del Derecho Civil.

En el específico ámbito de las consecuencias jurídicas acarreadas por la inexistencia y por la invalidez, el interés técnico reside en los alcances de la repristinación de los efectos negociales hacia el estado de situación inmediatamente anterior al momento del perfeccionamiento del acto luego detectado como inexistente o como inválido jurídicamente. En esta línea diferenciada de consecuencias, es plausible encontrar como nexo facilitador de la integración jurídica la solución que formulan como enunciado imperativo que mientras el proceso de regresión de las prestaciones comportadas a partir de un negocio declarado nulo alcanza a todo tercero adquirente de los bienes o derechos objeto del acto inválido, la retroacción prestacional en la hipótesis de inexistencia no alcanza a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, solución que admite variantes siempre que se mantenga el respeto a la diferencia ontológica multicitada entre Existencia y Validez.

Por cierto debe considerarse que en Derecho, en tanto Ciencia normativa, son susceptibles de predilección respuestas diversas a una misma problemática. Sin embargo, la variedad de soluciones a la problemática jurídica de que se trate no es ilimitada pues reconoce como cortapisa la imprescindible debida coherencia entre respuesta y naturaleza ontológica de los institutos respecto de los cuales tales respuestas se diseñan en estructura y en función.

El Derecho de integración armonizadora y uniformizante debe reconocer, en consecuencia, un camino inexorablemente respetuoso de las ontologías de las categorías afectadas por el emprendimiento unificador porque es el primer paso racional para la obtención de resultados inteligentes que aseguren coherencia, congruencia y cohesión y garanticen la permanencia del sistema finalmente erigido.

De lo contrario, el emprendimiento unificador sólo poseerá el carácter efímero que convocará a la inbienvenida desesperanza en la que tantas comunidades de América del Sur se han debatido contra vientos y mareas armados con su legítima quimera por un futuro digno para sus hijos.

Por ello, también jurídicamente, unidad en la diversidad. Y frente a la adversidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Comares, Granada, 2000.
- Cafaro, Eugenio y Carnelli, S., *Eficacia Contractual Abeledo-Perrot*, Bs. As.
- Caumont, Arturo *La Teoría General del Negocio Jurídico: un puente abstracto entre Roma y América* publicado por el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Roma, Tor Vergata, 2009.
- Caumont, Arturo y Stipanivic, Emma, “La Teoría General del Negocio Jurídico como sustento del Contrato en el Tercer Milenio” en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Jorge Gamarra*, FCU, Montevideo, 2001.
- Caumont, Arturo, “Derecho Civil y Teoría del Lenguaje” Discurso de Incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en www.acaderc.org.ar.
- Coviello, N., *Doctrina General del Contrato*, Librería El Foro, Bs. As., 2003.
- De los Mozos, J. L., *El Negocio Jurídico*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.
- Flume, Werner, *El Negocio Jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- Galgano, F., *El Negocio Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- Van Dyjk, T., *Estructuras y Funciones del Discurso*, Siglo XXI Editores, 12ª edición, España, 1998.

APROXIMACIÓN OBJETIVA A LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO: A PROPÓSITO DEL ERROR JURÍDICAMENTE RELEVANTE

Por José Daniel AMADO VARGAS⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Vicios de la declaración o de la exteriorización de la voluntad. 1.1. El Error en la Declaración. a) Distinción entre error en la declaración y error en la voluntad. b) Elementos del Error en la Declaración. c) Casos de Error en la Declaración. d) Disenso, error impediendo y error sobre la existencia de la declaración. 1.2. La Omisión en la declaración. a) Distinción entre la omisión y el error en la declaración. b) Elementos de la omisión en la declaración. c) La omisión en la declaración y el disenso. 1.3. Error en la declaración y omisión provocados. 2. Los vicios de la voluntad. 2.1. El error en la voluntad. a) Elementos del error en la voluntad. b) Carácter esencial del error. c) Casos de error relevante. 2.2. La ignorancia. a) Distinción entre la ignorancia y error en la voluntad. b) Elementos de la ignorancia. 3. A Modo de Conclusión.

A través del tiempo, el derecho positivo ha sido constante en tratar únicamente algunos vicios del consentimiento en torno a dos fenómenos que pueden afectar el comportamiento del ser humano; son estos el error y el temor⁽²⁾. Al primero de estos, el error, se refiere al presente estudio, en el que también se hace una evaluación de algunos fenómenos afines, cuyo tratamiento normativo y doctrinario suele ser virtualmente idéntico, como es el caso de la omisión y la ignorancia.

La aproximación al estudio singular de estas instituciones suele hacerse a partir de la distinción entre vicios de la declaración y vicios de la voluntad. Desde un punto de vista objetivo, ambas instituciones

(1) Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico, Universidad ESAN y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio de Miranda & Amado Abogados.

(2) Sobre el temor hemos escrito anteriormente en AMADO, José, "El temor como vicio del consentimiento". En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Pa-lestra, 2008.

conlleven una falta de coincidencia entre la voluntad y el consentimiento. Conviene sin embargo reiterar las diferencias que justifican esa importante clasificación.

La diferencia fundamental se refiere a su origen en el tiempo, puesto que los vicios de la declaración se producen durante el proceso de exteriorización de la voluntad, vale decir, cuando la voluntad ya está formada, mientras que los vicios de la voluntad ocurren durante el proceso de formación de la voluntad. Así se ha afirmado que la existencia de un vicio de la declaración debe ser comprobada antes de verificar la existencia de un vicio de la voluntad⁽³⁾, pues la presencia del primero podría inclusive determinar la irrelevancia del otro.

Los vicios de la declaración suelen ser defectos de orden material, es decir, de la declaración como instrumento, en tanto que los vicios de la voluntad, aunque también determinan una impropiedad material en la declaración, se vinculan con el entendimiento y la libertad del declarante, que deben concurrir en la formación de su voluntad. De ahí que los vicios de la declaración suelen advertirse con mayor facilidad, tanto por el declarante como por el mundo exterior a él. Volveremos sobre estas diferencias al referirnos en particular a la distinción entre el error en la declaración y el error en la voluntad.

Este ensayo tiene por objeto proponer una aproximación objetiva de los vicios al consentimiento, sobre la base de una evaluación del error jurídicamente relevante en todas sus manifestaciones.

1. VICIOS DE LA DECLARACIÓN O DE LA EXTERIORIZACIÓN DE LA VOLUNTAD

Llamamos vicios de la declaración a aquellas situaciones que se producen durante la exteriorización de la voluntad y que determinan una impropiedad de la declaración.

Los vicios de la declaración suponen la existencia de una voluntad formada con anterioridad a su origen y que el vicio determinará que tal voluntad no pueda manifestarse correctamente en la declaración de voluntad. Conviene destacar que la doctrina moderna es unánime en sostener que los vicios producidos en la transmisión de la voluntad —por ejemplo, a través del telégrafo o de un nuncio— son también vicios de la declaración.

(3) Así, LARENZ, Kart, *Tratado de Derecho Civil alemán. Parte general*, Madrid, 1978, p. 508.

Además, debe tenerse presente que, como anotan Lusk y Hewitt, los vicios de la declaración serán usualmente corregidos a través del remedio de la rectificación de la declaración de voluntad⁽⁴⁾. Volveremos oportunamente sobre esta afirmación.

Los vicios de la declaración que el Derecho ha considerado relevantes son la omisión y el error en la declaración. Es conveniente aclarar desde ahora que la omisión en la declaración no ha sido tratada en doctrina o en la ley como una institución autónoma, sino que ha sido frecuentemente confundida en el concepto de error en la declaración o simplemente ignorada. Volveremos sobre este punto al estudiar dicha institución.

1.1. El Error en la Declaración

Errare humanum est, reza la antigua expresión latina, y es que el error es inherente a la naturaleza imperfecta del ser humano. Puede ser definido en general como una equivocación, es decir, como un yerro o desacierto de la inteligencia⁽⁵⁾.

El error que es un vicio del consentimiento es aquel error que, reuniendo los elementos generales de todo vicio, responde a la definición genérica de estas instituciones. Como afirma De Castro, desde muy antiguo hubo ocasión de advertir la diferencia entre el error que consiste en decir una palabra por otra y el error que resulta de creer de oro lo que es de latón; habiéndose propuesto diferentes términos para destacar que en un caso hay un error *in faciendo* y en el otro un error *in cogitando*⁽⁶⁾. Se ha distinguido así el error en la declaración, del error en la voluntad.

a) *Distinción entre error en la declaración y error en la voluntad*

La vinculación entre el error en la declaración y el error en la voluntad es evidente. Desde una perspectiva no jurídica, ambos son casos de error, es decir que son yerros o desaciertos de la inteligencia. Desde una perspectiva jurídica ambos son vicios de la declaración de voluntad, es decir, que ambos pueden ser causas motivas involuntarias de la impropiedad de una declaración de voluntad. Además, en la ley y la doctrina se les suele tratar en conjunto⁽⁷⁾.

(4) LUSK, Harold y HEWITT, Charles, *Business Law: Principales*. Homewood, 1978, p. 147.

(5) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Buenos Aires, 1983, T. III, p. 500.

(6) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 121.

(7) Así, el Código alemán (numeral 119), el Código italiano (art. 1433), el Código peruano (art. 208) entre otros. Otras legislaciones no hacen distinción alguna

Ello no obstante, considero que la distinción entre ambas instituciones es conveniente y necesaria. Obvio es que a esta distinción le son aplicables los criterios que hemos enunciado para diferenciar los vicios de la declaración, de los vicios de la voluntad. Así, el error en la declaración se produce durante la exteriorización de la voluntad ya formada y el error en la voluntad durante la formación de esta última. Además, el error en la declaración determina un defecto sólo material de la declaración, no así el error en la voluntad que se produce en el entendimiento. Por último, conviene destacar que, de ordinario, el error en la declaración será más fácil de advertir que el error en la voluntad, tanto para el declarante como para el mundo exterior a él.

Según hemos afirmado, parte de la doctrina ha intentado explicar esta distinción sosteniendo que en el caso del error en la declaración se produce una discrepancia entre la declaración y la voluntad, mientras que en el error en la voluntad, la discrepancia se produce entre la voluntad viciada, así declarada, y la voluntad que hubiese existido sin el vicio⁽⁸⁾.

Oportunamente hemos cuestionado el fundamento de la teoría de la declaración discrepante de la voluntad, al referirnos a la teoría de la declaración de voluntad impropia. Afirmábamos que el problema que interesa al Derecho no es la distinción entre voluntad y declaración, sino la no verificación, en un caso concreto, de la presunción de idoneidad que tiene toda declaración de voluntad jurídicamente relevante. Argumentábamos que la voluntad y la declaración no podrían ser desvinculadas en el análisis jurídico sino que forman una única institución denominada declaración de voluntad. Decíamos que técnicamente no es correcto comparar un concepto jurídico (declaración de voluntad), con una noción no-jurídica (voluntad interna no declarada). Anotábamos, por último, que para el Derecho no es posible establecer la discrepancia o concordancia de una declaración de voluntad real con una voluntad interna conjetural e imposible de conocer con certeza.

aunque se han interpretado en el sentido que comprenden ambas instituciones; así el Código español (puede verse ALBALADEJO, *El Negocio...*, p. 129), el Código argentino (puede verse Salvat, ob. cit., p. 539), entre otros.

(8) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER explican esta distinción señalando que el error obstativo determina una disconformidad entre la voluntad y la declaración, mientras que el error vicio trae por consecuencia una disconformidad entre la voluntad tal como se ha formado por error y la que se había formado con la intervención de éste. PÉREZ GONZALEZ, Blas y ALGUER, José, *Estudios comparativos con el Derecho español* en ENNECCERUS, ob. cit., p. 196.

A lo expuesto conviene agregar que el error en la declaración no genera necesariamente una discrepancia entre la declaración y la voluntad real del declarante. Así, por ejemplo, si dos personas celebran entre sí un contrato de compra-venta queriendo simular para efectos tributarios un precio de 60, en lugar del real que es 90, si en la oferta el vendedor por error anota efectivamente 90 y el comprador expresa su aceptación, se habría producido un error en la declaración, pero éste, lejos de motivar una disconformidad entre la voluntad negocial de los declarantes y su declaración, habría determinado una concordancia entre ambos elementos. Lo mismo ocurriría si Pedro ofrece a Juan pintar su casa de verde, pero bajo reserva mental de pintarla celeste (era esta su verdadera intención); si al declarar dice celeste habría incurrido en un error en la declaración, pero éste determinaría una concordancia entre la declaración y la voluntad real del declarante.

Estos fundamentos, sumados a la anterior argumentación, demuestran que la teoría de la discrepancia entre la declaración y la voluntad no explica de manera satisfactoria un vicio del consentimiento como es el error en la declaración, ni la distinción de esta institución de aquella otra que denominamos error en la voluntad. La distinción reside más bien en los criterios que hemos mencionado anteriormente.

b) Elementos del Error en la Declaración

Como todos los vicios de la declaración de voluntad el error en la declaración debe reunir los elementos generales que los hacen jurídicamente relevantes.

En efecto, el error en la declaración debe ser determinante de la impropiedad de la declaración de voluntad. Coincido con Lohmann en que el error en la declaración es siempre esencial⁽⁹⁾, es decir, que todo error en la declaración es considerado por el Derecho como determinante de la impropiedad que genera. No está demás decir que un supuesto error en la declaración que no genera una impropiedad en la declaración no es un vicio del consentimiento; sería este el caso de un error en la declaración que no altere el sentido de la declaración de voluntad.

Es tarea difícil establecer si el error en la declaración es siempre excusable. El carácter "material" del vicio nos inclina a pensar que hasta la persona más diligente podría cometerlo. No obstante, el principio

(9) LOHMANN, Juan Guillermo, *El negocio Jurídico*, Lima 1986, p. 360.

de la confianza nos obliga a proteger las legítimas expectativas del receptor de la declaración y de los terceros cuando la conducta inexcusable del declarante haya determinado la existencia del error. Anota Williston que si una persona actúa negligentemente de manera que su conducta justifique que los demás asuman que lo declarado es su voluntad, quedará obligada por la ley y la equidad; cita el caso de quien descuidadamente suscribe un documento sin leerlo⁽¹⁰⁾. En consecuencia, debe exigirse la excusabilidad del error por el declarante.

Finalmente, la responsabilidad del receptor debe ser analizada en el caso concreto, a través del criterio de la conocibilidad, es decir la susceptibilidad de que la otra parte advierta la impropiedad. Así, por ejemplo, Borda nota que la otra parte no puede ampararse de mala fe en el error del declarante cuando de la declaración pueda inferirse la voluntad real del declarante o cuando el error ha quedado de manifiesto por el carácter irrazonable o extravagante de la oferta⁽¹¹⁾.

En la determinación de la cognocibilidad del error, es conveniente establecer criterios objetivos que permitan presumir que la impropiedad fue advertida por el receptor al conocer la declaración de voluntad. Volveremos sobre este elemento al estudiar el error en la voluntad, pues es en el estudio de este vicio donde la doctrina de la cognocibilidad ha alcanzado un desarrollo considerable.

c) Casos de Error en la Declaración

Todo error en la declaración que reúne los elementos enunciados es un vicio del consentimiento. No obstante, la doctrina ha teorizado sobre determinados casos con el fin de establecer el ámbito de aplicación del error en la declaración.

Siguiendo a Enneccerus⁽¹²⁾, podemos afirmar que las situaciones posibles de error en la declaración son las siguientes:

i. Cuando el declarante dice una cosa distinta de la que quiso decir. Por ejemplo, dice Alfredo cuando quiso decir Alfonso.

Conviene advertir que un importante sector de la doctrina y de las legislaciones ha tipificado tres casos comprendidos en esta situación

(10) WILLISTON, Samuel, ob. cit., p. 4.408.

(11) BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, p. 507.

(12) ENNECCERUS, Ludwing, *Derecho Civil. Parte General* en ENNECCERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, 1935, T. 1, ps. 186/189.

que se suele vincular a la noción de error irrelevante, es decir, aquel que no determina una impropiedad de la declaración de voluntad. Son los errores en la denominación del bien objeto de la declaración, de la persona o el negocio.

Bevilaqua considera que son casos de error accidental o enmendable⁽¹³⁾. León Barandiarán anota que el error sobre el nombre de la persona o de la cosa no tienen sino un carácter secundario⁽¹⁴⁾. No obstante, debe advertirse que estos casos de error, como todo error en la declaración, son en principio vicios de la declaración de voluntad, salvo que del contexto o de las circunstancias resulte indubitable la identidad de la persona o de la cosa, o la naturaleza del negocio.

ii. Cuando el declarante emite una declaración que no quiso emitir. Por ejemplo, firma un documento en lugar de otro.

iii. Cuando la declaración es transmitida en forma inexacta por el medio encargado de hacerlo. Por ejemplo, al remitir la declaración por intermedio de un nuncio o del telégrafo.

Cabe anotar que en este último caso debe presentarse alguno de los dos supuestos anteriores.

Las situaciones descritas son frecuentemente citadas en doctrina como los únicos casos de error en la declaración. No obstante, algunos juristas han opinado que pueden existir otros casos de error en la declaración, mencionándose el disenso y el error sobre la existencia de la declaración. Conviene referirse brevemente a estas situaciones.

d) Disenso, error impediante y error sobre la existencia de la declaración

El disenso o disentimiento es una institución de Derecho Contractual que ha sido definida por De la Puente como la falta involuntaria de coincidencia entre la oferta y la aceptación⁽¹⁵⁾. En el disenso se produce un error que impide la formación del contrato, de allí que la doctrina francesa lo haya denominado error impediante.

Afirman los Mazeaud que en el error impediante los contratantes no se han entendido; cada uno se ha engañado no sobre lo que quería

(13) BEVILAQUA, Clovis: *Código Civil comentado*, Rio de Janeiro, 1921, volumen I, p. 328.

(14) LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios del Código Civil peruano*, Buenos Aires, 1954, p. 114.

(15) DE LA PUENTE, Manuel, *Estudios del Contrato Privado*, Lima, 1983, p. 163.

sino sobre lo que quería el otro contratante⁽¹⁶⁾. De allí que no le falte razón a Messineo cuando afirma que el disenso no es un error en la declaración del propio declarante sino un error de la otra parte⁽¹⁷⁾.

En efecto, en el disenso el error no se produce sobre el contenido de la propia declaración sino sobre la voluntad ajena. Este error no es un error en la declaración según ha sido definido, sino que es un error de hecho en la voluntad, que motiva al aceptante a manifestar su conformidad.

Por ejemplo, si Pedro acepta comprarle a Juan su único caballo de carreras, en el entendido que Juan es dueño del ganador del último derby, cuando en realidad el ejemplar es bastante mediocre, se habrá producido un disenso, en tanto que Pedro habrá incurrido en un error sobre el bien objeto de la declaración, que es un error en la voluntad. Esto se hará aún más evidente al estudiar el error en la voluntad.

Lo expresado también es de aplicación al error que De Castro denomina error sobre la existencia de la declaración, es decir, aquellos casos en que una conducta aparece como una declaración de voluntad sin serlo, porque no se quiso o no se supo que se hacía algo o que podía dársele un significado de declaración de voluntad⁽¹⁸⁾. Es el caso del individuo que en una subasta pública levanta la mano para saludar a un amigo y este hecho es considerado por el martillero como una oferta. El error se produce en la mente del martillero y tiene los caracteres de un error en el entendimiento o en la voluntad.

Puede advertirse que éste es un error sobre la existencia de la declaración ajena, en tanto que el disenso recae sobre su contenido. Conviene señalar que todo disenso está determinado por un error sobre el contenido de la oferta, pero a la vez determina un error sobre la existencia de la declaración de voluntad común, esto es, el consentimiento.

1.2. La Omisión en la declaración

Si declaro donar a Juan mi bicicleta, pero ocurre que soy propietario de diez bicicletas, nadie podría afirmar que mi declaración es errada pues revela efectivamente mi voluntad. No obstante, Juan podría pensar que le he donado la de carrera cuando yo me refería a la

(16) MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, volumen I, p. 184.

(17) MESSINEO, Franceso, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979, T. IV, p. 517.

(18) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 122.

de paseo. Entonces, es evidente que mi declaración es incompleta por haber omitido el pronunciamiento sobre un extremo importante de mi voluntad negocial. Se trata de una omisión en la declaración.

Podemos definir la omisión en la declaración como ausencia de manifestación en algún punto importante, que determina una impropiedad de la declaración de voluntad. Sería el caso de la constitución de una hipoteca sin establecer el monto del gravamen o de la compra de un reloj pulsera sin mencionar el modelo o la marca.

Las legislaciones y la doctrina no han tratado en forma autónoma la omisión en la declaración, pero algunos juristas han considerado que es un caso de error en la declaración. Esto es explicable porque también se trata de un vicio de la declaración.

Afirma Messineo que cuando la declaración queda incompleta es inidónea para expresar la voluntad y, por consiguiente, se le tiene como no emitida, a menos que se le pueda atribuir un significado plausible⁽¹⁹⁾.

En realidad, como afirma De Castro, conforme a la buena fe, quien emplea un término ambiguo o inexacto lo puede rectificar o ratificar inmediatamente⁽²⁰⁾. En el caso de la omisión en la declaración parece evidente que la rectificación consistiría en completar la declaración. Veremos oportunamente la aplicación de la rectificación a estas situaciones.

Resulta evidente la vinculación entre la omisión y el error en la declaración. Conviene detenerse brevemente en su diferenciación.

a) Distinción entre la omisión y el error en la declaración

La frase “salvo error u omisión”, frecuentemente utilizada en el comercio, nos servirá para diferenciar estas instituciones. Así, si en una pro forma (oferta), el oferente anota que el precio de una maquina es 100, cuando en realidad es 1000, se habría incurrido en un error en la declaración. Si, en cambio, la proforma es por dos máquinas y sólo se consigna el precio de una de ellas, se habrá incurrido en una omisión en la declaración, que será fácilmente enmendable si se anotó además el precio total por las dos máquinas.

Hemos visto que el error en la declaración es un desacierto de inteligencia producido al momento de exteriorizar la voluntad negocial, mientras que la omisión, que también se produce en la exteriorización

(19) MESSINEO, Franceso, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979, p. 360.

(20) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 125.

de la voluntad, no es un lapsus sino la falta de manifestación de algún punto considerado relevante. Será un error en la declaración anotar que la hipoteca se constituye por 50 cuando se deseaba constituirla por 500; será una omisión en la declaración la hipoteca que se constituye sin mencionar el monto del gravamen.

No obstante lo expresado, la relación existente entre la omisión y el error en la declaración, es evidente. Ambos son vicios de la declaración y, consecuentemente, merecerán un tratamiento jurídico análogo. En mi opinión, la regulación positiva debe referirse a ambas situaciones para evitar que la omisión se entienda excluida, pero, según se verá, deben establecerse normas de aplicación conjunta. Más aún, considero que las normas sobre error en la declaración pueden ser aplicadas a la omisión cuando ésta no esté regulada expresamente, aunque es obvia la conveniencia de un tratamiento expreso en la ley.

b) Elementos de la omisión en la declaración

La omisión debe ser determinante de la impropiedad de la declaración. En efecto, el declarante puede aducir una omisión sólo cuando ésta sea la causa de la impropiedad de la declaración de voluntad que se le atribuye.

Conviene anotar que una omisión en la declaración no es necesariamente relevante, pues en algunos casos existen normas supletorias que permiten completar la declaración a fin de que esta sea entendida conforme a la voluntad del declarante. Así, Thompson anota que en el Derecho sucesorio estadounidense se ha sostenido que la omisión accidental de algún bien en un testamento no determina su anulación si el beneficiario también recibirá el bien según la ley de sucesiones intestadas⁽²¹⁾.

De otro lado, como anota De Castro, quien actúa negocialmente ha de responsabilizarse por sus actos; de aquí que la declaración defectuosa pueda producir los mismos efectos que la no defectuosa, si quien declaró no ha procedido con la debida corrección⁽²²⁾. La excusabilidad será pues también exigible en la omisión en la declaración.

De la misma manera, la impropiedad que la omisión genera debe también ser objetivamente conocible por el receptor de la declaración.

(21) THOMPSON, George, *The law of wills*, Indianápolis, 1936, p. 180.

(22) DE CASTRO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 126.

Esto, en resguardo de la confianza generada en el receptor y los principios de la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico.

c) La omisión en la declaración y el disenso

También la omisión, como el error en la declaración, puede generar un disenso. La comparación entre la omisión y el disenso es perfectamente análoga a la distinción efectuada entre esta última y el error en la declaración, por lo que nos remitimos a lo expresado con relación a tal distinción.

1.3. Error en la declaración y omisión provocados

Decíamos que los vicios de la declaración pueden ser espontáneos o provocados. Los vicios provocados son aquellos que se originan por la conducta maliciosa de una persona interesada en la celebración del negocio jurídico. Por ejemplo, si Peter —de habla inglesa— desea vender su automóvil a Juan pero emplea equivocadamente el verbo “donar”, su error en la declaración será espontáneo; si, en cambio, fue Juan quién engañó a Peter afirmando que el verbo correcto era “donar”, el error en la declaración sería provocado.

Tanto los vicios espontáneos como los vicios provocados tienen relevancia jurídica. La diferencia consiste en un tratamiento más severo de los vicios provocados como una sanción a la conducta maliciosa de la persona que originó la declaración. Dice bien Posner que el Derecho puede ser visto como un esfuerzo por hacer más onerosa la violación de principios morales⁽²³⁾. Volveremos sobre esta importante afirmación.

Aunque la doctrina juscivilista no ha estudiado en particular el error provocado en la declaración, ni mucho menos la omisión provocada, tampoco ha distinguido al referirse al error provocado o dolo, si éste se refiere únicamente al error en la voluntad o incluye al error en la declaración. Por el contrario, Albaladejo define al dolo como un error provocado por un comportamiento engañoso para conseguir una declaración⁽²⁴⁾ y afirma que tal error puede ser de cualquier clase y no es necesario que sea de aquellos que permiten impugnar la declaración por error⁽²⁵⁾.

Es interesante lo anotado por Williston cuando, citando abundante jurisprudencia estadounidense, señala que si el promisorio es respon-

(23) POSNER, Richard, *An Economic Analysis of Law*, Boston, S. A. p. 71.

(24) ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Barcelona, 1958, p. 114.

(25) Ídem, p. 119.

sable de una conducta dolosa, el dolo será una defensa en contra de cualquier acción que él pudiera intentar, aún en el caso que el promitente hubiese sido negligente al no revisar el (texto del) contrato⁽²⁶⁾.

Estudiaremos el régimen jurídico del dolo en general al analizar el error en la voluntad y la ignorancia provocadas.

2. LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

Son pocas las definiciones genéricas de los vicios de la voluntad que podemos hallar en la doctrina y virtualmente todas incurren en la tendencia que Boffi ha llamado “psicologismo”⁽²⁷⁾, es decir, que pretenden aproximarse directamente a los elementos internos del entendimiento y la volición, en lugar de hacerlo a través del hecho exterior en que la voluntad se manifiesta⁽²⁸⁾, o sea la declaración de voluntad jurídicamente relevante.

Este psicologismo es especialmente evidente en el Derecho Civil argentino que, basándose en el proyecto de Freitas, exige en los actos voluntarios la concurrencia del discernimiento, la intención y la libertad⁽²⁹⁾, lo que ha determinado que la doctrina defina los vicios de la voluntad como la falta de alguno de estos elementos⁽³⁰⁾, afirmándose que el error y el temor vulneran, respectivamente, el discernimiento y la libertad⁽³¹⁾.

Otro sector de la doctrina se ha aproximado al concepto de los vicios de la voluntad a partir de la constatación de una discrepancia entre la voluntad y la declaración. Tal es la posición de Bevilaqua⁽³²⁾ y de León Barandiarán⁽³³⁾, que parece compartir Vidal, aunque este último acoge también la posición argentina⁽³⁴⁾.

Siguiendo a la doctrina italiana que distingue entre los vicios de la voluntad y los casos de declaración discrepante de la voluntad, De la

(26) WILLISTON, Samuel, ob. cit., p. 4408.

(27) BOFFI, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 450.

(28) Ídem, p. 451.

(29) Artículo 897.

(30) ASÍ, AGUIAR, BORDA, CABANELLAS, LAFAILLE, entre otros.

(31) LAFAILLE, Héctor, *Curso de Contratos*, Buenos Aires, 1927, T. I, p. 93.

(32) BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1921, volumen I. p. 322.

(33) LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Buenos Aires, 1954, ps. 95/96.

(34) VIDAL, Fernando, *Teoría General del Acto Jurídico*, Lima, 1985, p. 397.

Puente y Zusman consideran que existe vicio de la voluntad cuando ésta, debido a determinados factores, se forma defectuosamente, dando lugar a que al ser declarada la voluntad así formada sea defectuosa a su vez, lo que determina que el vicio de la voluntad interna afecte también la voluntad declarada⁽³⁵⁾.

Discrepamos de la relevancia jurídica de esta distinción a partir de la teoría de las declaraciones de voluntad impropias, la misma que se sustenta en el concepto jurídico de la declaración de voluntad. Esta teoría nos permite definir a los vicios de la voluntad como las causas motivas de una impropiedad notoria de la declaración de voluntad, producidas involuntariamente durante la formación de voluntad interna.

Hemos distinguido los vicios de la voluntad de los vicios de la declaración en función de una serie de criterios a los que debemos remitirnos.

Coviello⁽³⁶⁾ y Stolfi⁽³⁷⁾ coinciden en afirmar que los vicios de la voluntad son dos: el error y el temor. Aunque en la legislación comparada esta afirmación es válida, veremos que en doctrina pueden distinguirse el error en la voluntad, la ignorancia, el error e ignorancia causados (llamados dolo), el temor, y el temor causado (llamado intimidación). A continuación estudiaremos algunas cuestiones particulares de cada uno de estos vicios de la voluntad. Previamente, conviene reiterar que la enumeración que se hace no es limitativa y que existen fenómenos, como la ira⁽³⁸⁾, que pueden ser considerados análogos en determinadas circunstancias.

2.1. El error en la voluntad

Hemos afirmado que el error puede ser definido en general como un desacierto de la inteligencia. Decíamos que entre los errores jurídi-

(35) DE LA PUENTE, Manuel y ZUSMAN, Susana: "Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos" en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, 1980, p. 96.

(36) COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General de Derecho Civil*, México, 1959, p. 4178.

(37) STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Acto Jurídico...*, p. 195.

(38) MESSINEO afirma que el proceso de formación de la voluntad no es normal cuando es determinado por un acceso de ira. Sin embargo, considera que los vicios de la voluntad según están regulados son de interpretación estricta, por lo que no le parece posible añadir esta figura a las previstas por la ley. MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979, p. 445.

camente relevantes era necesario distinguir aquel que se produce durante la exteriorización, llamado error en la declaración, de aquel que se produce durante la formación de la voluntad, denominado error en la voluntad.

La doctrina ha intentado definir el error en la voluntad desde una perspectiva jurídica, principalmente en función de los elementos que lo hacen relevante para el Derecho. En general, sea que se adopte una definición psicologista como la de León Barandiarán —que afirma que existe error cuando el concepto sobre un hecho u objeto real no coincide con este, habiendo disconformidad entre la representación intelectual de una cosa y esta como verdaderamente es⁽³⁹⁾— o una noción filosófica como la de Locke —que escribió que el error es una falla de nuestro juicio que asiente a lo que no es verdadero⁽⁴⁰⁾— siempre será válida la afirmación de Stolfi que define el error como una falsa representación de la realidad⁽⁴¹⁾.

En el Derecho moderno, la ignorancia ha sido subsumida en el concepto jurídico de error. No obstante, estos fenómenos son distinguidos teóricamente en doctrina, aceptándose que se trata de situaciones distintas que tienen efectos equivalentes. Es conveniente afirmar desde ahora que consideramos innecesaria e inconveniente la inclusión de la ignorancia en el concepto jurídico de error. Volveremos sobre esta afirmación al estudiar en particular la ignorancia.

a) Elementos del error en la voluntad

Como todos los vicios de la declaración de voluntad, el error debe reunir los elementos generales que los hacen jurídicamente relevantes. Debe, en primer lugar, ser determinante de una impropiedad de la declaración de voluntad. Un sector de la doctrina asimila este elemento al concepto de error esencial⁽⁴²⁾. Tal planteamiento nos llevaría a la conclusión que sólo se considera determinante el error en los casos previstos expresamente en la ley como error esencial. Mi opinión es distinta y será expuesta al tratar del error esencial.

Los Mazeaud enseñan que existen dos teorías sobre el criterio para establecer el carácter determinante del error. En la tesis objetiva no se

(39) LEÓN BARANDIARÁN, José, *Manual del Acto Jurídico*, Lima, 1961, p. 23.

(40) Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Madrid, 1984, p. 203.

(41) STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Acto Jurídico*, p. 171.

(42) Así, ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Barcelona, 1958, p. 131, ZUSMAN, Susana, "El error en el acto jurídico", en *Para leer el Código Civil II*, Lima, 1985, p. 65, entre otros.

averigua la influencia del error sobre la voluntad; basta que recaiga sobre un elemento previsto en el Derecho positivo. En la tesis subjetiva deberá indagarse si el error ha tenido influencia preponderante sobre el consentimiento⁽⁴³⁾. Convengo con los Mazeaud en que se debe averiguar en abstracto si el error habría determinado a un individuo normal⁽⁴⁴⁾, debiendo considerarse las circunstancias de la declaración. Tal situación crea una presunción *juris tantum*, trasladando la carga de la prueba al receptor de la declaración.

En cuanto a la excusabilidad del error, parece evidente que debe exigirse pues de lo contrario se protegería la torpeza del declarante⁽⁴⁵⁾; bien dice Vidal que la excusabilidad del error depende de la razonabilidad y la diligencia de la conducta del declarante⁽⁴⁶⁾. Como afirma Mosset, la culpa de quien erra, teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, la veda la invocación de su error⁽⁴⁷⁾.

La imposibilidad de examinar en cada caso la excusabilidad del error nos inclina a considerar necesario el establecimiento de un criterio objetivo que podría ser el propuesto por De la Puente y Zusman, es decir, que una persona de normal diligencia hubiese podido cometerlo⁽⁴⁸⁾, siempre teniéndose en consideración las circunstancias concretas de la declaración.

En cuanto a la responsabilidad del receptor de la declaración, hemos afirmado que debe establecerse mediante el criterio de la cono-cibilidad. La más moderna doctrina considera necesario que el error haya sido conocible por el receptor de la declaración, requisito que a instancia de Gabba fue incluido en el Código italiano⁽⁴⁹⁾ y posteriormente en el polaco, el portugués y el peruano. Messineo vincula acertadamente la exigencia de este elemento al ya comentado principio de la confianza⁽⁵⁰⁾.

(43) MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1960, p. 195.

(44) Ídem, p. 197.

(45) BOFFI, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 450.

(46) VIDAL, Fernando, ob. cit., p. 434.

(47) MOSSET, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, 1981, p. 146.

(48) DE LA PUENTE y ZUSMAN, Susana, "Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos", en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, 1980, ps. 98/99.

(49) Artículos 1428 y 1431.

(50) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979, p. 441.

Convengo en lo fundamental con la posición del *Codice*, aunque creo necesario hacerle una objeción. Considero que el receptor puede estar en aptitud de conocer la impropiedad de la declaración, pero es muy difícil que pueda conocer si tal impropiedad se origina en un error o en algún otro motivo. En efecto, si estoy interesado en comprar a Pedro su departamento, sabiendo que su valor aproximado es de cien mil soles, pero al visitarlo él me dice que lo vende en diez mil, estaré en aptitud de conocer la impropiedad de su declaración y de deducir la presencia de un vicio, pero ¿cómo saber si es error en la voluntad? Podría haber sido intimidado por un vecino o haber errado en la declaración, o podría su declaración estar incompleta.

Es así que la impropiedad es fácilmente conocible, pero no la existencia de determinado vicio. De ahí que afirmemos que debe exigirse la cognoscibilidad de la impropiedad pero no la del error en sí. Considero además que es éste el verdadero sentido de la norma comentada.

De otro lado, un sector de la doctrina considera que la inclusión del requisito de la cognoscibilidad hace innecesaria la exigencia de excusabilidad del error⁽⁵¹⁾. No veo la relación entre una cosa y otra. La cognoscibilidad se refiere a la conducta del receptor de la declaración, mientras que la excusabilidad la determina la evaluación de la conducta del declarante. Un vicio puede ser excusable y no conocible o viceversa⁽⁵²⁾. Con Zusman⁽⁵³⁾ consideramos que ambas conductas deben ser examinadas en razón de los fundamentos que oportunamente hemos expuesto.

Finalmente, conviene hacer una breve referencia al requisito de la no asunción del riesgo del error, que la doctrina anglosajona considera indispensable. Se sostiene que si el declarante ha asumido el riesgo de la existencia del error, o si éste puede serle razonablemente atribuido, no podrá impugnar la declaración tomando como fundamento dicho error. El *Restatement Second* establece que se asume el riesgo del error cuando este riesgo ha sido asumido expresamente, o si al celebrarse el contrato el declarante está consciente de tener un conocimiento limi-

(51) Así VIDAL, Fernando, ob. cit., p. 443; MOSSET, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, 1981, p. 146.

(52) LEÓN BARANDIARÁN, José, *Curso de Acto Jurídico*, Lima 1983, p. 174; Spota, Alberto, ob. cit., p. 329; BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, p. 325, entre otros.

(53) ZUSMAN, Susana: "El error en el acto jurídico", en *Para leer el Código Civil II*, Lima, 1985, p. 71.

tado de una determinada realidad, o si el riesgo puede serle razonablemente atribuido en relación a las circunstancias⁽⁵⁴⁾.

b) Carácter esencial del error

Afirma Vidal que el error esencial lo es en contraposición al error indiferente⁽⁵⁵⁾. Es entonces el error jurídicamente relevante, es decir, aquel que reúne los elementos generales que hacen de él un vicio de la voluntad. Sería un error esencial aquel que sea a la vez determinante de una impropiedad de la declaración, excusable por el declarante y conocible por el receptor de la declaración.

En el Derecho positivo se enumeran los casos de error esencial o substancial, situaciones en las que obviamente deben concurrir los elementos enunciados. Stolfi considera que la enumeración es limitativa⁽⁵⁶⁾, es decir, que los casos no previstos en la ley como error esencial no tendrían relevancia jurídica a pesar de ser determinantes, excusables y conocibles.

En mi opinión, la posición de Stolfi, que parecen compartir De la Puente y Zusman⁽⁵⁷⁾, no se compadece con los fundamentos del error como institución jurídica. Si el Derecho da su amparo al individuo cuya declaración de voluntad es impropia por haber cometido un error, si establece los elementos que deben concurrir para que el vicio alcance relevancia jurídica y si tales elementos se prestan en una situación no prevista en el Derecho positivo, no parece posible encontrar un argumento razonable que impida el amparo de una impugnación fundada en tal error.

Dice bien Mosset que en la doctrina moderna prima un concepto distinto según el cual si aquello sobre lo cual se erró era fundamental en un contrato concreto, el error es esencial⁽⁵⁸⁾. Así lo ha entendido Messineo que cita el caso del error en el valor del bien, situación no prevista en el Código italiano y que no obstante sería un error esen-

(54) Restatement of Contracts, Second, Numeral 154, citado por SCHABER, Gordon y ROHWER, Charles, ob. cit., p. 148. El Restatement es una fuente secundaria del Derecho estadounidense que recoge los precedentes en vigencia en la jurisprudencia de ese país.

(55) VIDAL, Fernando, ob. cit., p. 411.

(56) STOLFI, Giuseppe, ob. cit., p. 172.

(57) DE LA PUENTE, Manuel y ZUSMAN, Susana: "Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos", en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, 1980, p. 99. También ZUSMAN, Susana, *El error...*, p. 65.

(58) MOSSET, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, 1981, p. 146.

cial⁽⁵⁹⁾. Lohmann, a su vez, entiende que el no ceñirse a una enumeración limitativa permitirá que una jurisprudencia cauta y prudente analice en el caso concreto si el error debe o no considerarse esencial⁽⁶⁰⁾.

De otro lado, hemos advertido que un sector de la doctrina asimila la esencialidad del error a su carácter determinante. Afirma Albala-dejo que el error en la voluntad es esencial cuando sin él no se habría formado la voluntad que se declaró⁽⁶¹⁾. Aunque en lo fundamental esta opinión parece acertada, considero que el error para ser jurídicamente esencial debe reunir además los otros elementos que lo hacen relevante.

Finalmente, conviene advertir que la distinción que se hace entre error esencial y error indiferente, parece vincular la esencialidad del error a la susceptibilidad de anular el acto en razón de tal vicio. Sería así esencial el error que hace al acto jurídico anulable. Veremos oportunamente que, en efecto, todo error jurídicamente relevante puede traer como consecuencia la anulación del acto. Ello no obstante, debe señalarse desde ahora que la tendencia actual de la doctrina es de posibilitar el mantenimiento del acto mediante el remedio de la rectificación. Volveremos sobre esta afirmación.

c) Casos de error relevante

Criticábamos en la introducción la tendencia doctrinaria y legislativa a tipificar situaciones específicas que pueden ser consideradas como error esencial. La enunciación de elementos generales debería permitir la identificación del error jurídicamente relevante en un caso concreto, lo cual haría innecesaria la enumeración de situaciones particulares. Además, según hemos visto, esta casuística del error ha llevado a un sector de la doctrina a considerar limitativa la enumeración de casos que hace el Derecho positivo.

La enunciación de situaciones concretas no parece haber contribuido de manera significativa a una mejor regulación del error. Por el contrario, escriben los Mazeaud que en la interpretación de la norma

(59) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979, ps. 434 y 436.

(60) LOHMANN, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Lima 1986, p. 344. afirma este autor que la posición de MESSINEO es compartida por CARIOTA, BARBERO, TRABUCCHI y PIETROBON.

(61) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 132.

francesa referida al error esencial⁽⁶²⁾, la jurisprudencia se esfuerza por delimitar el error como vicio del consentimiento, pero no lo ha logrado sino con bastante imperfección⁽⁶³⁾.

La casuística legislativa del error esencial se ha orientado a comprender toda situación posible de error determinante. Las situaciones previstas en el Derecho positivo son consideradas usualmente relevantes cuando reúnen los elementos enunciados, aunque debe advertirse que sólo establecerían una presunción que favorece al declarante y que puede ser rebatida si el contradictor prueba la inconcurrencia de alguno de tales elementos. En los casos no previstos en la ley sería el propio declarante quien deberá acreditar el carácter determinante de su error.

Es importante referirse brevemente a los casos de error que la doctrina y la ley han considerado relevantes⁽⁶⁴⁾. Conviene reiterar que en estas situaciones deben establecerse objetivamente tanto la excusabilidad y la conocibilidad, como el carácter determinante del error. Son los siguientes:

i. Error sobre la esencia o una cualidad principal del bien objeto de la declaración de voluntad.

Debe entenderse la esencia como lo indispensable de una cosa para conceptuarla como tal⁽⁶⁵⁾, es decir, la naturaleza misma de la composición entitativa del bien, como cuando se compra un objeto de cobre creyéndose de oro⁽⁶⁶⁾.

De Ruggiero anota que las cualidades normalmente, determinan objetiva o subjetivamente el destino y las funciones de la cosa⁽⁶⁷⁾; Albaladejo se refiere a aquellos atributos, cualidades o caracteres que, siendo propios o incluso ajenos a la sustancia o esencia, son tenidos en cuenta⁽⁶⁸⁾.

Conviene advertir que un sector de la doctrina ha sostenido que el error en el valor y el error en la cantidad son casos especiales de

(62) Artículo 1110.

(63) MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1960, p. 187.

(64) En lo posible hemos seguido el orden del articulado del Código Civil peruano.

(65) LOHMANN, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Lima 1986, p. 345.

(66) LEÓN BARANDARIÁN, José, *Curso de Acto Jurídico*, Lima 1983, p. 173.

(67) DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, s. a., T. I, volumen II, p. 268.

(68) ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Barcelona, 1958, p. 138.

error relevante. En mi opinión, ambas situaciones se encuentran comprendidas en el concepto de las cualidades principales del objeto de la declaración.

ii. Error sobre las cualidades de la otra parte o de la persona a la que se refiere la declaración de voluntad.

Se exige que la consideración a las cualidades de la persona haya sido el motivo de la decisión contractual. Cualidades es sinónimo de modo de ser, de actuar o de comportarse y los atributos de la persona en general, sean físicos, intelectuales, morales y hasta jurídicos⁽⁶⁹⁾.

Este caso comprende tanto al receptor de la declaración como a cualquier persona a la que se refiera la declaración de voluntad, sea una persona natural o jurídica.

iii. Error de Derecho, cuando es el motivo de la declaración de voluntad.

Aunque el error de Derecho es usualmente confundido con la ignorancia de una norma jurídica, puede definirse, siguiendo a Stolfi⁽⁷⁰⁾ y Coviello⁽⁷¹⁾, como la interpretación equivocada o aplicación inexacta de una norma jurídica, entendiéndose ésta en el sentido amplio del término.

Como anotan De la Puente y Zusman, el error de Derecho permaneció confundido por mucho tiempo con el principio *error juris non excusat*, es decir, que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento⁽⁷²⁾. Bien dice Albaladejo que el error de Derecho no tiene que ver con la cuestión de la obligatoriedad de la ley⁽⁷³⁾; es evidente que el error de Derecho no puede alegarse para eludir el cumplimiento de una ley, sino únicamente en la impugnación de una aparente declaración de voluntad que no hubiese emitido de no haber mediado

(69) Así, BOFFI, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 453.

(70) STOLFI, Giuseppe, ob. cit., p. 175.

(71) COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General de Derecho Civil*, México, 1959, p. 420. DE LA PUENTE, Manuel y ZUSMAN, Susana, "Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos", en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, 1980, p. 100.

(72) DE LA PUENTE, Manuel y ZUSMAN, Susana, "Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos" en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, 1980, p. 100. ALBALADEJO, Manuel, *El negocio Jurídico*, Barcelona, 1958, p. 136.

(73) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio Jurídico*, Barcelona, 1958, p. 136.

este error determinante, excusable y conocible y que el Derecho no debe tutelar.

iv. Error en la naturaleza o en las consecuencias del acto.

Aunque un sector de la doctrina considera que este es un caso de error de Derecho⁽⁷⁴⁾ y otros que se trata de errores de hecho⁽⁷⁵⁾; considero que al admitirse la relevancia del error *juris* la distinción carece de importancia.

El error en la naturaleza y las consecuencias del acto suelen presentarse conjuntamente, toda vez que la importancia práctica de confundir una donación y una compra-venta, está precisamente en sus consecuencias, es decir, en el hecho de recibir o no el precio. Es evidente que este caso no se limita a los actos jurídicos tipificados en la ley, sino que es de aplicación en cualquier declaración de voluntad en aptitud de producir efectos jurídicos.

v. Error en el motivo de la declaración de voluntad, cuando se ha manifestado como su razón determinante.

Conviene aclarar con Albaladejo que la expresión “motivo” alude en este caso a las razones personales, ajenas en sí al negocio jurídico, que inducen a emitir la declaración de voluntad⁽⁷⁶⁾. Podemos afirmar que su única vinculación con el negocio está dada por su mención en la declaración, que hace indubitable la relevancia del error.

Convengo con León Barandiarán en que basta que el motivo se manifieste en cualquier forma para que entre a formar parte del “contenido de la declaración”⁽⁷⁷⁾, aunque tal manifestación debe ser indubitable a partir de la declaración de voluntad. Así, si Pedro compra a Juan un automóvil de lujo y declara que “cancelará el precio al recibir

(74) Así, CARIOTTA, Luigi, *El Negocio jurídico*, Madrid, 1941; citado por LOHMANN, Juan, Guillelmos, *El negocio Jurídico*, Lima, 1986, p. 349; también MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1979, p. 437; DE LA PUENTE, Manuel y ZUSMAN, Susana, “Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos” en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, p. 100, entre otros.

(75) Así, LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Buenos Aires, 1954, p. 97, BOFFI, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 452, entre otros.

(76) ALBALADEJO, Manuel, *El negocio Jurídico*, Barcelona, 1958, p. 142.

(77) LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Buenos Aires, p. 118. LARENZ, Kart, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, p. 41.

el dinero que ha ganado en la teoría”, resulta de la declaración que el motivo de la compra es el premio ganado y si en realidad no había ganado el premio, podría en ese caso aducir error en el motivo.

vi. Error en la base del negocio jurídico.

Otro caso de error en el motivo que se ha considerado relevante es el del error mutuo sobre la base del negocio jurídico, definida por Larenz como la común representación mental de los contratantes, por la que ambos se han guiado al establecer el contenido del contrato⁽⁷⁸⁾.

Williston cita un caso jurisprudencial alemán donde el acuerdo según el cual una persona pagaría a otra un derecho por navegar en un lago, fue anulado porque ambas partes lo celebraron desconociendo que eran aguas de libre navegación⁽⁷⁹⁾. Anota Larenz que el error en el motivo en que ha incurrido cada una de las partes, se refiere a una situación de hecho por ambas admitida, o sea, una presuposición común a ambas⁽⁸⁰⁾. El error en la base del negocio jurídico es una teoría que fue sostenida por Oertmann y admitida en la jurisprudencia alemana, a principios de siglo, para ser posteriormente incorporada en el Derecho positivo suizo⁽⁸¹⁾.

vii. Error de cálculo, cuando es causante de la declaración de voluntad.

Por regla general el error del cálculo no es un vicio del consentimiento, salvo que determine un error en la cantidad, cuando ésta deba considerarse una cualidad principal del bien objeto de la declaración de voluntad⁽⁸²⁾. También podría determinar un error en la declaración⁽⁸³⁾ e inclusive un error sobre el valor, considerando también como cualidad principal del objeto del acto⁽⁸⁴⁾.

(78) LARENZ, Kart, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, p. 41.

(79) WILLISTON, Samuel, ob. cit., p. 4479.

(80) LARENZ, Kart, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Madrid, 1956, p. 41.

(81) Artículo 24 del Código de las Obligaciones.

(82) Este parece ser el sentido del artículo 204 del Código Civil peruano.

(83) Sería el caso de un cálculo equivocado contenido en la declaración. Cuando la falla aritmética no determina una equivocación en la cantidad sino en el valor del bien. Por ejemplo, si creo debo pagar 150,000 por un terreno de 1,000 mts. cuyo precio por metro es de 170.

(84) Cuando la falla aritmética no determina una equivocación en la cantidad sino en el valor del bien. Por ejemplo, si creo debo pagar 150,000 por un terreno de 1,000 mts. cuyo precio por metro es de 170.

En estos casos, es evidente que el acto podrá ser impugnado por cualquiera de tales errores, es decir, el error en las cualidades principales del bien o el error en la declaración. Pero existen determinadas situaciones en que el error de cálculo no determinará un error relevante y, sin embargo, será determinante de la declaración de voluntad. Por ejemplo, si el metro de lino cuesta 35 y Pedro —vendedor minorista de telas— promete comprarle a Juan un rollo de 90 metros a 4000, por haber calculado que el metro le costará 30. El acuerdo de cosa y precio parece impedir una impugnación por error en la cantidad o en el valor, y, sin embargo, el error de cálculo ha sido determinante de la voluntad. Es este un caso de error de cálculo relevante *per se*, que parece merecer el amparo del Derecho. Veremos oportunamente que la rectificación es una solución particularmente importante en el error aritmético.

Finalmente, conviene reiterar que la enumeración de los casos de error, así como de cualquier vicio del consentimiento, no puede ser considerada limitativa sino meramente enunciativa, orientada por un doble propósito de prever los casos más importantes de error y de descartar la posibilidad de entender como relevantes situaciones que el Derecho considera indiferentes, sirviendo así de guía para una mejor comprensión de lo que la ley considera error relevante.

2.2. La ignorancia

Anota Bevilaqua que mientras el error es una noción falsa, la ignorancia es la completa ausencia de conocimiento sobre aquello de que se trata⁽⁸⁵⁾. Oertmann la define como la falta de una correcta representación (de la realidad) pero sin que la sustituya otra⁽⁸⁶⁾. Boffi afirma que se trata de dos situaciones filosófica y psicológicamente diferentes, pero afines desde el punto de vista jurídico⁽⁸⁷⁾.

Estas afirmaciones revelan la vinculación existente entre el error y la ignorancia. La asimilación en su tratamiento jurídico nos obliga a dejar en claro su distinción.

a) *Distinción entre la ignorancia y error en la voluntad*

La inclusión de la ignorancia en el concepto jurídico de error es uno de los casos más representativos de las extravagancias del len-

(85) BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1921, volumen I, p. 322.

(86) OERTMANN, Paul, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1933, p. 240.

(87) Boffi, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 449. LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Buenos Aires, 1954, p. 97.

guaje legal. Toda la doctrina reconoce que la ignorancia y el error son fenómenos distintos. Más aún, cualquier hombre razonable puede distinguir entre el desconocimiento de la realidad y una equivocada apreciación de la misma. Todos sabemos que ignorancia no es error y que error no es ignorancia. No obstante, jurídicamente la ignorancia ha sido incorporada en el concepto de error.

Debe advertirse que el problema de la asimilación de la ignorancia al error es bastante relevante. El Derecho ha tomado de la realidad dos fenómenos que sabe distintos, les reconoce sus respectivos significados y sus denominaciones, concede relevancia jurídica a sus efectos y regula sus consecuencias. En resumen, sigue el proceso normal de incorporación de un fenómeno real a la teoría jurídica. Pero nos dice que la ignorancia es un caso de error. Veremos cómo la doctrina intenta justificar este planteamiento.

Los fundamentos de la inclusión de la ignorancia en el concepto jurídico de error pueden resumirse en las siguientes:

i. Aunque son diferentes en rigor de principio, son equiparables en sus consecuencias⁽⁸⁸⁾.

ii. El error proviene de la ignorancia⁽⁸⁹⁾, que es su antecedente causal⁽⁹⁰⁾.

En cuanto al primer argumento debe advertirse que toda la doctrina reconoce que los efectos del error y de la ignorancia en el entendimiento son distintos. La ignorancia significa la ausencia de noción sobre un punto, mientras que el error supone una falsa noción. En cuanto a sus consecuencias jurídicas, es cierto que son las mismas, es decir, una impropiedad de la declaración de voluntad que permite su impugnación. Pero es evidente que estas son también las consecuencias jurídicas de todos los vicios de la declaración de voluntad, lo cual de modo alguno significa que podamos incorporarlos a todos en el concepto de error.

(88) LEÓN BARANDIARÁN, José, *Comentarios al Código Civil peruano*, Buenos Aires, 1954, p. 97. OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo: *Teoría General de los actos jurídicos o negocios jurídicos*, Bogotá, 1980, p. 187.

(89) OSPINA, Guillermo y OSPINA, Eduardo, *Teoría General de los actos jurídicos o negocios jurídicos*, Bogotá, 1980, p. 187. ALONSO, Mariano: *El error en la causa*, p. 30; citado por LOHMANN, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Lima, 1986, p. 338.

(90) ALONSO, MARIANO: *El error en la causa*, p. 30; citado por LOHMANN, Juan Guillermo: *El Negocio Jurídico*, Lima, 1986, p. 338.l.

El segundo argumento es puramente psicológico y no me considero en capacidad de rebatirlo. No obstante, por simple lógica, si es verdad que el error proviene de la ignorancia, sería esta la que debería contener en su concepto al error y no al revés.

En mi opinión, el verdadero motivo de la inclusión de la ignorancia en el concepto jurídico de error es uno histórico. El Derecho positivo regulaba el error y no la ignorancia; se advirtió que esta era también un vicio de la voluntad; son conocidas las similitudes entre ambos fenómenos; entonces, se optó por proteger al declarante sosteniendo que la regulación del error es perfectamente aplicable, y debía aplicarse, en el caso de ignorancia.

Esto es comprensible y razonable; lo lamentable es que el Derecho positivo moderno se haya conformado con este razonamiento en lugar de superar definitivamente el problema. En este sentido, considero inadecuada la solución propuesta por De la Puente y Zusman, de incorporar expresamente la ignorancia en la definición de error⁽⁹¹⁾. Lo más conveniente sería establecer simplemente que las normas que regulan el error también se aplican a la ignorancia, respetando así sus respectivos conceptos.

b) Elementos de la ignorancia

La ignorancia debe ser determinante de la impropiedad de la declaración de voluntad. En efecto, la falta de conocimiento debe ser tal que determine una declaración que hubiese tenido otro sentido o simplemente no hubiese existido de no haber mediado tal ignorancia. Al igual que en el error, el criterio de esencialidad permite establecer situaciones en que la ignorancia deberá en principio ser considerada determinante.

Debe también ser excusable, es decir que, según afirma Bevilaqua, debetenerporfundamentounarazónplausibledesertalqueunapersona de inteligencia común y diligencia ordinaria pudiera incurrir en ella⁽⁹²⁾.

De otro lado, la impropiedad de la declaración de voluntad, producida por la ignorancia, debe ser tal que, en atención a las circunstancias, deba considerarse conocible por el receptor de la declaración.

(91) DE LA PUENTE, Manuel y ZUSMAN, Susana, "Anteproyecto Sustitutorio del Libro de los Actos Jurídicos" en *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*, Lima, p. 97. BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1921, volumen I, p. 324.

(92) BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, 1921, volumen I, p. 324.

Finalmente, es también aplicable a la ignorancia lo tratado con relación a la no asunción del riesgo del error.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde que el consentimiento fue difundido como la declaración de voluntad jurídicamente relevante, se ha avanzado sustancialmente en una corriente objetiva de su estudio, incluso en temas tan complejos como los llamados vicios de la voluntad o vicios del consentimiento.

El Derecho Contractual va abandonando el psicologismo para estudiar la declaración de voluntad desde su versión exteriorizada, de manera que pueda tomarse como punto de partida aquello que el intérprete pueda apreciar. Ciertamente, no está negada la posibilidad de cuestionar la voluntad exteriorizada pero la carga de la prueba debe recaer en quien niegue su validez.

En el caso específico del error, la doctrina encuentra finalmente una posibilidad de estudiar adecuadamente este fenómeno humano, exigiendo inclusive determinadas características que se aplican tanto al error en la voluntad como al error en la declaración la aproximación objetiva permite abordar, con mayor facilidad el estudio de fenómenos afines al error como son la omisión de la declaración y la ignorancia que vicia la voluntad.

LA REPRESENTACIÓN: SU RECEPCIÓN EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

Por Giovanni F. PRIORI POSADA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. La representación en el derecho romano. 1.1. El desarrollo de la institución. 1.1.1. El derecho quirritario: La regla “per extraneam personam nihil adquiri potest”. 1.1.2. El derecho clásico: El desarrollo comercial y las excepciones impuestas por el derecho pretorio al principio del *ius civile*. 1.1.3. El derecho justiniano. 1.2. Las figuras del *nuntius* y del *procurator*. 1.2.1. El *nuntius*. 1.2.2. El *procurator*. 2. La representación en el derecho intermedio. 2.1. El instituto de la representación en el derecho germánico y en el derecho longobardo. 2.2. El derecho canónico. 2.3. La recepción de los postulados del derecho canónico en los estatutos de las ciudades italianas de la Edad Media. 2.4. El derecho castellano. 2.5. La obra de Bartolo. 2.6. La escolástica española y la escuela del derecho natural. 3. Las codificaciones europeas que influyeron en la codificación latinoamericana. 3.1. El *Code civil*. 3.2. El *Codice civile* de 1865. 3.3. El Código Civil español. 3.4. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). 3.4.1. La doctrina alemana del siglo XIX. 3.4.1.1. La *Zessionstheorie* (Teoría de la cesión). 3.4.1.2. La *Geschäftsherrntheorie* (Teoría del *dominus negoti* o teoría del titular del negocio). 3.4.1.3. La *Repräsentationstheorie* (Teoría de la representación). 3.4.1.4. La autonomía de la *Vollmacht* (poder) frente al *Auftrag* (mandato). 3.4.1.5. La Teoría de la cooperación. 3.4.1.6. La teoría de *Schlossmann*. 3.4.2. La representación en el BGB. 3.5. El *Codice civile* de 1942. 3.5.1. La doctrina italiana del siglo XX. 3.5.1.1. La teoría de la sustitución. 3.5.1.2. La teoría de la cooperación. 3.5.2. La representación en el *Codice civile*. 4. La codificación latinoamericana.

1. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO ROMANO

1.1. El desarrollo de la institución

En el derecho romano no se conocía la representación como un concepto abstracto y general⁽²⁾; sin embargo, para poder comprender

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori, Carrillo & Cáceres Abogados.

(2) “La representación directa presupone tal fuerza de abstracción que es imposible que pueda existir en un tiempo primitivo, en la cual todas las manifestaciones del derecho tienen relevancia en cuanto sean percibidas por los sentidos en la causa y en los efectos” de RICCOBONO, Salvatore. “Lineamenti della dottrina della

el desarrollo de esta institución en el derecho romano, es necesario analizar su evolución en sus distintas etapas.

1.1.1. El derecho quirritario: La regla “*per extraneam personam nihil adquiri potest*”

La doctrina sostiene que toda forma de representación directa era absolutamente desconocida en el derecho quirritario, el que solamente permitía que el *pater familias* pueda adquirir por intermedio de aquellos que se encontraban sujetos a su potestad, de ahí la regla romana “*per extraneam personam nihil adquiri potest*” que se encuentra en las Sentencias de Paulo⁽³⁾, las Instituciones de Gayo⁽⁴⁾ y cuyos rezagos se encuentran aún en el derecho justiniano⁽⁵⁾. En ese sentido se expresa Savigny cuando afirma que:

“Originariamente esisteva un principio rigoroso e molto gravoso per il commercio, che una rappresentanza potesse aver luogo solamente per mezzo

rappresentanza diretta in diritto romano”. En: *Annali del Seminario Giuridico di Palermo.*, vol. XIV. Año 1930, p. 392. Aunque vemos que en esta cita Riccobono afirma que esa falta de abstracción se da fundamentalmente en el derecho antiguo, otros autores hacen esa misma afirmación para todas las etapas del derecho romano: ENRIETTI, Enrico. Voz: “Contratto per persona da nominare”. En: *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV, p. 667; y ORESTANO, Riccardo. Voz: “*Rappresentanza (diritto romano)*”. En: *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIV, p. 796.

(3) Paul. Sent. 5,2,2: *Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest* (Traducción libre: “Por una persona libre que no se encuentra bajo nuestra potestad no podemos adquirir”).

(4) Gai. 2,95: “*Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus necque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus necque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extranem personam nobis adquiri posse*” (Traducción libre: “Resulta de ello que por medio de hombres libres que no están sujetos a nuestro poder ni son poseídos por nosotros de buena fe, y así por medio de siervos ajenos sobre los cuales no tenemos ni usufructo ni justa posesión, en ningún caso podemos adquirir. Y de ahí lo que comúnmente se dice: no podemos adquirir por medio de un extraño”).

(5) C. 4,27,1: “Es de inconcuso derecho, que exceptuada la causa de la posesión no se puede adquirir nada por medio de una persona libre, que no está sujeta al derecho de otra”. I. 2,9, 5: “Resulta, pues, de esto, que por ninguna causa puede adquirirse para vuestros por los hombres libres, que ni los tenéis sujetos a vuestra potestad ni los poséis de buena fe, como tampoco por los esclavos ajenos, sobre los que no tenéis el ni el usufructo ni justa posesión. Y esto es lo que se dice, que nada puede adquirirse por medio de una persona extraña; con la excepción de que por una persona libre, como por ejemplo, por un procurador, está establecido que se adquiere, no sólo a sabiendas, sino aún ignorándolo, según una constitución del divino Severo, la posesión, y por esta posesión también el dominio, si fue dueño el que transmitió, o la usucapión o la prescripción de largo tiempo, si no fuera dueño”.

degli uomini sottoposti al nostro potere giuridico, e anche questa limitata agli acquisti, non estesa alle diminuzioni del patrimonio”⁽⁶⁾.

El motivo de este principio se encontraría en el hecho que durante el derecho quirritario el pueblo romano era un pueblo eminentemente agrícola, en tal sentido la organización familiar era suficiente para satisfacer las exigencias que normalmente habrían sido satisfechas por el instituto de la representación directa⁽⁷⁾.

Por otro lado, se hace necesario aclarar que esta forma de ‘representación’ que se produce en el derecho quirritario no es una verdadera y real representación directa, como la conocemos hoy en día⁽⁸⁾. En efecto, esta adquisición del *pater familias* producida por intermedio de las personas sujetas a su potestad se sustentaba en la natural incapacidad de ser titulares de derechos en la que se encontraban los hijos o los esclavos⁽⁹⁾; de forma tal que éstos podían adquirir para el padre inclusive independientemente de su propia voluntad. De esta

(6) Traducción libre: “Originariamente existía el muy riguroso y gravoso principio para el comercio, que una representación solamente podía tener lugar por medio de los hombres sujetos a nuestro poder jurídico; e incluso éste limitado solamente a las adquisiciones, no extendiéndose a las disminuciones de patrimonio” de SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*. Traducción al italiano de Vittorio Scialoja. Utet: Torino, 1888, p. 111.

(7) ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 796.

(8) En ese sentido puede verse: BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Utet: Torino, 1998, p. 209 para quien los sujetos a potestad se consideran más bien órganos de la comunidad doméstica, más que representantes del titular de la potestad. También FUENTESECA, Pablo. *Derecho Privado Romano*. A. Gráficas: Madrid, 1978, p. 39 para quien el hijo y el esclavo eran como órganos de adquisición a favor del *pater* o del *dominus* respectivamente, constituyéndose la familia como un núcleo de adquisiciones en cabeza del *pater familias*. Asimismo, ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 796 para quien la actuación de los sujetos a potestad era una simple representación de hecho, no teniendo nada ver con la representación directa jurídicamente hablando. QUADRATO, Renato. Voz: “*Rappresentanza (diritto romano)*”. En: *Enciclopedia del diritto*, T. XXXVIII. Giuffrè: Milano, 1987, p. 421, para quien en estos casos el padre se personifica en el hijo, es decir éste se identifica con él. Por su parte ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundation of the Civilian Tradition. Law and Taxation Publishers & Legal and Academic Publishers: Cape Town*, 1992, p. 51, sigue la teoría esbozada por Kaser quien denomina a esta forma de representación la “*Organschaft*”. Windscheid tampoco considera que en estos casos pueda hablarse de una verdadera representación: WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*. Utet: Torino, 1902, vol. I, ps. 281/289.

(9) ORESTANO, R., ob. cit., p. 796. En el mismo sentido también puede verse: V. SCIALOJA. *Negozi Giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell' anno accademico 1892-1893. Raccolto dai dottori Mapei e Nannini*. Foro Itálico: Roma, 1933, ps. 219/220.

forma, siguiendo a Savigny⁽¹⁰⁾, este efecto era inclusive independiente de la voluntad del representado o del representante; es decir, no sólo el padre podía por su propia conveniencia, dar el encargo al hijo de estipular una *mancipatio* por él, sino que también estos actos eran hechos por el hijo aun sin conocimiento del padre; no obstante ello el derecho así adquirido venía inmediatamente a formar parte del patrimonio del *pater*; en consecuencia, todos los hombres sujetos a tal dependencia eran instrumentos ordinarios de adquisición del jefe de familia común.

1.1.2. El derecho clásico: El desarrollo comercial y las excepciones impuestas por el derecho pretorio al principio del *ius civile*

Luego de las guerras púnicas se produce un gran desarrollo comercial en Roma, lo que determina la necesidad de reconocer algunas formas de representación⁽¹¹⁾. En ese sentido cabe precisar que el principio elaborado por el *ius civile* se mantuvo inalterado, siendo el *ius pretorio* el ámbito en el que se comienzan a reconocer a algunas excepciones a ese principio, las que podríamos denominar como algunos casos de representación⁽¹²⁾. En ese sentido, el pretor va poco a poco reconociendo la posibilidad de que una persona extraña a la familia, o dicho en otras palabras, no sujeta a la potestad del *pater*, pueda representar los intereses de otro. Así, conforme afirma Orestano⁽¹³⁾, la jurisprudencia, manteniendo en teoría el riguroso principio del *ius civile*, se afanó por

(10) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*. cit., T. III, p. 111. En ese mismo sentido puede verse ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 796; BELLO, Andrèes. *Derecho Romano. Obras completas de Andrés Bello*, T. XVII. Fundación La Casa de Bello: Caracas, 1981, p. 80.

(11) En efecto, en relación al principio del derecho quirritario Savigny sostiene que: “*Un principio così restrittivo non potè mantenersi appena che il commercio divenne più attivo e più complicato*” (Traducción libre: “Un principio así de restrictivo no pudo mantenerse cuando el comercio devino más activo y más complicado”) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*. cit., T. III, p. 112. Por su parte, Riccobono se plantea la pregunta: “*Come poterono mai i romani svolgere la loro attività commerciale nel grande Imperio, senza l’ istituto della rappresentanza?*” (¿Cómo pudieron los romanos desarrollar la actividad comercial en el gran Imperio sin el instituto de la representación?) RICCOBONO, Salvatore, ob. cit., p. 391. También puede verse: A. WACKE. “*Alle origini della rappresentanza diretta: le azione adietizie*”. Traducción de Francesca Lamberti. En: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in “Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos). Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Centro di Studi Latinoamericani*: Roma, 1998, T. II, ps. 145/180.

(12) ENRIETTI, Enrico, ob. cit., p. 667.

(13) ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 797.

superar en la práctica las dificultades derivantes de la falta de representación directa a través de una serie de medios indirectos y remedios procesales, los cuales ya en la jurisdicción pretoria, y todavía más en la *cognitio extra ordinem*, realizaron prácticamente los efectos de la representación directa. De esta forma, es la jurisprudencia la que produce esta evolución⁽¹⁴⁾.

Sin duda, un rol importante dentro de esta evolución es cumplido por las *actiones adiecticiae qualitatis*. Así es, el principio del *ius civile* conforme al cual “*per extraneam personam nihil adquiri potest*” y que luego deriva en la afirmación más genérica de “*alteri stipulari nemo potest*”, determinaba que ninguno podía celebrar un negocio jurídico a fin de que se produzcan inmediatamente efectos en la esfera patrimonial de otro; dicho en otras palabras, una vez celebrado el negocio jurídico nacía una *actio* única y exclusivamente para las personas que habían celebrado el negocio. Ahora bien, de acuerdo con la definición de Wacke⁽¹⁵⁾, la peculiaridad de estas *actiones adiecticiae qualitatis* radicaba en la sustitución de la persona del demandado: así, en lugar de aquel que ha celebrado el contrato, y que aparece como legitimado pasivo en la *intentio* de la fórmula, se sustituye, en la *condemnatio*, el nombre del *dominus negoti* o del titular de la potestad⁽¹⁶⁾. *Actiones adiecticiae* son, entonces, acciones honorarias con transposición de sujeto pasivo que permitían que se pueda condenar a una persona distinta a aquella que había intervenido en la celebración del contrato, es decir a aquella en cuyo nombre se había celebrado el negocio jurídico.

1.1.3. El derecho justiniano

En el derecho justiniano encontramos una situación similar a aquella que encontramos en el derecho clásico. En efecto, en el *Corpus Iuris Civilis* se encuentran todavía las rigurosas máximas del *ius civile* junto con las excepciones ya admitidas por el derecho clásico

(14) *Ibidem*.

(15) WACKE, Andreas, ob. cit., p. 147.

(16) Recordemos que la *intentio* y la *condemnatio* son dos de las partes que conformaban la estructura de la fórmula, elemento esencial del proceso formulario romano. En la *intentio* se enunciaba la relación jurídica sustancial en virtud de la cual se daba inicio al proceso; mientras que en la *condemnatio* se establecía la facultad de condena del juez. Lo que normalmente ocurría es que quien aparecía como sujeto en la *intentio* debía también aparecer en la *condemnatio*; lo que comienza a variar con las *actiones adiecticiae*. Las otras partes de la estructura de la fórmula son la *iudicis datio*, *demonstratio*, *adiudicatio*, *praescriptio*, *exceptio*, y la *arbitratus in restituendo*. Para mayor información recomendamos leer: BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Utet: Torino, 1998, ps. 92 y ss.

unidas a nuevos desarrollos y ampliaciones de aquéllas⁽¹⁷⁾. Esta situación es precisamente la que se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* y es la que ha originado las más grandes divergencias de la doctrina en torno al problema de la representación en el derecho romano. La discusión fundamentalmente se plantea en los términos de si la prohibición proveniente del *ius civile* que se encuentra aún en el *Corpus Iuris Civilis* es la regla general y las demás disposiciones son excepciones a esta regla; o si por el contrario, las numerosas disposiciones singulares determinaron que la representación se haya convertido en regla en el derecho romano, y la prohibición del *ius civile* era sólo una excepción o un rezago.

A criterio de Orestano⁽¹⁸⁾, en esta discusión doctrinaria ha prevalecido la opinión conforme a la cual la exclusión de la representación directa subsiste aún en el derecho justiniano, y las numerosas reglas en contra de este principio no constituyen sino excepciones, aunque numerosas, a esta regla. Esta opinión predominante se advertía ya en la Glosa de Acursio, quien, sin embargo, reporta una opinión distinta de Martino, para quien el complejo de las excepciones constituía la regla⁽¹⁹⁾.

La discusión, sin embargo, se traslada muchos siglos después. Así, durante el siglo XIX, Savigny⁽²⁰⁾ fue partidario de la opinión de Martino, afirmando que el resultado de la problemática de la representación en el derecho justiniano se podía resumir en las siguientes reglas:

(17) ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 800. Algunos textos del *Digesto* se refieren a casos de representación, como es en el caso del mutuo D. 12, 1, 9, 8, “Si en tu nombre hubiere yo dado dinero mío, como tuyo, estando tú ausente e ignorándolo, escribe Aristón, que se adquiere para ti la condición. También Juliano, interrogado sobre esto escribe en el libro décimo, que es la verdadera opinión de Aristón, y que no se duda, que si en tu nombre hubiere yo dado por tu voluntad dinero mío, se adquiere para ti la obligación, porque diariamente para dar dinero en mutuo pedimos a otro, que el acreedor lo entregue en nuestro nombre al que ha de ser nuestro deudor”. También podemos encontrar textos sobre el procurador: D. 41, 1, 13, pr: “Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío, y le hubiera sido entregado en mi nombre, se adquiere para mí el dominio, esto es, la propiedad, aun ignorándolo yo”. Lo mismo en caso de tutela: D. 41, 1, 13, 1: “El tutor de un pupilo o de una pupila, a la manera que el procurador, comprando en nombre del pupilo o de la pupila, adquiere para ellos la propiedad, aun ignorándolo ellos”.

(18) ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 800.

(19) Orestano cita la afirmación de Acursio en torno a la opinión de Martino: “*sed Martinus dicebat hos casus facere regulam et sic quis casus esset contra illud speciale esset*”. ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 800.

(20) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema di diritto romano attuale*, T. III, ps. 120/122.

1. Los ‘actos civiles’ se encuentran todavía bajo el imperio del antiguo principio conforme al cual ‘*alteri stipulari nemo potest*’, sin embargo, sostiene Savigny, los ‘actos civiles’ se reducen en el derecho justiniano a la *stipulatio*.

2. Los ‘actos naturales’ admiten todo tipo de representación, sea a través de los dependientes o a través de personas libres. Aquí se encuentran, siguiendo a Savigny, la mayor cantidad de actos del derecho justiniano.

3. La representación puede ser de dos clases: la necesaria y la no necesaria. La primera es aquella a través de la cual el titular de la potestad adquiere a través de quienes se encuentran sujetos a su poder lo que en el derecho justiniano, según Savigny, se reduce solamente a los esclavos. La segunda puede ser o voluntaria (es decir otorgada por el sujeto individual); o aquella que se forma en virtud de una relación jurídica general, como el caso de los tutores y curadores.

Nótese, entonces, que para Savigny en el derecho justiniano la regla *alteri stipulari nemo potest* era única y exclusivamente aplicada a la *stipulatio*.

La tesis esbozada por Savigny y la división en ‘actos civiles’ y ‘actos naturales’ que formula se sustentan en D. 41, 1, 53, donde se expresa que:

“Las cosas que se adquieren civilmente las adquirimos por medio de los que están bajo nuestra potestad, por ejemplo mediante estipulación; lo que se adquiere naturalmente, como es la posesión, lo adquirimos por medio de cualquiera queriendo nosotros poseerlo”.

La interpretación de las fuentes romanas formulada por Savigny no tuvo acogida en la Pandectística, siendo la opinión dominante en ésta que el instituto de la representación directa constituía la excepción en el derecho romano⁽²¹⁾. Sin embargo, posteriormente en Italia, Riccobono⁽²²⁾ sostuvo la misma opinión de Savigny, llegando a afirmar que, en el derecho justiniano, la representación fue naturalmente admitida en todas sus formas, como en el derecho moderno; ya que todos los medios indirectos y las aplicaciones individuales del derecho clásico ya organizadas y unidas al *ius civile*, variaron el antiguo prin-

(21) ORESTANO, Riccardo, ob. cit., p. 800.

(22) RICCOBONO, Salvatore, ob. cit., p. 393. De la misma opinión es Scialoja: SCIALOJA, Vittorio. *Negozi Giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell' anno accademico 1892-1893. Raccolto dai dottori Mapei e Nannini*. Foro Itálico: Roma, 1933, ps. 220/227.

cipio negativo. Para el referido autor, los textos del *Corpus Iuris Civilis* que se contradicen son solamente sobrevivientes del antiguo sistema quirritario. Sin embargo, repetimos, ésta es la opinión minoritaria en la doctrina.

1.2. Las figuras del *nuntius* y del *procurator*

1.2.1. *El nuntius*

Es llamada “*nuntius*” la persona libre o esclava que se limita a ser el medio de comunicación de una voluntad ajena⁽²³⁾. Es decir, el *nuntius* no porta una voluntad propia, sino que es portador de una voluntad ajena o, para ser más precisos, de una declaración de voluntad ajena. De esta forma, el *nuntius* no participa en la formación del contrato, sino que, a decir de Zimmermann, es un medio mecánico de transmisión de la voluntad⁽²⁴⁾. Los romanos admitieron la participación del *nuntius* en los casos en los cuales la formalidad de los contratos no exigía la presencia física de las partes⁽²⁵⁾, teniendo una especial participación en los contratos consensuales⁽²⁶⁾.

Siendo que el *nuntius* es un simple medio de comunicación de una voluntad que no le pertenece a él, no puede confundirse el uso de este instituto con el del representante. Probablemente la mejor distinción entre *nuntius* y representante sea aquella proporcionada por Windscheid conforme al cual el *nuntius* es un representante en la declaración de la voluntad, mientras que el representante lo es de la voluntad⁽²⁷⁾.

Esta distinción sin embargo no ha sido tampoco un punto de encuentro en la doctrina; Savigny, por ejemplo, afirma que no existen razones para establecer la diferencia entre el *nuntius* y el *procurator*,

(23) BURDESE, Alberto, ob. cit., p. 209.

(24) ZIMMERMANN, Reinhard, ob. cit., p. 50.

(25) BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*, T. IV: *Le obbligazioni*. Ristampa corretta delle lezioni a cura di Giuliano Bonfante. Giuffrè: Milano, 1970, p. 349.

(26) D. 2, 14, 2, pr. “Dice Labeón que se puede convenir o con la cosa, o por carta, o por mensajero; también se puede entre ausentes. Pero también se entiende que se conviene tácitamente”; D. 18, 1, 1, 2: “Mas la compra es de derecho de gentes, y por eso se perfecciona por el consentimiento, y puede hacerse entre ausentes, y por mensajero y por carta”.

(27) BONFANTE, Pietro, ob. cit., p. 350. Esta misma distinción entre *nuntius* y representante la da Scialoja: SCIALOJA, Vittorio. *Negozi Giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell' anno accademico 1892-1893. Raccolto dai dottori Mapei e Nannini*. Foro Itálico: Roma, 1933, p. 217. En ese sentido, el *nuntius* es equiparado a la carta, como medio de transmisión de una declaración de voluntad.

siendo éste uno de los sustentos de su teoría según la cual en el derecho romano la regla general fue la representación directa⁽²⁸⁾.

1.2.2. *El procurator*

Ya en la época antigua el *procurator* se distinguía del mandatario en el sentido que la calidad de *procurator* no tenía en su base una convención, sino más bien la administración de hecho de un patrimonio o de una autorización concedida a una persona que se encontraba en relación de sujeción con el titular⁽²⁹⁾. Posteriormente en el derecho clásico el *procurator* presupone siempre un mandato, pero se sigue distinguiendo siempre del mandatario en tanto éste debe concluir un determinado negocio, mientras que aquél administra establemente un determinado patrimonio⁽³⁰⁾, de donde el *procurator* típico era el *procurator omnium bonorum* (denominación que se opone a la de *procurator unius rei*)⁽³¹⁾. Esta distinción entre *procurator* y mandatario parece desaparecer en el derecho justiniano⁽³²⁾ de forma tal que ambas instituciones se funden en una.

Los actos del *procurator* son reputados en las fuentes como si fueran hechos por el propio *dominus negoti*⁽³³⁾.

(28) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazione*. cit., T. II, ps. 55/56.

(29) BONFANTE, Pietro, ob. cit., p. 342.

(30) D. 3, 3, 1, pr. "Procurador es el que administra negocios ajenos por mandato del dueño". D. 3, 3, 1, pr. "Mas el procurador puede ser nombrado para todos los negocios, o para uno sólo, o estando presente por medio de mensajero, o por carta, aunque algunos, según escribe Pomponio en su libro 24, no consideren procurador al que acepta mandato para un solo negocio; así como, a la verdad tampoco se llama propiamente procurador al que se encarga de llevar una cosa, o carta o aviso. Pero es más cierto que también es procurador el que fue nombrado para una sola cosa". D. 3, 3, 50, "Por cualquier razón que tu procurador haya sido liberado por mí, debe esto aprovecharte a ti".

(31) BONFANTE, Pietro, ob. cit., p. 342. También NICOSIA, Giovanni. Voz: "Gestione di affari altrui (storia)". En: *Enciclopedia del diritto*, T. XVIII, ps. 628/643. Giuffrè: Milano, ps. 630/631; y GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús. *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1982, p. 372.

(32) D. 3, 3, 1, pr. "Mas el procurador puede ser nombrado para todos los negocios, o para uno sólo, o estando presente por medio de mensajero, o por carta, aunque algunos, según escribe Pomponio en su libro 24, no consideren procurador al que acepta mandato para un solo negocio; así como, a la verdad tampoco se llama propiamente procurador al que se encarga de llevar una cosa, o carta o aviso. Pero es más cierto que, que también es procurador el que fue nombrado para una sola cosa". D. 3, 3, 50: "Por cualquier razón que tu procurador haya sido liberado por mí, debe esto aprovecharte a ti".

(33) D. 41, 1, 13, pr.: "Si un procurador hubiere comprado para mí una cosa por mandato mío, y le hubiera sido entregado en mi nombre, se adquiere para mí el do-

2. LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO INTERMEDIO

No más sencilla es la tarea de estudiar el instituto de la representación durante el derecho intermedio. Coing⁽³⁴⁾, al iniciar el estudio de la representación en esta etapa, afirma que el desarrollo del instituto de la representación sobre la base de las regulaciones del derecho romano “debió haber sido un cometido difícil para una ciencia jurídica, que fundamentalmente se concebía como una interpretación de los textos existentes; no podía solucionarse sin nuevos impulsos y estos esfuerzos se dieron en el Derecho Canónico, con la apelación a los *‘mores hodierni’*, y también en el Derecho Natural racionalista”.

2.1. El instituto de la representación en el derecho germánico y en el derecho longobardo

En las leyes de los reinos germánicos de occidente no se encuentran casos de representación directa, debido al carácter aún formal del derecho⁽³⁵⁾. En el derecho germánico existe la figura del *salmanno* quien intervenía en las tradiciones que se producían entre ausentes, sin embargo esta figura no puede ser equiparada a la del representante en tanto que no actuaba a nombre de otro, sino que lo hacía a nombre propio⁽³⁶⁾.

En el derecho longobardo, sin embargo, se produjo una situación en la que las leyes establecidas por los Reyes legisladores no permitieron el instituto de la representación debido al carácter civil y penal de las obligaciones provenientes del contrato, lo que confirió un carácter bastante personal a dichas obligaciones; pero en los territorios conquistados se conservó, en parte, la eficacia de la representación como en el derecho justiniano, por lo que en los territorios ocupados, a decir de Leicht⁽³⁷⁾ continuó ininterrumpida la evolución jurídica producida durante el derecho romano en materia de representación. Paulatinamente, aunque solamente en casos especiales, el derecho longobardo fue conociendo excepciones a la prohibición de la representación, sin

minio, esto es, la propiedad, aun ignorándolo yo”. D. 43, 26, 6, 1: “Si mi procurador hubiere rogado en precario mandádoselo yo, o ratificándolo, se dice con propiedad que yo tengo en precario”. D. 46, 5, 5, if. “En todas las estipulaciones pretorias se ha de observar esto, que, si estipulara un procurador mío, me compete, con conocimiento de causa, acción por estipulación...”.

(34) COING, Helmut. *Derecho Común Europeo*, Madrid, 1996, ps. 536/537.

(35) LEICHT, P. S. *Storia del diritto italiano. Il diritto privato. Parte terza: Le obbligazioni*. Giuffrè: Milano, 1948, p. 18.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*.

embargo la regla general del derecho longobardo conforme a la cual se prohibía el instituto de la representación se mantuvo hasta el siglo XIV⁽³⁸⁾.

2.2. El derecho canónico

El derecho canónico tuvo una actitud bastante diferente frente al instituto de la representación. La causa probablemente se deba a que, conforme a la afirmación de Rosshirt⁽³⁹⁾, todo el ordenamiento de la Iglesia se basa en el concepto de representación, en el sentido que Cristo dejó en la tierra un Vicario como su representante.

Además de ello, a criterio de Bussi⁽⁴⁰⁾, un elemento fundamental que explica esta diversa concepción del derecho canónico en torno a la representación, es el postulado de la religión cristiana conforme a la cual todos los hombres son iguales ante el Padre, siendo ello así, el derecho canónico no tenía mayores obstáculos para llegar a aceptar que cualquier persona podía adquirir derechos y/o obligaciones a través de la actuación de otro, más aún teniendo en cuenta que el Cristianismo comienza a proclamar el hecho que la persona no sólo debe actuar por sí y para sí, sino que lo puede hacer también por los demás. A criterio de Escobar⁽⁴¹⁾, el derecho canónico acogió y amplió el instituto de la representación a consecuencia del desarrollo del principio ético de la buena fe. De ahí los postulados del derecho canónico dados por Bonifacio VIII (12941303): *“Potest quis per alium quod potest per se ipsum”*⁽⁴²⁾ y *“qui facit per alium est proinde ac si faciat per se ipsum”*⁽⁴³⁾, postulados que conforme a la afirmación de Calasso⁽⁴⁴⁾ vienen a reemplazar la regla *alteri stipulari nemo potest* que regía en el derecho romano.

(38) *Ibid.*, ob. cit., p. 19.

(39) *“Die ganze christliche Ordnung beruht auf der Stellvertretung. Christus hat seinen Stellvertreter hinterlassen”* Rosshirt citado por BUSSI, Emilio. *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti delle obbligazioni)*. CEDAM: Padova, 1937, p. 296.

(40) *Ibidem*.

(41) ESCOBAR SANÍN, Gabriel. *Negocios civiles y comerciales, T. I: Negocios de Sustitución*. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia: Bogota, 1987, p. 250.

(42) *“Uno puede por otro porque puede por sí mismo”* (Traducción libre del texto en latín sacado de: SCHUPFER, Francesco. *Il diritto delle obbligazioni nella Italia nella età del risorgimento*. Vo. 1. Fratelli Bocca: Torino, 1972, p. 68).

(43) *“Quien hace para otro es como si hiciera para sí mismo”* (Traducción libre del texto en latín sacado de: SCHUPFER, Francesco, ob. cit., p. 68).

(44) CALASSO, Francesco. *Il Negozio Giuridico*. Giuffrè: Milano, 1987, p. 319.

De esta forma, el derecho canónico establecía la máxima conforme a la cual era posible que una persona libre represente los intereses de otra, creándose un vínculo obligatorio entre el representado y el tercero; no era necesario para ello que el mandante tuviera algún tipo de impedimento legítimo que haga necesaria la actuación por parte de un representante⁽⁴⁵⁾.

Por lo demás, el instituto de la representación en el derecho canónico era visto como una necesidad a fin de que los eclesiásticos puedan dedicar su tiempo a sus obras y estudios; de esta manera se hacía necesario el nombramiento de un *procurator* que los represente en sus demás asuntos⁽⁴⁶⁾.

2.3. La recepción de los postulados del derecho canónico en los estatutos de las ciudades italianas de la Edad Media

Son varios los estatutos de las ciudades italianas⁽⁴⁷⁾ que recogen los postulados del derecho canónico en torno a la representación, en clara oposición al principio general enunciado por el derecho romano que establecía *alteri stipulari nemo potest*.

En ese sentido, el Estatuto de Brescia establece que:

“Quod ex omni initio et facto nomine alterius tam de mercato, quam de aliis rebus, acquiratur acto et acquista sit illi vel illis, quorum vel cuius nomine contractus sive promissio factus est vel facta, ac si promissio et obligatio esset facta illi vel illis quorum vel cuius nomine contractus vel promissio factus esset vel facta”⁽⁴⁸⁾.

Es decir, se entendía que el acto o promesa hecho a nombre de una persona se reputaba hecha por ésta; pero dicho Estatuto va más allá señalando: “*sine aliqua cessione*”⁽⁴⁹⁾. Con ello pues, se declaraba que a fin de que los efectos de un acto realizado en nombre de una tercera

(45) SCHUPFER, Francesco, ob. cit., ps. 68/69.

(46) E. BUSSI, ob. cit., p. 297.

(47) SCHUPFER enumera una serie de estatutos en los cuales se produce esta recepción de los postulados del derecho canónico. Ver: SCHUPFER, Francesco, ob. cit., ps. 68/71.

(48) “Lo que de todo acto y hecho es adquirido en nombre de otro, tanto en el comercio, como respecto a otras cosas; se adquiere para aquél o aquéllos en el nombre del cual o de los cuales se ha hecho la promesa o el contrato; como si la promesa y la obligación se hubieran hecho por aquél o aquéllos en nombre del cual o de los cuales se haya hecho el contrato o la promesa” (Traducción libre del texto en latín citado en SCHUPFER, Francesco, ob. cit., p. 69).

(49) “sin cesión alguna” (Traducción libre del texto en latín citado en SCHUPFER, Francesco, ob. cit., p. 69).

persona se reputaran de ésta, no se hacía necesaria una ratificación o cesión posterior; en otras palabras, se dejaba de lado el instituto de la denominada “representación indirecta” que había sido la práctica común en toda la época anterior, para dar pase al instituto de la representación directa. La misma disposición en el sentido que no era necesaria la cesión o ratificación se encuentra en el Estatuto de Florencia⁽⁵⁰⁾.

Por su parte, el estatuto de Casale del siglo XIV establecía que:

“quod quilibet possit stipulari et acquirere nomine et vice alterius etiam absentis, et quod ex ipsa stipulatione ius acquiratur illi cuius nomine stipulatum et acquisitum fuerit, non obstante aliquo in contrario faciente vel loquente”⁽⁵¹⁾.

Nótese como en este Estatuto se establece de forma expresa que la regla general es aquella conforme a la cual ‘**cualquiera** puede adquirir y estipular en nombre de otro’, sentando con ello la regla general opuesta a aquella establecida por el derecho romano conforme a la cual ‘**ninguno** puede estipular para otro’.

Estos Estatutos, pues, son de vital importancia para el desarrollo del instituto de la representación, ya que contemplan de forma expresa un principio diverso a aquél establecido por el derecho romano⁽⁵²⁾.

2.4. El derecho castellano

Las Siete Partidas establecían como principio que ninguna persona podía prometer en nombre de una tercera persona que no es-

(50) “*ex quolibet actu et facto per quemlibet recipientem alterius nomine... acquiratur ius quodlibet, etiam sine aliqua cessione... seu ratihabitione... cuilibet etiam ignoranti, cuius nomine receptum fuit, cui tamen iuri renuntiari possit. Et qui sic receperit teneatur actionem cedere (illi) pro quo receperit.* Traducción libre: “De cualquier acto y hecho a través de cualquier aceptante en nombre de otro... se adquiere cualquier derecho, también sin ninguna cesión... o ratificación... también a cualquiera que ignora en cuyo nombre se haya hecho la aceptación, derecho al cual puede, sin embargo, renunciar. Y aquel que haya recibido en tal modo mantiene el derecho de ceder a favor del cual ha recibido”. El texto en latín ha sido extraído de SCHUPFER, Francesco, ob. cit., p. 70.

(51) “...en relación a esto cualquiera puede estipular y adquirir en nombre y en vez de otro, aunque ausente; y de esta estipulación es adquirido el derecho para quien en cuyo nombre se haya estipulado o adquirido, no obstante alguno diga o haga lo contrario” (Traducción libre del texto en latín sacado de: SCHUPFER, Francesco, ob. cit., p. 70).

(52) “*Aggiungeremo anzi non esservi quasi statuto, il quale in qualche modo non metta in luce la grande differenza che passava tra il nuovo principio e l'antico.* Traducción libre: “Añadiremos más bien que no existe casi ningún estatuto que, de cualquier manera no ponga en luz la gran diferencia entre el nuevo principio y el antiguo”. F. SCHUPFER, ob. cit., p. 70.

tuviera en su poder; si se hacía una promesa de este tipo ni quien la hizo ni la tercera persona en cuyo nombre fue hecha la promesa quedarían obligadas⁽⁵³⁾. Se admitían, de esta forma, las promesas hechas por los hijos, los siervos, o los sacerdotes que se encontraran bajo la potestad de otra persona. Hasta aquí parecería repetirse la regla romana conforme a la cual *'per extraneam personam nihil adquiri potest'*, sin embargo a diferencia de ésta, las Siete Partidas exigían el actuar en nombre de 'su señor'. La misma ley de las Siete Partidas admitía también que el escribano y el juez puedan recibir promesas en nombre de otro.

Las Siete Partidas, entonces, en líneas generales mantuvieron los postulados elaborados por el derecho romano; en ese sentido, García Garrido expresa que en el régimen de las Siete Partidas "no se admitía la representación voluntaria, aunque se seguía el sistema romano de admitir la intervención de los hijos y esclavos sometidos a potestad"⁽⁵⁴⁾.

(53) Part. 5º, tit. 11, ley 7: *"Un ome non puede rescibir promission de otro en nome de tercera persona, so cuyo poder non fuesse. E seria como si dixesse el uno al otro, prometes que me des a fula tal cosa, e el otro respondesse prometo. Ca por tal prometimento, non fincaria obligado, el q lo faze, nin la tercera persona, en cuyo nome fu fecha la promission, nol puede apremiar, nin deue. Ma si el que fiziessse la promission dixesse así: prometo, que de a vos o a fulan tal cosa, si este que fizo la promission, el por sí mismo, non feyedo apremiado, quisiessse complir la promission, dando al otro tercero, lo q prometyera a dar dende adelante, no podria demandar aquello, que ouisse dado. Nin el otro non seria tenuto de gelo tornar a el. Mas aquel que recibio la promission puede apremiar, demandando gelo por los judgadores, que torne aquello que recibio por su mandado. Mas aquel que estouiesse en poder de otri, assi como el fijo en nome de su padre. O el fieruo en nome de su Señor. O el religioso en nome de su mayoral, bien puede recibir promission de otro. E valdra la promissio que cada uno destos sobredichos rescibiesse en nome deaquél, so cuyo poder estouiesse. E puede la demandar aql en cuyo nome fue fecha, al que la fizo tabien como si el mismo la ouisse rescibida. E aun decimos que los judgadores e los escribanos, de concejo, que escriuen co ellos, pueden recibir pormission en nome de otro. E esto seria, si la rescibiesen en nome de alguno huerfano, e a sus bienes. E si la rescibiese en juycio de la vna parte en nome de otro, sobre algun pleyto, que ouisse entre ellos. O si la recibiesen, tomando tregua de vno en nome de otro. O sobre otro pleyto semejante destos. Ca maguer ninguno destos sobredichos, en cuyo nome fuesse rescibida la promission, non estouiesse delante, cuando la rescibio, vale la promission, e puede la demandar, aquel en cuyo nome fu fecha, tabien como si el mismo la ouisse rescibida. Porque estos en cuyo nome toman estas promissiones son como en poder o en guarda destos oficiales a tales. E aun porque estos oficiales atales, son como fieros publicos, del consejo do bien, por razon de las cosas que han de fazer, que pertenecen a su oficio"*.

(54) GARCÍA GARRIDO, M. J. "Causa contractual en el derecho intermedio: influencia de glosadores y canonistas en las partidas y el ordenamiento de Alcalá". En: VACCA, Letizia (compiladora) *Causa e contratto nella prospettiva storico — comparatistica*. Giappichelli: Torino, 1997, p. 184.

La situación cambia, sin embargo con el ordenamiento de Alcalá en el que se establecía que

“Pareciendo que se quiso ome obligar a otro por promisión, o por algún contrato, o en alguna manera, sea tenuto de aquellos a quienes se obligó, y no pueda ser puesta excepción que non fue fecha estipulación, que quiere decir prometimento con ciertas solepnidades de derecho, o que fue fecha ante escrivano público, o a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno de dar, o de facer alguna cosa a otro: más que sea valendera la obligación o el contrato que fueran fechos en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro; a fazer contracto con él”⁽⁵⁵⁾.

Esta misma norma, con algunas pocas modificaciones —ninguna sustancial para el caso que nos ocupa— es posteriormente repetida en la *Nueva Recopilación* de 1567⁽⁵⁶⁾, y en la *Novissima Recopilación* de 1805⁽⁵⁷⁾.

Fundamental es entonces este avance que da el derecho castellano en el desarrollo de la permisión del instituto de la representación. Recordemos que hasta este momento los institutos de la representación y del contrato a favor de tercero van de la mano, no existiendo una diferencia entre ambos supuestos.

2.5. La obra de Bartolo

La intervención de la obra de Bartolo en el desarrollo del instituto de la representación es principalmente considerada en el plano de la utilización de los términos técnicos⁽⁵⁸⁾. En ese sentido, los cambios a la regla romanista en este autor comienzan a diseñarse cuando se afirma que el tercero (es decir aquel en cuyo nombre se ha contratado) tiene una acción útil en los casos en los cuales el representante, a causa de diversas circunstancias, se encuentre en la imposibilidad de cederle

(55) Título XVI; ley única del Ordenamiento de Alcalá.

(56) L. 2, tit. 16, lib. 5: “*Pareciendo que alguno se quiso obligar a otro por promisión, o por algún contrato; o en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello, a que se obligó, y no pueda poner excepción que no fue hecha estipulación, que quiere decir prometimento con cierta solemnidad de derecho, o que fue hecho el contrato, o obligación entre ausentes, o que no fue hecho ante escrivano público, o que fue hecha a otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, o que se obligó alguno que daría otro o que haría alguna cosa: mandamos que toda via vala la dicha obligación y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar a otro*”

(57) 10, 1, 1.

(58) CAPPELLINI, Paolo. Voz: “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”. En: *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè: Milano, 1987, T. XIV, p. 446.

la acción⁽⁵⁹⁾. De esta forma, partiendo del instituto de la “representación indirecta” admitido desde el derecho romano, Bartolo afirma que aquellos derechos que el *procurator* no puede ceder al ‘representado’ son adquiridos de forma inmediata por éste; y es en la explicación de este fenómeno la sede en la cual Bartolo introduce la noción lingüística ‘representación’⁽⁶⁰⁾:

“In his, quae adeo sunt personalia, quae ex persona procuratoris non possunt transire in dominum, procurator **rapraesentat** personam domini directo sicut nuncius [...] Et ideo, si aliquis desponsat uxorem procuratorio nomine meo, non est dubium, quod illa non est uxor procuratoris, nec est opus, quod per procuratorem cedatur mihi, sed **mea directa uxor efficitur**”⁽⁶¹⁾.

Vemos entonces que Bartolo hace corresponder al término ‘representación’ el supuesto en el cual los efectos del contrato se producen de forma inmediata en la esfera jurídica del ‘representado’.

2.6. La escolástica española y la escuela del derecho natural

El aporte de la segunda escolástica española en la historia de la formación del concepto de contrato ha sido fundamental. No es ésta la sede para establecer los alcances de ese aporte, nos basta solamente indicar que la segunda escolástica española, al haber individualizado en primer término la moderna noción de contrato en general, permitía establecer de manera inmediata reglas constantes y comunes aplicables a todos los tipos de contratos⁽⁶²⁾. Entre las tantas categorías y tratamientos generales que se podían diseñar entonces, se encuentra aquella de la conclusión del contrato, y es aquí donde se da el desarrollo del instituto de la representación en la segunda escolástica española, y desde el cual se comienza a elaborar el problema del actuar en nombre de otro en la escuela del derecho natural.

En efecto, Grocio, analizando el tema de la aceptación en la conclusión del contrato, afirma:

(59) *Ibidem*.

(60) *Ibidem*.

(61) Traducción libre: “En las cosas que son a tal punto personales, que no pueden pasar de la persona del procurador al principal, en estas cosas el procurador representa la persona del principal, directamente como un nuncio. Y por ello, si alguien promete matrimonio con poder a nombre mío no hay duda que aquélla no es mujer del procurador, no hay necesidad de que sea cedida por el procurador, sino que es adquirida por mí directamente”. BARTOLUS, *Commentaria. Tomus Quintus. In Primam Digesti Novi Partem*. Venetis, 1590, ad LXIII. Citado por CAPPELLINI, Paolo, ob. cit., p. 446.

(62) CAPPELLINI, Paolo, ob. cit., p. 452.

“Solent et controversiae incidere de acceptatione pro altero facta: in quibus distinguendum est inter promissionem mihi factam de re danda alteri, et inter promissionem in ipsius nomen collatam cui res danda est”⁽⁶³⁾.

A partir de la aceptación, entonces, Grocio comienza a distinguir entre el instituto de la representación y el del contrato a favor de tercero.

Un momento trascendental, entonces, en el desarrollo del instituto materia de nuestro estudio es la diferenciación de los casos en los cuales la promesa viene aceptada en nombre propio para un tercero, de aquellos en los cuales la promesa venga aceptada en nombre ajeno⁽⁶⁴⁾; diferenciación que se da ya en esta época y que se ve claramente reflejada en la obra de Grocio⁽⁶⁵⁾.

Cabe señalar, sin embargo, que el análisis y las afirmaciones de Grocio continúan sobre la base de la distinción entre representación activa y representación pasiva, distinción que se venía haciendo desde el derecho romano; la concepción unitaria del instituto de la representación pareciera ser plenamente formulada por Christian Wolff⁽⁶⁶⁾. Esta concepción unitaria facilita la admisión de la idea que las acciones de quien actúa en nombre de otro dentro de los límites del mandato son consideradas como si fueran parte del actuar del propio representado⁽⁶⁷⁾, produciéndose entonces la transmisión inmediata de

(63) “Se suele incidir en la controversia acerca de la aceptación hecha por otro: en las que se debe distinguir entre promesas hechas a mí sobre la cosa para dar a otro; y entre promesas en nombre del mismo a quien es conferida la cosa dada. U. GROCIO. *De jure belli ac pacis libri tres in quibus Jus naturae et gentum, item juris publici praecipua explcantur cum annotatis auctoris ex postrema eius ante obitum cura*. Amstelaedami, 1702. Citado por P. CAPPELLINI, ob. cit., ps. 451/452.

(64) CAPPELLINI, Paolo, ob. cit., p. 453.

(65) GROCIO, Ugo, ob. cit., N° XIX. Citado por: CAPPELLINI, Paolo, ob. cit., p. 453.

(66) COING, Helmunt, ob. cit., p. 54.

(67) “*Quoniam mandatarius tuo nomen agit; quod intra fines mandati agit, tu fecisse putandus es, cumque de voluntate tua alteri constare non posse, nisi ex mandato manifesto, quod mandatarius facit intra fines mandati manifesti, id a te factum recte sumit is, cum quo agitur, consequenter promittendo te huic et acceptando hunc tibi obligat*” (Traducción libre: “Ya que el mandatario actúa en tu nombre; lo que hace dentro de los límites del mandato se considera como si tú lo hicieras; en general los otros no pueden constatar tu voluntad, salvo del mandato manifiesto, lo que el mandatario haga dentro de los límites manifiestos del mandato, ellos son hechos para ti justamente, con lo que ha sido actuado consecuentemente prometiéndolo o aceptado él te obliga”) WOLFF, Cristian. *Istitutiones Juris Naturae et Gentium*. Halae Magdeburgicae, 1750. Parte II. Cap. IX. Citado por CAPPELLINI, Paolo, ob. cit., p. 454.

los derechos y obligaciones en la persona del representado. “Con ello quedaba claro que el contrato que concluye el apoderado es un contrato entre el titular del negocio y la pareja contractual del *procurator* y consiguientemente sólo el mandante, como parte, adquiere derechos y obligaciones”⁽⁶⁸⁾; no quedando con ello obligado el mandatario.

Cabe señalar, asimismo, que todo el desarrollo del instituto de la representación hasta este momento reseñado se ha hecho en torno a la figura del mandato, incluyendo las reflexiones hechas por Grocio. No se concibe hasta este momento, entonces, una idea de representación alejada del contrato de mandato. En ese sentido, siguiendo a Cappellini⁽⁶⁹⁾, la descripción de la representación mediante el mandato constituye de todas formas el *proprium* del proceso de abstracción y de unificación que sufre el instituto en este peculiar clima jusnaturalístico-jusracionalista. A nivel legislativo, esta identificación continuará en las primeras codificaciones como veremos a continuación.

3. LAS CODIFICACIONES EUROPEAS QUE INFLUYERON EN LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

3.1. El *Code civil*

En la doctrina francesa que inspiró el contenido de las normas del *Code civil* existía la opinión conforme a la cual, por regla general, sólo podía ser objeto del contrato aquello que las partes podían prometer respecto a sí mismas⁽⁷⁰⁾. De esta forma entonces, se establecía como regla general que una persona no podía estipular sino para sí misma, y nunca para otros; sin embargo, a decir de Pothier⁽⁷¹⁾, ello debía entenderse en los casos en los que uno actuaba en su propio nombre, no siendo por ello este principio obstáculo para que se admita el instituto de la representación; en tanto que cuando nosotros obramos prestando nuestra obra para contratar por otra persona (es decir indicando que se hace en nombre de ella), en realidad no estamos contratando nosotros mismos, sino que es esta persona la que está contratando a través de nosotros. Así, cuando uno actuaba en su propio nombre no podía sino, por regla general, obligarse a sí mismo, y eso es lo que

(68) COING, Helmunt, ob. cit., p. 54.

(69) CAPPELLINI, Paolo, ob. cit., p. 454.

(70) POTHIER, Joseph. *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile. Segunda edición.* Battista Seguin: Napoli, 1819. Parte I, p. 58.

(71) POTHIER, Joseph, ob. cit., Parte I, p. 78.

expresa el artículo 1119 del *Code civil*: “Por regla general, no es lícito obligarse ni estipular en su propio nombre sino para sí mismo”. De esta forma entonces, podía obrarse en el nombre de otro, y en estos casos los efectos del contrato surgirían en la esfera jurídica del representado, siempre que dicha actuación se encontrase dentro de las facultades otorgadas.

Se admitía de esta forma el instituto de la representación directa, y esta permisión se veía ya en la obra de Domat cuando afirmaba que: “*Si possono far convenzioni per coloro che ne han dato potere: ed essi vi restano impegnati a misura del potere che ne hanno dato*”⁽⁷²⁾. El poder se hacía entonces necesario a fin de que una persona pudiera actuar por otra lo que lleva a la afirmación de Pothier “*non è in mia facoltà obbligare un altro senza il suo fatto proprio*”⁽⁷³⁾, de donde sólo puedo obligarlo si me autoriza a hacerlo, y en consecuencia dentro de los límites del poder.

De lo dicho entonces, para la doctrina francesa que inspira la elaboración del *Code civil* se manifiestan dos elementos importantes que se constituyen como requisitos para que los efectos del negocio celebrado por otro se reputen de él, y ellos son: que se actúe en nombre de la tercera persona, y que se haga dentro de los límites del poder.

Cabe resaltar que antes de la vigencia del *Code civil*, ya otros dos códigos europeos habían reconocido el instituto de la representación directa: *Codex Maximilianus Bavaricus* (1756) y el *Allgemeines Landrecht* (Código de Prusia de 1794).

Es importante señalar que el *Code civil* no contiene disposiciones generales sobre la representación; por ello, la doctrina francesa ha buscado establecer una definición del instituto de la representación sobre la base de las normas que constituyen una aplicación de dicho instituto⁽⁷⁴⁾. En ese sentido, se hace necesario señalar que, el *Code civil*, siguiendo una tradición que viene desde el derecho romano y que continuó posteriormente en el derecho común, regula el instituto de la representación voluntaria con base al contrato de mandato. Ello debi-

(72) Traducción libre: “Se pueden hacer convenciones por aquellos que nos han dado poder: y ellos quedan obligados en la medida del poder que nos han dado”. DOMAT, Jean, ob. cit., T. I, p. 222.

(73) Traducción libre: “No está en mi facultad obligar a otro, sin su hecho propio”. POTHIER, Joseph, ob. cit., Parte I, p. 61.

(74) PETRELLI, Patrizia. “*La rappresentanza nel diritto francese*”. En VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992, p. 107.

do a que el instituto de la representación se confundía con el contrato de mandato. Esta situación ha sido lamentada muchos años después por la doctrina francesa contemporánea la que ha llegado a afirmar que: “Cabe deplorar que el *Code civil* carezca de una reglamentación conjunta de la representación”⁽⁷⁵⁾.

3.2. El *Codice civile* de 1865

En materia del desarrollo del instituto de la representación el *Codice civile* de 1865, en líneas generales, no se aleja mucho de los postulados y la sistemática del *Code civil*. En efecto, el *Codice civile* de 1865, parte del presupuesto general conforme al cual el contrato sólo puede surtir efectos entre las partes que lo han celebrado⁽⁷⁶⁾, presumiéndose que el referido negocio jurídico sólo surte efectos entre éstas y sus causa-habientes⁽⁷⁷⁾. Es en ese sentido, que el primer párrafo del artículo 1128 dispone que: “*Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorchè per se medesimo*”⁽⁷⁸⁾. De esta forma, dicha norma no hace sino repetir su antecedente francés, en el sentido que, por regla general, cuando uno actúa en su propio nombre sólo podrá obligarse a sí mismo, no pudiéndose extender los efectos del contrato a un tercero, sin embargo, cuando uno actúa en nombre de otro, lo podrá obligar, claro está, siempre que lo haga con su autorización y dentro de los límites del poder. Asimismo, al igual que el *Code civil*, el *Codice civile* de 1865 regula la representación voluntaria sobre la base del contrato de mandato.

3.3. El Código Civil español

El Código Civil español contiene la misma norma de principio conforme a la cual el contrato sólo puede surtir efectos entre las partes

(75) CARBONIER, Jean. *Derecho Civil*, T. II: El derecho de las obligaciones y la situación contractual. Vol. II. Bosch: Barcelona, 1971, p. 421.

(76) Artículo 1123. “*I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.*”

Non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate”.

Traducción libre: “Los contratos legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que lo han hecho.

No pueden ser revocados sino por mutuo disenso o por causas autorizadas”

(77) Artículo 1127. “*Si presume che ciascuno abbia contrattato per sè e per i suoi eredi e aventi causa, quando non siasi espressamente pattuito il contrario, o ciò non risulti dalla natura del contratto*”.

Traducción libre: “Se presume que cada uno ha contratado por sí y por sus herederos y causa habientes, cuando no se haya pactado expresamente lo contrario, o ello no resulte de la naturaleza del contrato”.

(78) “Nadie puede estipular en su propio nombre, sino para sí mismo”

que lo han celebrado⁽⁷⁹⁾, norma que se encontraba ya en el Proyecto de García Goyena⁽⁸⁰⁾. Inmediatamente, sin embargo, y a diferencia de lo que hacen el *Code civil* y el *Codice civile* de 1865, el Código Civil español contiene una norma general sobre la representación⁽⁸¹⁾, concibiendo con ello el instituto de la representación separado del contrato de mandato. Esta norma es de trascendental importancia, en tanto que a diferencia de sus antecesoras, es una regulación general en materia de representación —aun cuando no llega al carácter de generalidad del BGB—.

La referida norma que se encuentra contenida en el artículo 1259 del Código Civil español se encuentra compuesta de dos párrafos, señalándose en el primero de ellos que: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”. En el citado párrafo, el Código Civil español mantiene el principio general conforme al cual ninguno puede estipular a nombre de otra persona, ya que no se encuentra legitimado para regular los intereses ajenos; sin embargo inmediatamente enuncia dos excepciones, cuales son: que el propio titular de los intereses así lo autorice; o que sea la ley la que lo faculte. Con estas dos excepciones establecidas por el Código Civil español, no se está sino estableciendo dos tipos de representación: la representación voluntaria por un lado, y la representación legal por otro. De acuerdo con las normas del Código Civil español, entonces, estaremos frente a un caso de representación voluntaria cuando el titular de los intereses que se deben disponer en un contrato autoriza a una tercera persona ajena a dichos intereses a realizar determinados actos jurídicos sobre ellos en su nombre, a fin

(79) Artículo 1257. “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”.

(80) Artículo 977. “Los contratos sólo producen efecto respecto de las partes entre quienes se otorgan.

Sin embargo, si en el contrato se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiere aceptado, y hecholo saber al obligado antes de revocada”.

(81) Artículo 1259. “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

de que los efectos de los negocios jurídicos celebrados se produzcan en la esfera jurídica del titular de los intereses que se están regulando. Por su parte, estaremos frente a un caso de representación legal, cuando no existe una autorización del titular de los intereses, sino que es la ley la que da la facultad a determinada persona a disponer en nombre del titular de los intereses de éste. Esta norma general en materia de representación que se encuentra en el Código Civil español tiene su antecedente directo en el artículo 980 del Proyecto de García Goyena⁽⁸²⁾.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 1259 del Código Civil español establece que: “El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”. Dicho artículo, conforme con los principios enunciados, según los cuales ninguno puede disponer de los intereses ajenos, establece la nulidad del contrato celebrado a nombre de otra persona, sin contar con la debida autorización del titular de los intereses o sin contar con la facultad legal.

3.4. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)

Un gran paso adelante en materia del desarrollo del instituto de la representación está dado por los trabajos de la doctrina alemana del siglo XIX y por la formulación del BGB que difiere bastante de la sistemática que, como hasta ahora hemos visto, fue seguida por los códigos europeos.

3.4.1. La doctrina alemana del siglo XIX

En efecto, en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX se inaugura una gran polémica en torno a la naturaleza de la representación. Dicha polémica se explica en virtud de la teoría de la voluntad, la que vinculaba los efectos del negocio jurídico a ésta⁽⁸³⁾. La discusión se plantea, entonces, en función a los siguientes términos: “Puesto que la voluntad, como autodeterminación, sólo puede justificar la vinculación del

(82) Artículo 980. “Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él, o sin que tenga por la ley su representación.

El contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga autorización o su representación legal, será nulo; a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se le otorgue”.

(83) FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Traducción al castellano por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, T. II. Cuarta edición. Fundación Cultural del Notariado: Madrid, 1998, p. 878.

que consiente, se planteó el problema de cómo era posible que por la declaración de voluntad del representante se produjeran consecuencias jurídicas a favor y en contra del representado”⁽⁸⁴⁾.

De esta forma, entonces, se sucedieron a lo largo del siglo XIX una serie de teorías que trataron de explicar el instituto de la representación⁽⁸⁵⁾.

3.4.1.1. La *Zessionstheorie* (Teoría de la cesión)

Esta teoría fue sostenida por Mühlenbruch y desarrollada especialmente por Puchta. Dicha teoría niega la representación directa voluntaria en los contratos obligatorios basándose en el principio de la personalidad de la obligación, conforme al cual, la obligación nacida de un contrato debe recaer necesariamente en la esfera jurídica de quien la ha asumido⁽⁸⁶⁾: “No habría que reconocer a la representación como una institución general; en especial es imposible que el representado quede obligado por la voluntad del representante sobre la base de un negocio jurídico obligatorio”⁽⁸⁷⁾. Con ello, dicha teoría no es sino un retorno a la regla *alteri stipulari nemo potest* que regía en el derecho romano, conforme lo hemos visto.

Esta teoría vinculaba la representación al mandato, pero podríamos añadir, a un mandato sin representación. En ese sentido, el mandatario debía transferir los efectos negociales al mandante en virtud de una cesión, sea del lado activo que en el pasivo⁽⁸⁸⁾.

La *Zessionstheorie* no tuvo éxito debido a que, aparte de la complicación de sus formulaciones, no respondía a las necesidades prácticas⁽⁸⁹⁾. Asimismo, dicha teoría debió enfrentarse a una gran tradición de códigos germánicos que habían reconocido el instituto de la representación directa: *Codex Maximilianus Bavaricus* (1756), *Allgemeines Landrecht* (Código de Prusia, 1794), *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil de Austria, 1811), el *Allgemeines Deutsches Handels-*

(84) *Ibidem*.

(85) En la siguiente enumeración de las teorías de la doctrina alemana vamos a seguir muy de cerca el excelente trabajo de Valeria de Lorenzi sobre este tema: DE LORENZI, Valeria. “*La rappresentanza nel diritto tedesco. Excursus storico sulla dottrina*”. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992, ps. 72/93.

(86) *Ibid.*, ob. cit., p. 73.

(87) FLUME, Werner, ob. cit., p. 878.

(88) DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 73.

(89) *Ibidem*.

gesetzbuch (Código de comercio general germánico, 1861) y el SBGB (Código sason, 1868).

3.4.1.2. La *Geschäftsherrntheorie* (Teoría del *dominus negoti* o teoría del titular del negocio)

Esta teoría que es considerada como la primera teoría, en sentido propio, de la representación voluntaria directa fue propuesta por Savigny. Conforme a esta teoría “en la representación sólo actúa negocialmente el representado. El representante sólo es portador de la voluntad del representado y con ello es el mismo representado el que consiente el negocio representativo”⁽⁹⁰⁾. De ahí que Savigny⁽⁹¹⁾ afirme que: “*son sempre io che, colla mia volontà, concludo la convenzione, e il rappresentante non è che il portatore di una volontà mia*”.

En la medida que esta teoría establece que la voluntad que celebra el contrato es la del representado y no la del representante, para ella no existe distinción entre representante y nuncio⁽⁹²⁾, ya que en ambos casos la persona está comunicando la voluntad ajena.

Algunas críticas fueron formuladas a esta teoría, entre las que destacan: aquellas que manifiestan que dicha teoría no trata la representación pasiva ni la representación de los actos unilaterales; aquellas que manifiestan que dicha teoría no trata la representación legal impidiendo con ello un tratamiento conjunto y único del instituto de la representación; aquellas que cuestionan la irrelevancia de la voluntad del representante, lo que no respondía a las exigencias de la práctica comercial⁽⁹³⁾.

3.4.1.3. La *Repräsentationstheorie* (Teoría de la representación)

La trascendencia e importancia de esta teoría es señalada en los siguientes términos por De Lorenzi: “*la più grande creazione della giurisprudenza dei concetti della seconda metà del secolo scorso in relazione alla rappresentanza*”⁽⁹⁴⁾. Esta teoría es iniciada por Buchka, y posteriormente seguida por Windscheid y Laband.

(90) FLUME, Werner, ob. cit., p. 878.

(91) Traducción libre: “Soy siempre yo quien, con mi voluntad, concluyo la convención, y el representante no es sino el portador de mi voluntad”. SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. cit., p. 55.

(92) SAVIGNY, Federico Carlo di. *Le obbligazioni*. cit., ps. 51 y ss.

(93) DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 74.

(94) Traducción libre: “La más grande creación de la jurisprudencia de los conceptos de la segunda mitad del siglo pasado en relación a la representación”. *Ibidem*.

La *Repräsentationstheorie* se distingue de la *Geschäftsherrntheorie* en la forma, mas no en el fondo; en el sentido que para la *Repräsentationstheorie*, en un negocio jurídico celebrado a través del instituto de la representación, la voluntad que opera es la del representante, no la del representado —como proponía la *Geschäftsherrntheorie*—; lo que ocurre es que en estos casos, la voluntad del representante vale como aquella del representado⁽⁹⁵⁾.

En efecto, Windscheid, afirma que

“Il rapporto è più precisamente da concepire, che la dichiarazione di volontà dal rappresentante produce quegli, che si sarebbero verificati, se una dichiarazione di volontà della stessa specie fosse stata emessa dal rappresentato. D'altra parte ciò che di fatto esiste, e da cui il diritto fa procedere effetti, è sempre una dichiarazione di volontà dal rappresentante.”⁽⁹⁶⁾

A fin de simplificar la exposición de esta teoría, su exposición se hizo en términos positivistas, afirmándose que: “el reconocimiento jurídico de la representación hace que causa y efecto se separen, que la declaración de voluntad la hace el representante y la eficacia se produce a favor y en contra del representado”⁽⁹⁷⁾.

Ahora bien, en tanto que la voluntad negocial en el negocio representativo es aquella del representante, a fin de que los efectos jurídicos puedan producirse en la esfera jurídica del representado, la voluntad del representante debe tener una dirección particular, dirección que se exterioriza con la indicación del nombre del representado⁽⁹⁸⁾. Es esta indicación del nombre del representado, el punto característico de la representación directa, y elemento que distingue a este instituto de la representación indirecta y del contrato a favor de tercero; institución esta última que termina por separarse de la representación en este periodo⁽⁹⁹⁾.

(95) *Ibidem*. Véase también: FLUME, Wernwe, ob. cit., p. 878.

(96) Traducción libre: “La relación se concibe precisamente como aquél en el que la declaración de voluntad del representante produce aquellos efectos que se hubieran verificado, si una declaración de voluntad de la misma especie hubiera sido emitida por el representado. De otra parte, ello que de hecho existe, y de lo cual el derecho hace proceder sus efectos, es siempre una declaración de voluntad del representante. WINDSCHEID, Bernard, ob. cit., vol. I, ps. 292/297.

(97) FLUME, Werner, ob. cit., p. 879. Véase también: DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 74.

(98) DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 75.

(99) *Ibidem*.

Sin embargo, esta teoría no sólo exigía la indicación del nombre del representado para que los efectos del negocio jurídico se puedan producir en su esfera jurídica, sino que además se hacía necesario que el representante tenga la *Vollmacht*, es decir el poder. En ese sentido, la *Vollmacht* es conferida por la voluntad del representado, que está a la base de los efectos representativos; constituyendo de esta forma “*un ponte tra la volontà del rappresentato e gli effetti del negozio, un ponte tra la volontà del rappresentato e la volontà del rappresentante...*”⁽¹⁰⁰⁾.

3.4.1.4. La autonomía de la *Vollmacht* (poder) frente al *Auftrag* (mandato)

Ya Jhering había distinguido el lado externo y el lado interno de la relación representativa, es decir la representación y el mandato; llegando a afirmar que ambos lados eran indiferentes entre sí, no teniendo el uno alguna influencia en el otro⁽¹⁰¹⁾. Lo mismo habían hecho Windscheid y Binz.

Sin embargo, este importante desarrollo se debe fundamentalmente a la obra de Laband, un estudioso del derecho público y exponente de la jurisprudencia de los conceptos. Laband, pone como objetivo de la ciencia jurídica el aclarar las relaciones jurídicas a través de conceptos formales al interior del ordenamiento jurídico; adoptando para tal efecto el método de aislamiento-abstracción, que consiste en aislar, abstraer un concepto de una norma, aplicarlo a todas las relaciones y utilizarlo para construir una categoría general⁽¹⁰²⁾. Laband utiliza este método para el estudio del instituto de la representación, sin embargo, lo interesante en él, es que aplica dicho método al estudio de las normas del Código de Comercio alemán, y no a las normas de las fuentes del derecho romano, como sucedía con la mayoría de los autores de su tiempo⁽¹⁰³⁾.

Siguiendo el referido método, Laband afirma que nada era más negativo para poder alcanzar el verdadero concepto de la representación y la formación jurídica de dicho instituto, que la confusión que se operaba entre representación y mandato⁽¹⁰⁴⁾. En ese sentido,

(100) Traducción libre: “Un puente entre la voluntad del representado y los efectos del negocio, un puente entre la voluntad del representado y la voluntad del representante...”. *Ibidem*.

(101) *Ibid.*, ob. cit., p. 76.

(102) *Ibid.*, ob. cit., p. 78.

(103) *Ibidem*.

(104) *Ibid.*, ob. cit., p. 79.

Laband sostiene, en clara oposición con los enunciados propuestos por Jhering, Windscheid y Binz, que *Vollmacht* y *Auftrag* no son el lado interno y el lado externo de una misma relación, sino que son dos relaciones totalmente diversas por presupuestos, contenidos y efectos; y que sólo por algunas cuestiones de hecho, en muchas hipótesis, coinciden⁽¹⁰⁵⁾. De esta forma, sostiene Laband, así como puede haber *Auftrag* sin *Vollmacht* (como en el caso del mandato sin representación) y *Auftrag* con *Vollmacht* (como en el caso del mandato con representación); así también puede haber *Vollmacht ohne Auftrag* (es decir, poder sin mandato)⁽¹⁰⁶⁾. En ese sentido, afirma Laband, el *Auftrag* es irrelevante para la *Stellvertretungsbefugnis* (autorización representativa o legitimación representativa); lo único relevante es la *Vollmacht*⁽¹⁰⁷⁾.

Laband, sin embargo va más allá, y no sostiene solamente la autonomía del poder respecto del mandato; sino que persigue la autonomía del poder en todos sus aspectos: la *Vollmacht* es separada del negocio autorizativo y del negocio representativo⁽¹⁰⁸⁾. En ese sentido, el representante tiene un poder autónomo en virtud del cual vincula al representado.

En tanto externamente conferida, la *Vollmacht* vale, respecto a los terceros de buena fe, por su tenor formal exterior aparente en el interés de la seguridad del tráfico; llegando con ello a sostener la hipótesis de una legitimación representativa aparente separada de la legitimación representativa sustancial⁽¹⁰⁹⁾.

La trascendencia de la obra de Laband para el desarrollo del instituto de la representación es expresada por De Lorenzi en los siguientes términos:

“Laband giunge quindi alla fondazione di una formale legittimazione rappresentativa, alla costruzione di una categoria generale astratta formale della rappresentanza, coi caratteri di una rappresentanza commerciale, che risponde ai bisogni della sicurezza dei traffici e della tutela dei terzi propri della rappresentanza commerciale, che applica a tutti i rapporti, in particolare alla rappresentanza civile di volontà.”⁽¹¹⁰⁾

(105) *Ibidem.*

(106) *Ibidem.*

(107) *Ibidem.*

(108) *Ibid.*, ob. cit., p. 81.

(109) *Ibidem.*

(110) *Ibid.*, ob. cit., p. 82.

La referida autora sostiene por ello que se asiste de esta forma a la comercialización de la representación civil de la voluntad⁽¹¹¹⁾. Asimismo, afirma que se asiste también a un proceso de objetivización que consiste en la separación de la voluntad del representado, en cuanto que el representante no actúa sobre la base de la voluntad del representado; sino sobre la base de la *Vollmacht*, del poder representativo⁽¹¹²⁾.

A criterio de la jurisprudencia conceptual, el tema de la autonomía de la *Vollmacht* resuelve el problema de la esencia de la representación⁽¹¹³⁾. Sin embargo, a decir de De Lorenzi⁽¹¹⁴⁾, esta autonomía de la *Vollmacht* no constituye en realidad la esencia de la representación, en la medida que el propio Laband reconoce la existencia de una legitimación sustancial. En ese sentido, la autonomía de la *Vollmacht* encuentra explicación en la seguridad que se le desea brindar al tráfico y a la tutela de los terceros de buena fe; es por ello que las hipótesis que son puestas en relevancia para la explicación de la autonomía de la *Vollmacht* son supuestos en los que precisamente existe un desfase del poder representativo, y son precisamente estos problemas de desfase los que pretende resolver la teoría de la autonomía de la *Vollmacht*⁽¹¹⁵⁾. Dicha teoría —sostiene— sirve entonces, más que para explicar la esencia de la representación, para resolver anomalías del funcionamiento de la representación⁽¹¹⁶⁾. Por otro lado, De Lorenzi critica a esta teoría en la medida que es una teoría que se aplica a la representación comercial, más que a la representación civil; y que en tal sentido tiende a privilegiar los principios del derecho comercial (como la seguridad del tráfico y la tutela de los terceros), más que los del derecho civil, como la autonomía de la voluntad⁽¹¹⁷⁾.

La teoría de la autonomía de la *Vollmacht* tuvo un gran éxito en Alemania, y devino en un dogma. Posteriormente tuvo otros desarrollos, especialmente debidos a Lenel. De esta forma, por ejemplo, el negocio

(111) *Ibidem*.

(112) Traducción libre: "Laband alcanza la fundación de una legitimación representativa formal, la construcción de una categoría general abstracta y formal de la representación, con las características de una representación comercial, que responde a las necesidades de la seguridad del tráfico y a la tutela de los terceros, propios de la representación comercial, aplicando ello a todas las relaciones, en particular a la representación civil de la voluntad". *Ibidem*.

(113) *Ibidem*.

(114) *Ibid.*, ob. cit., p. 83.

(115) *Ibidem*.

(116) *Ibidem*.

(117) *Ibid.*, ob. cit., ps. 84/85.

jurídico a través del cual se confería la *Vollmach*, llamado *Bevollmächtigung*, fue considerado como negocio abstracto, no en oposición al negocio causal, sino a fin de hacer referencia a su autonomía respecto de la relación interna; siendo fundamentalmente considerada como negocio jurídico unilateral⁽¹¹⁸⁾.

Es ésta la teoría que terminó predominando en el BGB.

3.4.1.5. La Teoría de la cooperación

Dicha teoría fue elaborada fundamentalmente por Lenel y posteriormente por Mitteis, como una posición intermedia entre la *Geschäftsherrntheorie* y la *Repräsentationstheorie*⁽¹¹⁹⁾. Esta teoría parte del presupuesto que la *Geschäftsherrntheorie* y la *Repräsentationstheorie* son unilaterales, debido a que mientras una se funda exclusivamente en la voluntad y sobre la persona del representado, la otra se funda en la voluntad y en la persona del representante. Esta teoría considera, por el contrario, que se deben tener en consideración ambas voluntades y la función que cada una de ellas tiene en la relación representativa⁽¹²⁰⁾.

Conforme a esta teoría “el representante y el representado actúan conjuntamente en la representación, en la medida en que ésta descanse en el apoderamiento...”⁽¹²¹⁾. En ese sentido, dicha teoría “*tendeva a valorizzare l'aspetto della cooperazione delle volontà, intesa come concorso dei due soggetti implicati nella vicenda alla determinazione volitiva ex uno latere del negozio rappresentativo*”⁽¹²²⁾. Es decir, la voluntad negocial se encuentra siempre constituida por la cooperación de dos manifestaciones de voluntad⁽¹²³⁾.

Cabe precisar, sin embargo, que de cooperación también se habla en otra acepción queriéndose entender como tal la necesidad que la

(118) *Ibidem*.

(119) PAPANTI PELLETIER, Paolo. “Cooperazione e rappresentanza”. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992, p. 21.

(120) PUGLIATTI, Salvatore. “L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti”. En: *Studi sulla rappresentanza*. Giuffrè: Milano, 1965, p. 22.

(121) FLUME, Werner, ob. cit., p. 879.

(122) Traducción libre: “tendía a valorizar el aspecto de la cooperación de las voluntades, entendida como concurso de los dos sujetos implicados en la tarea de determinación volitiva *ex uno latere* del negocio representativo”. PAPANTI PELLETIER, Paolo, ob. cit., p. 21.

(123) PUGLIATTI, Salvatore, ob. cit., p. 22.

relación representativa se encuentre fundada sobre una relación de gestión entre los mismos sujetos⁽¹²⁴⁾.

3.4.1.6. La teoría de Schlossmann

Cabe, finalmente, dedicar algunas palabras a las formulaciones de Schlossmann en torno a la representación. Dicho autor que pertenece a la jurisprudencia de los intereses propone una crítica destructiva integral a la representación voluntaria directa como categoría jurídica autónoma⁽¹²⁵⁾. De esta forma, la teoría de Schlossmann se presenta como contraria al dogma de la voluntad; a la distinción entre representación directa y representación indirecta; a la indicación del nombre del representado; a la diferencia entre representante y nuncio; y contra la autonomía de la *Vollmacht*⁽¹²⁶⁾, siendo probablemente este último el aporte más importante de Schlossman, el que será posteriormente seguido por Pugliatti en Italia⁽¹²⁷⁾. En ese sentido, establece como elementos constitutivos de la representación: la existencia de una relación representativa que ligue al representante con el representado; el actuar del representante en interés del representado (interés que sustituye la indicación del nombre del representado); y que el actuar del representante sea de conformidad con las obligaciones derivantes de la relación interna⁽¹²⁸⁾.

3.4.2. La representación en el BGB

El primer proyecto del BGB con referencia a la representación establecía que: “Un negocio jurídico puede ser celebrado por medio de o frente a un representante, a menos que lo impidan la ley o la naturaleza del negocio jurídico”⁽¹²⁹⁾. Sin embargo, dicha disposición fue suprimida argumentándose que: “La disposición sólo tiene sentido retrospectivo, porque una vez más hace constar la culminación de una evolución jurídica antigua a la que ya se llegó hace mucho tiempo”⁽¹³⁰⁾. Con ello, a decir de Flume, “se aludía a la figura jurídica de la representación en oposición a la regulación en el derecho romano”⁽¹³¹⁾.

(124) PAPANTI PELLETIER, Paolo, ob. cit., p. 21.

(125) DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 87.

(126) DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 89.

(127) PUGLIATTI, Salvatore. “*Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*”. En: *Studi sulla rappresentanza*. Giuffrè: Milano, 1965, ps. 60 y ss.; en especial la nota a pie de página N° 22.

(128) DE LORENZI, Valeria, ob. cit., p. 89.

(129) FLUME, Werner, ob. cit., p. 889.

(130) *Ibidem*.

(131) *Ibidem*.

Conforme a lo expresado por Flume, los autores del BGB partieron de la *Repräsentationstheorie*, siendo de la idea, en consecuencia, que el supuesto de hecho del negocio jurídico se realiza en la persona del representante, mientras que los efectos del mismo se producen en la esfera del representado⁽¹³²⁾. Y ello se refleja claramente en la primera parte del parágrafo 164 del BGB, el cual establece que: “Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra el representado”. Explicando el fenómeno de la representación, dice Flume que: “El que los efectos del negocio representativo afecten al representado se debe a las voluntades de las personas que intervienen y a la Ley, que reconoce estas voluntades”⁽¹³³⁾.

Ahora bien, la cuestión de establecer cómo así un código que pone como uno de sus fundamentos a la autonomía de la voluntad reconoce la posibilidad de que otra persona actúe por otra en regulación de sus intereses, es explicada por Flume en los siguientes términos: “Según el principio de la autonomía privada, el individuo en uso de su autodeterminación establece... la regulación mediante la que se configuran las relaciones jurídicas. Si un Ordenamiento jurídico reconoce en general la representación, esto no significa otra cosa que el individuo, en uso de su autodeterminación, también puede autorizar a otro que establezca para él la regla que jurídicamente debe regir. Por eso la representación no está en contradicción con la autonomía privada, sino que es, por el contrario, un desarrollo consecuente de la misma... En la representación legal o por razón del cargo no se trata de una cuestión de la autonomía privada. En estos casos entra en juego la representación porque el representado no está en situación de actuar en ejercicio de su autodeterminación. Tampoco se ataca al principio de autonomía privada en la representación legal o por razón de cargo”⁽¹³⁴⁾.

De esta forma entonces, la representación hace que se produzcan efectos inmediatos en la esfera del representado, de acuerdo con lo previsto en la ley; ello determina, a decir de Flume⁽¹³⁵⁾, que no haya lugar a una ficción como lo sugería la *Geschäftsherrntheorie* en el siglo XIX.

Es interesante anotar, sin embargo, que la exposición de motivos del BGB habla de ‘sustitución de la voluntad’, lo que a decir de Flu-

(132) *Ibid.*, ob. cit., p. 879.

(133) *Ibidem*.

(134) *Ibid.*, ob. cit., ps. 880/881.

(135) *Ibid.*, ob. cit., p. 881.

me⁽¹³⁶⁾, se encuentra en conexión con la doctrina de la voluntad del siglo XIX. Sin embargo, siguiendo al citado autor, “La representación no es ‘sustitución de voluntad’, sino sustitución en la realización de un negocio jurídico. El representante realiza el negocio jurídico, esto es, cumple en su persona el supuesto de hecho del negocio jurídico, él celebra, por ejemplo, el contrato. El negocio jurídico como supuesto de hecho concluido es, sin embargo, una regla del representado y no del representante”⁽¹³⁷⁾.

La novedad y la trascendencia del BGB en materia de representación se encuentra en la regulación unitaria y general que realiza de todo el fenómeno de la representación, de forma tal que tanto la representación voluntaria como la legal se regulan bajo las mismas reglas, en cuanto, ciertamente, sean aplicables; ya que el BGB hace una referencia específica a la representación voluntaria⁽¹³⁸⁾.

De acuerdo con Battistotti, las primeras tres normas del BGB en materia de representación que corresponden a los párrafos 164⁽¹³⁹⁾, 165⁽¹⁴⁰⁾ y 166⁽¹⁴¹⁾ contienen cuatro principios en materia de representa-

(136) *Ibidem.*

(137) *Ibidem.*

(138) De ahí que, a decir de Battistotti no se deban menospreciar las diferencias entre los dos tipos de representación, debiéndose tener cuidado al momento de aplicar las normas del párrafo 164 en adelante a la materia de la representación legal. BATTISTOTTI, Adriano. “*La rappresentanza nel diritto tedesco moderno*”. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992, p. 95.

(139) Párrafo 164. “Una declaración de voluntad, que alguien emite en nombre del representado dentro del poder de representación a él correspondiente, es eficaz de forma inmediata para y contra del representado. Es completamente indiferente que la declaración se haga expresamente en nombre del representado o que las circunstancias demuestren que debe realizarse en su nombre.

Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio.

Las disposiciones del párrafo primero se aplican oportunamente si una declaración de voluntad que se ha de emitir frente a otro se realiza frente a un representante”.

(140) Párrafo 165. “La eficacia de una declaración de voluntad emitida por o frente a un representante no resulta perjudicada por la circunstancia de que dicho representante esté limitado en la capacidad negocial”.

(141) Párrafo 166. “Siempre que los efectos jurídicos de una declaración de voluntad resulten afectados por vicios de la voluntad o por el conocimiento o deber de conocimiento de ciertas circunstancias, no se toma en consideración la persona del representado, sino la del representante.

Si en caso de un poder de representación otorgado por negocio jurídico (poder), el representante ha procedido según determinadas instrucciones del poderdante,

ción, que son: el principio de la representación (*Repräsentationprinzip*); el principio de abstracción del poder (*Abstraktionprinzip*); el principio de publicidad (*Offenheitsgrundsatz*); y el principio de la tutela de la confianza. En esta sede nos ocuparemos sólo del primero de ellos. Conforme al principio de la representación, sólo los efectos del negocio jurídico concluido por el representante recaen sobre el representado, mientras que los otros elementos (como los vicios de la voluntad) se miran con relación al representante, principio que de acuerdo con lo sostenido por Battistotti vendría parcialmente derogado por las disposiciones de los parágrafos 165 y 166⁽¹⁴²⁾.

3.5. El *Codice civile* de 1942

3.5.1. *La doctrina italiana del siglo XX*

Los estudios en materia de representación de la doctrina italiana del siglo XX que influyeron o comentan el *Codice civile* de 1942, se encuentran fuertemente influenciados por los desarrollos de la doctrina alemana del siglo XIX y de comienzos del siglo XX, afirmación que no puede dejar de reconocer el propio aporte de la importante doctrina italiana del siglo XX. De esta forma, en torno al instituto de la representación, se pueden distinguir fundamentalmente dos corrientes de pensamiento en la doctrina italiana del siglo XX: la teoría de la sustitución y la teoría de la cooperación; teorías que, a decir de Trabucchi⁽¹⁴³⁾, no son sino un reflejo de dos filosofías que se suelen inspirar en la jurisprudencia de los intereses, o en la jurisprudencia de los conceptos. Dichas teorías ponen en evidencia; sea el momento formal del actuar en nombre de otro, sea el requisito sustancial de actuar en el interés ajeno⁽¹⁴⁴⁾.

3.5.1.1. La teoría de la sustitución

Siguiendo a esta teoría, el representante se constituye en un sustituto del representado.

éste no puede alegar el desconocimiento del representante en relación a aquellas circunstancias que él mismo conocía. Lo mismo vale de las circunstancias que el poderdante debió conocer, en tanto que el deber de conocimiento se equipare al conocimiento”.

(142) BATTISTOTTI, Adriano, ob. cit., p. 96.

(143) A. TRABUCCHI. “*La rappresentanza. L’opera di Salvatore Pugliatti*”. En: *Rivista di diritto civile*. Año 1978. N° I, p. 580. Citado por: SALOMONI, Alessandra. *La rappresentanza volontaria*. CEDAM: Padova, 1997, p. 3.

(144) SALOMONI, Alessandra, ob. cit., p. 3.

Partiendo de la idea de negocio jurídico, Emilio Betti⁽¹⁴⁵⁾, afirma que, éste es un acto a través del cual los individuos proveen a regular por sí mismos relaciones con los otros; sin embargo por razones como la incapacidad de los individuos, o por mera oportunidad para la celebración de un negocio, los individuos no participan en la celebración de dichos negocios que tienen por finalidad la regulación de sus intereses. En estos casos, se produce una “*sostituzione di persona nella conclusione del negozio*”⁽¹⁴⁶⁾. Este fenómeno de la sustitución debe, a decir de Betti⁽¹⁴⁷⁾, ser conforme a la idea de negocio jurídico, y en ese sentido, en tanto que el negocio jurídico tiende a tutelar la autonomía privada, este fenómeno de la sustitución no puede llegar hasta el punto de proteger o promover la invasión de la esfera jurídica ajena. Es por ello que a decir del referido autor, sólo dentro de ciertos límites y bajo determinados presupuestos es que el derecho puede admitir una sustitución de una persona en la conclusión del negocio⁽¹⁴⁸⁾; y para que ello sea así se hace necesario que entre el interesado y aquel que es llamado a sustituirlo exista una relación tal de justificar el destino de los efectos en la esfera patrimonial del primero, siendo en consecuencia necesario que quien concluya el negocio tenga el poder de representación⁽¹⁴⁹⁾.

Para esta teoría —que privilegia la actuación del representante frente al tercero, es decir, el lado formal de la representación—, el poder tendría como caracteres esenciales, la independencia y la abstracción, siendo el poder por sí mismo idóneo a conferir el poder representativo, independientemente de cuál sea la relación interna entre representante y representado⁽¹⁵⁰⁾. De esta forma, la relación jurídica que existe entre representante y representado sólo tiene relevancia en la relación interna de ellos, y es absolutamente diversa al poder, el cual tiene relevancia en la relación que existe entre representante y terceros⁽¹⁵¹⁾. De ello esta doctrina deduce “*l'autonomia del negozio di procura; il che vuol dire piena indipendenza del medesimo dal negozio cosiddetto sottostante*”⁽¹⁵²⁾. Ello no significa solamente que estos dos fenómenos no se identifican, ni se acompañan necesariamente (sien-

(145) BETTI, Emilio, ob. cit., p. 542.

(146) Traducción libre: “sustitución de la persona en la conclusión del negocio”. *Ibidem*.

(147) *Ibidem*.

(148) *Ibidem*.

(149) *Ibid.*, ob. cit., p. 543.

(150) *Ibid.*, ob. cit., p. 563.

(151) *Ibidem*.

(152) Traducción libre: “La autonomía del negocio de poder, lo que quiere decir plena independencia del mismo respecto del negocio jurídico que es su sustrato”

do posible un poder sin una relación de gestión); sino que además, si existiera un negocio de gestión éste no tendría ninguna relevancia en la producción del efecto representativo, sino que se limita única y exclusivamente a regular la relación interna⁽¹⁵³⁾.

La teoría expuesta es la mayormente aceptada en la doctrina italiana, y es la que normalmente se ha usado para interpretar el *Codice civile* de 1942.

3.5.1.2. La teoría de la cooperación

El más importante defensor de esta teoría es el ilustre jurista italiano Salvatore Pugliatti, para quien

“La rappresentanza è nata dal principio della cooperazione che ha reso possibile il compimento di atti il cui risultato profitti ad una persona diversa da quella che li pone in essere [...]”⁽¹⁵⁴⁾.

En ese sentido, para esta doctrina, el representante es un cooperador del representado en sus relaciones con los terceros, de forma tal que cuando el representante actúa lo hace con el fin de servir los negocios y los intereses de su representado; presentándose por ello ante los terceros como una persona que actúa por y para otro⁽¹⁵⁵⁾. Por ello, la representación se concreta, para esta doctrina, como una forma de comportarse por parte del representante hacia el exterior, a fin de cumplir el encargo que le ha sido conferido, resolviéndose por ello, en último análisis, en una forma de ejecución del encargo⁽¹⁵⁶⁾. Con ello, a diferencia de la teoría de la sustitución, la teoría de la cooperación pone énfasis en el interés del representado que debe ser atendido por el representante al momento de actuar en su nombre, en consecuencia, esta teoría enfatiza el lado sustancial de la representación. De ahí deriva la estrecha relación que, para esta teoría, existe entre relación de gestión y representación. No se concibe dentro de esta teoría la separación entre representación y relación de gestión, esa abstracción e independencia absoluta que proclama la teoría de la sustitución.

D'AVANZO, Walter. Voz: “*Rappresentanza (diritto civile)*”. En: *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIV, p. 805.

(153) SALOMONI, Alessandra, ob. cit., p. 7.

(154) Traducción libre: “La representación ha nacido del principio de cooperación que hace posible la ejecución de actos que aprovechen a una persona diversa de aquella que los ha hecho...”. PUGLIATTI, Salvatore. “*Il conflitto di interessi tra principale e rappresentante*”. En: *Studi sulla rappresentanza*. Giuffrè: Milano, 1965, p. 53.

(155) *Ibidem*.

(156) *Ibidem*.

Esta dependencia parte de considerar al fenómeno representativo como un fenómeno compuesto de varios actos, todos los cuales deben verse en su conjunto, a fin de no aislar los diversos momentos de dicho fenómeno, ya que ello no permitiría ver la complejidad de aquél⁽¹⁵⁷⁾. En todo este fenómeno la actuación del representante frente a los terceros es sólo un momento, mas no el único, momento que se halla concatenado con los demás. En ese sentido, una separación de la relación del representante con el tercero produce una concepción errónea del fenómeno.

3.5.2. *La representación en el Codice civile*

En la regulación del instituto de la representación en el *Codice civile* de 1942 se nota una evidente influencia del BGB. En ese sentido, el *Codice civile* de 1942, al igual que el BGB, contiene una regulación general del instituto de la representación, instituto que, a diferencia de su antecedente, el *Codice civile* de 1865, no se identifica más con el contrato de mandato. Esta concepción general, producto de la abstracción del concepto al que llegó la doctrina alemana del siglo XIX, y que fue posteriormente recogida por la doctrina y legislación italianas del siglo XX, parte de considerar al fenómeno de la representación como uno sólo, independientemente de la fuente de la cual provenga. De ahí que Natoli⁽¹⁵⁸⁾ exprese que a diferencia de lo que ocurría con el *Codice civile* de 1865, el *Codice civile* de 1942 ofrece al intérprete una base textual aparentemente autosuficiente que, a pesar de tener que ser integrada con base a disposiciones más específicas diseminadas en los varios libros del código, pareciera asegurar la posibilidad de una construcción más manejable y linear.

Es por ello que la regulación de la representación contenida en el *Codice civile* de 1942 inicia con la disposición del artículo 1387 en el que se establecen las fuentes del poder representativo: “*Il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall’interessato*”⁽¹⁵⁹⁾. Con ello, a decir de Natoli⁽¹⁶⁰⁾, se ha optado por la separación entre la disciplina de la representación y la del contrato de mandato; advirtiéndose así una consideración más amplia del fenómeno de la

(157) PUGLIATTI, Salvatore. “*Idee e spunti sulla rappresentanza*”. En: *Studi sulla rappresentanza*. Giuffrè: Milano, 1965, ps. 222 y ss.

(158) NATOLI, Ugo. *La rappresentanza*. Giuffrè: Milano, 1977, p. 1.

(159) Traducción libre: “El poder de representación es conferido por la ley o por el interesado”.

(160) VISINTINI, Giovanna. “*Rappresentanza e gestione*”. En: VISINTINI, Giovanna (encargada). *Rappresentanza e gestione*. Cedam: Padova, 1992, p. 8.

representación, que se extiende a las hipótesis de fuente legal y no voluntaria.

En ese sentido, afirma Natoli⁽¹⁶¹⁾, lo trascendente es que, sea cual sea la fuente de la representación, la posición del representante no cambia, ya que su legitimación encuentra siempre justificación en una situación de deber. Asimismo, esta diferencia en la fuente de la representación no diferencia entre la forma de desarrollar la actividad del representante, ni la imputación de los efectos jurídicos en la esfera del representado; de forma tal que también vale para el representante legal la *contemplatio domini*⁽¹⁶²⁾. Finalmente, son también aplicables a la representación legal las reglas sobre el conflicto de intereses⁽¹⁶³⁾.

Otra norma que se hace necesario citar y comentar en esta sede es la del artículo 1388 del *Codice civile* de 1942, norma que regula la conclusión de un contrato por medio de un representante: “*Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell’interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato*”⁽¹⁶⁴⁾. Conforme a lo señalado por Ugo Natoli⁽¹⁶⁵⁾, dicha norma contiene los presupuestos sobre la base de los cuales se puede decir que la actividad desarrollada por un determinado representante es capaz de producir efectos en la esfera jurídica del representado. Siguiendo la interpretación del referido autor, dichos presupuestos son el haber actuado: en nombre del representado (*contemplatio domini*); en el interés del mismo; y, dentro de los límites del poder. Es el segundo de ellos, el que genera una innovación respecto de las regulaciones anteriores, y el que precisamente origina la discusión doctrinal en Italia acerca de la relación entre relación de gestión y poder.

Conforme a lo anteriormente afirmado, dentro de la sistemática del *Codice civile* de 1942 descrita, el contrato de mandato ha dejado de ser el punto de referencia central en virtud del cual gira el fenómeno de la representación, aun cuando, probablemente en la práctica sea el medio más común a través del cual se concretiza dicho

(161) NATOLI, Ugo. *Ult. cit.*, p. 474.

(162) *Ibidem.*

(163) *Ibidem.*

(164) Traducción libre: “El contrato celebrado por el representante en nombre y en el interés del representado, dentro de los límites de las facultades conferidas, produce directamente efecto respecto del representado”.

(165) *Ibid.* *Ult. cit.*, p. 464.

fenómeno. En ese sentido, el artículo 1703 del *Codice civile* de 1942 define al contrato de mandato de la siguiente manera: “*Il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra*”⁽¹⁶⁶⁾. A continuación, el artículo 1704 regula el mandato con representación, y respecto de él establece: “*Se al mandatario è stato conferito il potere di agire in nome del mandante, si applicano anche le norme del capo VI del titolo II di questo libro*”⁽¹⁶⁷⁾. Es decir, esta norma establece que, además de las regulaciones sobre contrato de mandato, en aquellos casos, se deben aplicar las normas generales sobre la representación. Con referencia a esta relación que existe entre contrato de mandato y representación en el *Codice civile* de 1942, Natoli⁽¹⁶⁸⁾ afirma que; a diferencia de lo que ocurría en el *Code civil* y en aquellos códigos que lo han seguido muy de cerca, el mandato ya no absorbe todo el fenómeno de la representación, aun cuando tenga una relación muy estrecha, de forma tal que el supuesto de mandato mantiene, entonces, una cierta autonomía, lo que se demuestra por los casos de mandato sin representación el que da lugar a casos de representación indirecta o *interposizione gestoria*; así como por los casos de representación que no tienen su origen en el mandato.

Por otro lado, para el *Codice civile* es clara la idea conforme a la cual el representante es el sujeto que celebra el negocio, y en consecuencia todos los aspectos relativos a la capacidad⁽¹⁶⁹⁾, a los vicios de la

(166) Traducción libre: “El mandato es el contrato a través del cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por otra”.

(167) Traducción libre: “Si al mandatario se le ha conferido el poder de actuar en nombre del mandante, se aplican también las normas del capítulo VI del título II de este libro”.

(168) U. NATOLI. *La rappresentanza*, ps. 4/5.

(169) Artículo 1389. “*Capacità del rappresentante e del rappresentato. Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal rappresentante basta che questi abbia la capacità di intendere e di volere, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia legalmente capace il rappresentato.*

In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato”.

Traducción libre: “Capacidad del representante y del representado. Cuando la representación es conferida por el interesado, la validez del contrato concluido por el representante basta que éste tenga la capacidad de entender y de querer, de conformidad con la naturaleza y al contenido del contrato mismo, siempre que sea legalmente capaz el representado.

En todo caso, para la validez del contrato concluido por el representante es necesario que el contrato no le sea prohibido al representado”.

voluntad⁽¹⁷⁰⁾ y a la buena fe⁽¹⁷¹⁾ serán evaluados respecto de su persona; mientras que los efectos nacidos del contrato se imputarán directamente al representado.

4. LA CODIFICACIÓN LATINOAMERICANA

Hemos seguido hasta el momento el desarrollo histórico del instituto de la representación desde el derecho romano hasta los mediados del siglo XX. Veámos ahora cómo es que este instituto ingresa en las codificaciones latinoamericanas. El instituto de la representación llega a las primeras codificaciones latinoamericanas de la manera como ésta había sido tratada en el *Code civil*, pero posteriormente, y en muy poco tiempo se irá produciendo una evolución en la regulación de dicho instituto a consecuencia de las diversas influencias que se producen posteriormente en América Latina, sea por la legislación, que por la doctrina europea.

La admisión del principio conforme al cual una persona puede regular sus intereses a través de otra persona, siempre que ésta actúe en nombre de ella y dentro de los límites del poder de representación se encuentra ya desde los primeros códigos latinoamericanos.

Así, el Código Civil de Bolivia de 1831, siguiendo casi al pie de la letra al *Code civil* establece en su artículo 710 que: “No se puede obligar ni estipular, si no es en nombre propio, y por sí mismo”. Decimos ‘casi al pie de la letra’ porque si bien es cierto sabemos que el Código Civil de Bolivia de 1831 es en buena parte una traducción del *Code civil*, en este artículo los legisladores bolivianos parecen haberse apartado del

(170) Artículo 1390. “*Vizi della volontà. Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quando però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile sólo se era viziata la volontà di questo*”.

Traducción libre: “Vicios de la voluntad. El contrato es anulable si la voluntad del representante está viciada. Sin embargo, cuando el vicio tiene relación con los elementos predeterminados por el representado, el contrato es anulable sólo si la voluntad del representado era viciada respecto a estos”.

(171) Artículo 1391. “*Stati soggettivi rilevanti. Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d’ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato. In nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d’ignoranza o di buona fede del rappresentante*”.

Traducción libre: “Estados subjetivos relevantes. En los casos en los cuales son relevantes los estados de buena o mala fe, de conocimiento o ignorancia de determinadas circunstancias, se tendrá en cuenta la persona del representante, salvo que se trate de elementos predeterminados por el representado.

En ningún caso el representado que se encuentre en mala fe puede beneficiarse del estado de ignorancia o de buena fe del representante”.

referido código europeo. En efecto, la norma del artículo 1119 del *Code civil* sería, en su traducción al castellano, exactamente igual al artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831, si no fuera porque en el *Code civil* el artículo 1119 inicia con la frase “Por regla general...”, frase que no contiene el Código de Bolivia de 1831. Siendo ello así, una interpretación literal del artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831 nos podría llevar a la conclusión de que dicho artículo quiere decir que ‘solamente se puede obligar y estipular a nombre propio y por sí mismo’, lo que en una interpretación a contrario nos podría llevar a sostener que: ‘no se puede obligar ni estipular por otro y a nombre de otro’. Esta deducción de lo que establece el artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831 podría llevarnos a establecer que en el citado código no es posible la estipulación a favor de tercero, y que tampoco es concebible el instituto de la representación; es decir dicha norma sería una traducción casi literal del antiguo principio romano ‘*alteri stipulari nemo potest*’. Sin embargo, ello no es así. En efecto, a fin de desentrañar el verdadero significado de dicha norma debemos acudir a una interpretación sistemática, la que inmediatamente nos exigiría revisar las diversas normas que, sobre el tema, contiene el viejo código boliviano. En ese sentido, inmediatamente después de establecer dicha regla, los artículos 711⁽¹⁷²⁾ y 712⁽¹⁷³⁾ del Código Civil de Bolivia de 1831 regulan la estipulación a favor de tercero; y más adelante en el artículo 1322⁽¹⁷⁴⁾ el referido código regula el contrato de mandato con representación, norma esta última que permite expresamente actuar en nombre de otro. Por ello, el verdadero espíritu del artículo 710 del Código Civil de Bolivia de 1831 debe ser buscado en su antecedente directo, cual es, el artículo 1119 del *Code civil*, y en las normas que nos proporcionan una interpretación sistemática del mismo; en razón de ello, lo dispuesto en el artículo 710 es, para los legisladores del Código Civil de Bolivia de 1831, el enunciado de una regla general que admitiría excepciones.

Habiendo hecho esta salvedad respecto al Código Civil de Bolivia de 1831, mantenemos nuestra afirmación sobre la base de la cual los códigos latinoamericanos conocieron desde el inicio el instituto de la

(172) Artículo 711. “Puede hacerlo cualquiera por un tercero, prometiendo el consentimiento de éste, salva la indemnización contra el promitente, que ofreció la ratificación del contrato, si el tercero rehusa obligarse”.

(173) Artículo 712. “Se puede igualmente obligar en provecho ajeno, cuando el que hace la convención se obliga por sí mismo”.

(174) Artículo 1332. “El mandato o la procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa, en virtud del mandato y a su nombre. El contrato no se perfecciona sino por la aceptación del mandatario”.

representación. Ahora bien, la forma en que la han conocido varía. En ese sentido, podemos diferenciar, entre los códigos latinoamericanos estudiados dos tipos de códigos: (i) aquellos que confunden el instituto de la representación en el contrato de mandato y (ii) aquellos que los distinguen. En verdad, dentro del primer grupo, podemos ubicar solamente al Código Civil de Bolivia de 1831, el que no contiene ninguna regulación general en materia de representación, regulándola en su totalidad en la parte relativa al mandato. En el segundo grupo encontramos a los demás códigos latinoamericanos estudiados, los que contienen en su cuerpo una disposición general en materia de representación, distinta a las normas del contrato de mandato. En este segundo grupo, a su vez, podemos distinguir cuatro grupos dependiendo de la forma de la regulación y la ubicación del instituto de la representación en los códigos civiles: (i) aquellos que contienen sólo una norma permisiva que se encuentra en la parte general de contratos, y el resto se debe buscar en la parte del contrato de mandato; (ii) aquellos que regulan de forma general el instituto de la representación en la parte general de contratos; (iii) aquellos que tienen una norma permisiva en materia de representación en la parte general de actos jurídicos pero regulan el resto del instituto en la parte del mandato y (iv) aquellos que regulan de forma general el instituto de la representación en la parte de acto jurídico.

Los códigos del primer grupo se encuentran en un momento de transición en el reconocimiento y regulación del instituto de la representación. Estos códigos tienen aún una fuerte influencia del *Code civil*; sin embargo, luego de establecer la regla general conforme a la cual una persona sólo puede celebrar contratos por sí misma, contemplan una norma que permite la inclusión, en el sistema del código, del instituto de la representación, colocándose por ello esta norma en la parte general de contratos; pero es sólo una norma la que constituye la puerta de entrada de la representación en el sistema; ya que la regulación específica de toda la problemática en torno a dicho tema se contempla en la parte del contrato de mandato. De esta forma, si bien es cierto para estos códigos no se identifica más el contrato de mandato con el instituto de la representación, aún se concibe al referido contrato como fundamental fuente de la representación. A modo de comparación, podemos decir que este grupo de códigos tiene una sistemática, en materia de representación, similar a la que tiene el Código Civil español⁽¹⁷⁵⁾; sin embargo, no podemos decir que éste haya sido

(175) Recordemos la norma del Código Civil español a la que ya hemos hecho referencia:

la influencia de los referidos códigos latinoamericanos, en la medida que muchos de éstos fueron dictados antes de aquél. La influencia parecería haber sido más bien el Proyecto de Código Civil de García Goyena, cuyo artículo 980⁽¹⁷⁶⁾ contiene la referida disposición general.

El primer código que se ubica dentro de este grupo es el Código Civil del Perú de 1852⁽¹⁷⁷⁾; al que le siguen los códigos civiles de Chile⁽¹⁷⁸⁾ —y en general, todos los códigos que siguen el modelo del código chileno, como el de Colombia⁽¹⁷⁹⁾—; Argentina⁽¹⁸⁰⁾; México⁽¹⁸¹⁾; Uruguay⁽¹⁸²⁾; y, Puerto Rico⁽¹⁸³⁾. En este grupo resulta importante destacar

Artículo 1259. “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

(176) Artículo 980. “Ninguno puede contratar a nombre de otro, sin estar autorizado por él, o sin que tenga por la ley su representación.

El contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga autorización o su representación legal, será nulo; a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se le otorgue”.

(177) Artículo 1259. “Los que contratan sin representar expresamente a otros, no lo hacen ni se obligan sino para sí mismos. Sin embargo, puede prometer el hecho de un tercero con cargo de indemnización, si este no cumple; y se puede contratar a favor de un tercero aun sin su conocimiento.

En este último caso, los contratantes no son libres para deshacer el contrato, si el tercero ha aceptado la estipulación”.

(178) Artículo 1448. “Lo que una persona ejecuta en nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”.

(179) Artículo 1505. “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo”.

(180) Artículo 1161. “Ninguno puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato”.

(181) Artículo 1801. “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley”.

(182) Artículo 1254. “El contrato que hiciere una persona a nombre de otra estando facultado por ella o por la ley, producirá respecto del representado, iguales efectos que hubiese contratado él mismo”.

(183) Artículo 1211. “Contrato a nombre de otro. Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

la norma del artículo 1870 del Código Civil de Argentina⁽¹⁸⁴⁾, que tiene como antecedente el artículo 2854⁽¹⁸⁵⁾ del *Esboço* de Teixeira de Freitas, conforme a la cual las normas del contrato de mandato se aplican a los demás supuestos de representación regulados por el Código; constituyéndose de esta forma el contrato de mandato como el centro en torno al cual gira la regulación de todos los supuestos de representación.

Los códigos del segundo grupo se encuentran en un momento en el cual se ha consolidado la separación entre el contrato de mandato y el instituto de la representación. Es por ello que dentro de su sistemática han preferido regular el instituto de la representación con normas

(184) Artículo 1870. “Las disposiciones de este Título son aplicables:

1. A las representaciones necesarias, y a las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas.

2. A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública.

3. A las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades, en los casos en que así se determine en este Código, y en el Código de Comercio.

4. A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro, el militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este Título, cuando no supusiese necesariamente un contrato entre el representante y el representado.

5. A las representaciones por gestores officiosos.

6. A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos.

7. A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos”.

(185) Artículo 2854. “*As disposições deste Capítulo, não havendo disposições especiais em contrário, regem privativamente todas as representações voluntárias que derivarem de contrato, uma vez que os representantes não sejam procuradores em causa própria.*

São, todavia, aplicáveis:

1. *As representações necessárias do art. 44 em tudo o que não se opuser às disposições especiais da Seção 2 deste livro.*

2. *As representações dos Estabelecimentos de utilidade pública e das Corporações, dando – se os casos previstos no art. 291.*

3. *As representações por administradores e por liquidantes de sociedades, nos casos em que assim o determinar o Capítulo 13 deste Código, e o Código de Comércio.*

4. *As representações por pessoas dependentes, como o filho – famílias em relação a seu pai, o criado em relação ao amo, o aprendiz em relação ao mestre ou mestra, o militar em relação ao seu superior, as quais serão julgadas pelas disposições do §2 deste Capítulo, que não supuserem necessariamente um contrato entre o representado e o representante.*

5. *As representações por gestores officiosos, conforme se determinar o Título e deste Seção.*

As representações por testamentarios o inventariantes, em todo o que não se opuser às disposições especiais do Livro 4 deste Código”.

generales, de forma tal que éstas se puedan aplicar a todos los tipos de representación. Sin embargo, a pesar de haber concebido dicha diferencia, no han decidido abandonar el modelo del *Code civil*, y en tanto ello, poniendo siempre como eje de regulación de los negocios jurídicos al contrato, las normas generales en materia de representación, aplicable a todos los casos, se encuentran en la parte general de contratos. Todos estos códigos, siguen pues, el modelo del *Codice civile* de 1942. Dentro de este grupo de códigos se encuentran el de Bolivia de 1976⁽¹⁸⁶⁾; y el de Venezuela de 1982⁽¹⁸⁷⁾.

En el tercer grupo sólo podemos ubicar al Código de Brasil⁽¹⁸⁸⁾, el que a pesar de tener una parte general de '*dos fatos jurídicos*' establece en esta parte sólo una norma permisiva de la representación, pero la regulación de ésta se encuentra fundamentalmente en la parte relativa al contrato de mandato. Para este Código el instituto de la representación y el contrato de mandato son absolutamente diversos, de forma tal que por ello establece en la parte general de los hechos jurídicos una norma que permita la adquisición de derechos a través de representante. A diferencia del grupo anterior, esta norma se encuentra en la parte general de hechos jurídicos, y no en la parte de contratos, debido a la sistemática alemana seguida por el código del Brasil; sin embargo a diferencia del BGB y de los códigos que a continuación mencionaremos, el código del Brasil no llega a establecer una regulación completa de la disciplina de la representación en la parte general; sino que para ello se deberá acudir a las normas del contrato de mandato.

(186) Todas las normas relativas a la representación en este código se encuentran en la sub-sección segunda, de la sección primera (referida al consentimiento), del capítulo II (referido a los requisitos del contrato), del título primero (denominado 'de los contratos en general'), de la parte segunda (referida a las fuentes de las obligaciones), del libro tercero (denominado 'de las obligaciones').

(187) Todas las normas relativas a la representación en este código se encuentran en la subsección cuarta (denominada 'de la representación'), de la sección primera (denominado 'de los contratos'), del capítulo I (denominado 'de las fuentes de las obligaciones'), del libro tercero (denominado 'de las obligaciones').

(188) Artículo 74. "*Na aquisição dos direitos observar-se-ão estas regras:*

I - Adquirem-se os direitos mediante ato do adquirente, ou por intermédio de outrem.

II - Pode uma pessoa adquirir-los para si, ou para terceiros.

III - Dizem-se atuais os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar.

Parágrafo único. Chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição depende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições fálíveis".

Finalmente, los códigos del cuarto grupo que coincidentemente resultan ser los códigos de fines del siglo XX de América Latina, se encuentran en el mismo momento que el segundo y tercer grupo, es decir en el cual se ha logrado establecer el instituto de la representación como un instituto autónomo y distinto del contrato de mandato; sin embargo, a diferencia del segundo grupo y a semejanza del tercero, estos códigos se han apartado del modelo francés que tiene como centro de la regulación al contrato, prefiriendo optar por el sistema alemán, en el que el centro es el negocio jurídico. Sin embargo, a diferencia del tercero, estos códigos no contienen sólo una norma con carácter de principio que permita el instituto de la representación, sino que contienen una regulación detallada de la disciplina. De esta forma, todas las normas generales relativas a la representación no se encuentran en la parte general de contratos, sino más bien en la parte de acto jurídico. En este grupo podemos encontrar al Código Civil del Perú de 1984⁽¹⁸⁹⁾; el Código Civil de Cuba de 1985⁽¹⁹⁰⁾; y, el Código Civil de Paraguay de 1987⁽¹⁹¹⁾. Esta tendencia es seguida también por el Proyecto de Código Civil de Argentina de 1999.

De lo anteriormente expuesto, entonces, podemos llegar a la conclusión de que en materia de la regulación y sistemática del instituto de la representación en América Latina parece advertirse una evolución que va desde el Código Civil de Bolivia de 1831 en el que el instituto se encuentra absolutamente identificado con el contrato de mandato, hasta el Código Civil de Paraguay de 1987, en el que el instituto se separa absolutamente de la sistemática de los contratos para formar parte de la sistemática de los actos jurídicos⁽¹⁹²⁾. Esta progresiva evolu-

(189) En este caso, las normas relativas a la representación se encuentran dentro del título tercero (denominado 'representación') del libro segundo (denominado 'acto jurídico').

(190) En este caso, las normas relativas a la representación se encuentran en la sección cuarta (denominada 'representación'), del capítulo tercero (denominado 'acto jurídico'), del título cuarto (denominado 'causas de la relación jurídica'), del libro primero (denominado 'relación jurídica'). Cabe señalar que esta sistemática del código cubano es bastante peculiar y distinta a la de los demás códigos latinoamericanos.

(191) En este caso, las norma se hallan ubicadas en la sección sexta (denominada 'de la representación en los actos jurídicos').

(192) Sobre la ubicación sistemática del instituto de la representación en los ordenamientos jurídicos en general, creemos importante citar las palabras del profesor colombiano Fernando HINESTROSA, quien afirma que: "...por razones varias, la más de ellas remitidas a la evolución histórica de la figura en lo que hace a la llamada 'voluntaria', la disciplina de la representación se ha solido colocar en los distintos ordenamientos en la regulación de las figuras de donde emana el poder y,

ción nos podría llevar a concluir también, al menos de manera preliminar, que para los legisladores contemporáneos de América Latina el instituto de la representación se entiende como un instituto atinente a todos los actos jurídicos; y no sólo ello, sino que parecería ser un instituto, cuya fuente voluntaria no sólo es el contrato, lo que como veremos más adelante no resulta ser tan cierto.

en especial, a propósito del mandato, figura esta que de ordinario se confunde con la representación, que, a su turno, se considera agotada en el mandato. Los códigos de raigambre francesa poco o nada se ocupan de la representación voluntaria como tal. El BGB le dedica diez y ocho párrafos. El Código Civil italiano de 1942 siguió esta pauta”. HINESTROSA, Fernando. “De la representación”. En: *Materiali del Corso di Perfezionamento e di Magister in “Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del derecho y derecho de la integración (con especial atención al derecho de los contratos)*, T. II. Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Centro di Studi Latinoamericani: Roma, 1998, p. 183.

LAS BASES PARA EL CÓDIGO LATINOAMERICANO: ¿CONTRATOS CONSENSUALES O REALES?

Por Fernando VIDAL RAMÍREZ⁽¹⁾

La fuente común de los contratos es el Derecho Romano, pero el fenómeno de su recepción no ha sido unívoco y la codificación civil latinoamericana los legisla con caracteres propios, aunque no en lo esencial. Por ello, plantear las Bases para la formulación de un Código Latinoamericano de Contratos, si ese es el desiderátum de los juristas latinoamericanos, la tarea ha de ser ardua, larga y escabrosa pues la codificación civil latinoamericana tiene arraigados criterios diferenciales.

En esta breve exposición deseo hacer referencia a la manera como la codificación civil latinoamericana trata la distinción de los contratos en consensuales y reales, siendo, por ello, un aspecto que estimo debe ser considerado como prioritario en las Bases.

La codificación civil peruana, por ejemplo, ha evolucionado de la señalada dualidad de los contratos a la consensualidad. El Código Civil de 1852⁽²⁾, que fue el primer Código con vigencia real y efectiva, establecía que los contratos son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos y, reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa (art. 1228). El Código Civil de 1936⁽³⁾, que lo derogó, si bien no hizo referencia a la señalada distinción de los contratos, dispuso que tratándose de contratos que generaban una obligación de dar cosa inmueble determinada, siguiendo el sistema del Código Napoleónico, la sola obligación ha-

(1) Ex Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

(2) *Código Civil. Anotado y Concordado*. Librería e Imprenta Gil. Lima, 1905.

(3) GUZMAN FERRER, Fernando. *Código Civil*. Cultural Cuzco. Lima, 1982.

cía al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario (art. 1172), pero que tratándose de cosa mueble cierta la transferencia de su propiedad requiere de la *traditio*, de su entrega, al acreedor de buena fe (art. 1173). El Código Civil de 1984, en vigencia, ha dejado de lado la distinción de los contratos en consensuales y reales y en materia contractual proclama el principio del *solus consensus obligat*. Su art. 1352 dispone que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, consentimiento que sólo deberá observar una forma cuando la ley la prescriba con carácter de *ad solemnitatem* y, tratándose de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles determinados mantiene el secular sistema francés, pues su art. 949 dispone que la sola obligación de enajenarlo hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario; sin embargo, tratándose de bienes muebles la transferencia de su propiedad requiere de la *traditio*, como lo señala su art. 947.

El Código Civil Chileno vigente desde 1857⁽⁴⁾, la Obra de Andrés Bello, traza también la distinción de los contratos, precisando, en su art. 1443, que son reales cuando, para que sean perfectos, es necesaria la tradición de la cosa, como es el caso del contrato de mutuo, y que son consensuales cuando se perfeccionan con el solo consentimiento, como es el caso del contrato de compraventa, cuyo art. 1801 la reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y el precio, salvo que se trate de bienes raíces mientras no se otorgue la escritura pública y las excepciones que el mismo Código establece o que por ley se establezcan.

EL Código Civil Chileno tuvo especial y significativa influencia en la codificación civil de Colombia⁽⁵⁾ y de Ecuador⁽⁶⁾, que mantienen la distinción de los contratos de la Obra de Andrés Bello en sus arts. 1500 y 1459, respectivamente.

El Código Civil argentino vigente desde 1871⁽⁷⁾, la Obra de Dalmacio Vélez Sarsfield, en su art. 1140 distingue a los contratos en consensuales y reales. Son consensuales, explica el mismo artículo, los que, sin perjuicio de lo que se disponga sobre su forma, quedan concluidos para producir sus efectos propios desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento. Son rea-

(4) *Código Civil*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1991.

(5) *Código Civil*. Temis. Bogotá, 1999.

(6) *Código Civil*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2010.

(7) DE ZAVALÍA, RICARDO. *Código Civil*. Zavalía. Buenos Aires, 1998.

les, según el art. 1141, los que, para producir sus efectos propios, quedan concluidos desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre la que versare el contrato, quedando incluidos en esta categoría, según precisa el art. 1142, el mutuo, el comodato, el depósito y la constitución de la prenda y de la anticresis. En el Proyecto de Reforma Integral de 1998⁽⁸⁾ se adoptó el criterio de la consensualidad, cuyo art. 900 estableció que los contratos quedarían concluidos para producir sus efectos propios desde la manifestación del consentimiento, salvo los casos en que fuera precisa una formalidad solemne.

La dualidad relativa al perfeccionamiento o conclusión de los contratos por el simple consentimiento o por la *traditio* es tratada de diversa manera por la codificación civil latinoamericana. Así, por ejemplo, el Código Civil de Costa Rica de 1886⁽⁹⁾ no tiene norma expresa indicativa de su opción, pues, *verbigratia*, al legislar sobre la venta su art. 1049 dispone que el contrato es perfecto desde que las partes convienen en cosa y precio, mientras que, al legislar sobre el mutuo, su art. 1343 precisa que el mutuuario adquiere la propiedad de la cosa prestada desde que le fue entregada. Sin embargo, del Código Civil Mexicano de 1928⁽¹⁰⁾ puede considerarse que asume una posición consensualista pues de su articulado sobre los contratos se infiere que éstos generan obligaciones que las partes deben cumplir sin más requisitos que los formales, pues al legislar sobre las obligaciones de dar dispone, en su art. 2014, que en los contratos enajenativos de cosas ciertas y determinadas la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de la tradición. El Código Civil Guatemalteco de 1964⁽¹¹⁾ ha optado claramente por el criterio de la consensualidad, pues su art. 1518 establece que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley dispone de una determinada formalidad como requisito esencial para su validez. El Código Civil boliviano de 1976 no hace referencia a si los contratos pueden ser consensuales o reales, pero sus comentaristas consideran que mantiene la idea de los contratos reales, pues legisla sobre contratos que no pueden perfeccionarse sin la *traditio*, como es el caso de los contratos que conllevan

(8) Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Ministerio de Justicia de la Nación. Buenos Aires, 1999.

(9) *Código Civil*. Investigaciones Jurídicas S. A. San José, 1999.

(10) *Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal*. Porrúa. México, 1998.

(11) *Código Civil*. Librería Jurídica. Guatemala, 2006.

una obligación de restitución, ya que no es posible restituir lo que no se ha recibido⁽¹²⁾. El Código Civil venezolano de 1982⁽¹³⁾ si bien señala, en su art. 1137, que el contrato se forma con la aceptación de la oferta su perfeccionamiento requiere de la tradición, pues así resulta, por ejemplo, en la venta, en la que el art. 1486 le impone al vendedor la tradición de la cosa que ha vendido, siendo más explícito aún, en el mutuo, pues el art. 1735 impone el requisito de la entrega de la cosa mutuada. El Código Civil paraguayo de 1987⁽¹⁴⁾ no tiene tampoco norma indicativa de su opción pero de la revisión de su articulado en materia de venta y de mutuo puede inferirse que les da un carácter real a los contratos. El Código Civil brasileño de 2002⁽¹⁵⁾ no ha asumido una posición definida pues considerando los contratos de compraventa y de mutuo, como lo venimos haciendo, puede inferirse, atendiendo a los arts. 481 y 482, que el primero se perfecciona con el solo consentimiento de las partes, mientras que el mutuo requiere de la *traditio*, atendiendo a sus arts. 586 y 587.

De la muestra expuesta se infiere lo disímil del tratamiento que la codificación civil latinoamericana dispensa al perfeccionamiento de los contratos. De ahí, que la cuestión deba ser considerada de modo prioritario en la formulación de las Bases y definirse el criterio a adoptarse, sea estableciendo la consensualidad como principio general y excluyente o que se considere la *traditio* en función de las características que se juzgue necesario dotar a determinados contratos.

El proyecto de dotar a Latino América de un Código unificado en materia Contractual es también una tarea trascendente, pues debe coadyuvar los procesos que se vienen ensayando para la integración económica pues facilitará la circulación de bienes y servicios.

(12) MORALES GUILLÉN, Carlos. *Código Civil. Anotado y Concordado*. Gisbert & Cía. La Paz, 1982.

(13) *Código Civil* de Venezuela. Forex.

(14) *Código Civil*. Edición Oficial. Asunción, 1987.

(15) *O Novo Código Civil*, Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2002.

CAPÍTULO IV

TRATATIVAS PRELIMINARES. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL



RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA UN FUTURO CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS

Por Fernando PANTALEÓN⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Ideas vertebrales. 1.1. Existencia de deberes precontractuales de lealtad y de información. La posición de los ordenamientos del *common law*. 1.2. Naturaleza extracontractual (no obligacional) de la responsabilidad precontractual. La construcción alemana de la culpa *in contrahendo*. 1.3. Los artificios de la construcción alemana de la culpa *in contrahendo*. 1.4. Responsabilidad precontractual en los casos en que se celebra un contrato válido. 1.5. Responsabilidad precontractual y autonomía privada. 2. Grupos de casos más relevantes. 2.1. Infracción de los deberes de lealtad en las negociaciones contractuales. 2.1.1. Ruptura de las negociaciones contractuales. 2.1.2. Infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido. 2.1.3. Infracción del deber de confidencialidad. 2.2. Infracción del deber de revelar información o de informar correctamente a la otra parte en las negociaciones, que provoca que ésta consienta un contrato que, si el deber no se hubiese infringido, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró. 2.2.1. Caracterización general del grupo de casos. Precisiones terminológicas. 2.2.2. Alcance del deber precontractual de revelar información a la otra parte. 2.2.3. Problemas de concurrencia de remedios. 2.2.4. Medida de la indemnización. 2.2.5. Modelos de regulación. 3. Conclusión. Bibliografía.

1. IDEAS VERTEBRALES

1.1. Existencia de deberes precontractuales de lealtad y de información. La posición de los ordenamientos del *common law*

La premisa básica debe sin duda ser que, entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato, nace un conjunto

(1) Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid. Socio del Estudio Garrigues, Madrid.

característico de deberes precontractuales de conducta —básicamente, deberes de lealtad y deberes de información—, concreciones de las exigencias de la buena fe objetiva —la denominada “buena fe y lealtad en los negocios (*good faith and fair dealing*)”, por ejemplo, en el artículo 1.7 de los “Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004” [en lo que sigue, PU]; en los artículos 1:102(1) y 1:201 de los “Principios del Derecho Europeo de Contratos” [PECL]; y en el artículo I.1:103 de los “Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Privado Europeo, Draft Common Frame of Reference” [DCFR]⁽²⁾—; deberes, esos, cuya infracción, imputable a una de las partes en las negociaciones y dañosa para la otra, genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios —típicamente “daños puramente patrimoniales” (“pure economic losses”): no consecuencias perjudiciales de daños a las personas o a las cosas— que la otra parte no habría sufrido, si el deber de conducta de que se trate se hubiera cumplido fielmente.

Suele afirmarse que los ordenamientos del *common law*, y en especial el Derecho inglés, no reconocen la referida premisa. Y, en efecto, sigue siendo cierto que dichos ordenamientos no admiten la existencia de deberes generales de buena fe o lealtad en las negociaciones⁽³⁾.

(2) **Artículo 1.7 PU** (Buena fe y lealtad negocial).

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes ni pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo 1:102 PECL: Libertad contractual.

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, con sujeción a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, y a las reglas imperativas establecidas por estos Principios.

Artículo 1:201 PECL: Buena fe y lealtad en los negocios.

(1) Cada parte debe actuar de conformidad con las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Artículo I.1:103 DCFR: Buena fe y lealtad en los negocios.

(1) La expresión “buena fe y lealtad en los negocios” hace referencia a un modelo de conducta caracterizado por la honradez, transparencia y consideración hacia los intereses de la otra parte de la transacción o relación en cuestión.

(2) Es, en particular, contrario a la buena fe y la lealtad en los negocios que una parte actúe de modo inconsistente con sus previas declaraciones o conducta, cuando la otra parte ha confiado razonablemente en ellas en su perjuicio.

Aquí, y en lo que sigue, se utiliza la versión española oficial de los PU. En lo demás, las traducciones son propias.

(3) Suele citarse el muy radical *dictum* con el que Lord Ackner negó fuerza jurídica incluso a los acuerdos expresos de negociar de buena fe, en *Walford v. Miles* [1992] AC 128, 138:

Y que parten de la regla general de que corresponde a cada parte la carga de obtener los datos fácticos y jurídicos que considera relevantes para tomar la decisión de contratar, o no, o de contratar con ciertos términos y condiciones, y no con otros: como regla, el mero “no revelar” en el marco de la negociación para celebrar un contrato no constituye ni “(statutory) misrepresentation”, ni “(*common law*) tort of deceit” o de “negligent misstatement”. Por más que resulte también cierto que, mediante remedios generales distintos del que es propio del “law of torts” —“promissory estoppel”, “law of restitution”, “equity”—, alcanzan, aunque sólo de modo fragmentario, soluciones equivalentes a las que llegan los ordenamientos del civil law en las constelaciones de casos conocidas como “ruptura de tratos o tratativas” e “infracción del deber de confidencialidad”. Y que sea patente que la incorporación al Derecho inglés de las Directivas de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores ha hecho ya imposible reconocer, en el ámbito de la contratación entre empresarios y consumidores, la regla de que incumbe a estos últimos la carga de procurarse los datos

“The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. [...] How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined ‘in good faith’. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton [el abogado que sostenía que debía imponerse responsabilidad por la ruptura de las negociaciones], of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an ‘agreement’? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a ‘proper reason’ to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content”.

Conviene dejar constancia de que, respecto a la fuerza jurídica de los “agreements to negotiate”, el dictum citado ya no refleja la posición dominante en los ordenamientos del *common law*. La clave de la evolución en esta materia de los ordenamientos del *common law* será, sin duda, en qué medida y con qué consecuencias, estarán los Tribunales dispuestos a deducir una obligación de negociar (continuar negociando) de buena fe de los “preliminary agreements” o “memoranda of understanding” que se vayan intercalando durante las negociaciones del contrato.

necesarios para tomar una decisión informada sobre si celebrar, o no, un contrato. Y lo mismo cabe predicar sobre la contratación entre las entidades financieras y los inversores no cualificados.

Tratándose aquí de propuestas para un futuro Código Latinoamericano de Contratos, ha de partirse de la premisa que es propia de los ordenamientos del *civil law*. Pero sin poner en duda la primacía, cuando menos para las negociaciones contractuales entre empresarios, de los principios generales de libertad de (no) contratar y de autorresponsabilidad; frente a eslóganes como “el modelo del Derecho contractual clásico y liberal, de antagonismo entre las partes, debe sustituirse por un modelo de cooperación”, que tan mistificador resulta si no se diferencian tipos de contratos (por ejemplo, el contrato de compraventa frente al contrato de sociedad) y no se distingue entre la fase de negociación y la fase de cumplimiento de las obligaciones contractuales⁽⁴⁾.

1.2. Naturaleza extracontractual (no obligacional) de la responsabilidad precontractual. La construcción alemana de la culpa *in contrahendo*

Característica del Derecho alemán es la construcción, incorporada a los apartados (2) y (3) del § 311 BGB en la reforma del año 2002, de que los deberes precontractuales de conducta integran una relación obligatoria legal preexistente, nacida entre los que negocian o preparan un contrato o entablan un contacto negocial análogo, e incluso para con cierta categoría de personas que no van a ser parte de aquel contrato. A tenor de las referidas normas:

(2) Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2⁽⁵⁾, nace también de:

1. la iniciación de negociaciones contractuales.

2. la preparación de un contrato mediante el que una parte una parte concede a la otra, en contemplación de una eventual relación negocial, la posibilidad de actuar sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía; o

3. contactos negociales análogos.

(4) Acierta el artículo III.1:104 DCFR cuando ciñe con claridad la “obligación de cooperar” entre deudor y acreedor a la finalidad del cumplimiento de la obligación del primero, frente al más impreciso “deber de cooperar en orden a dar pleno efecto al contrato”, al que se refiere el 1:202 PECL. Véase también el artículo 5.1.3 PU.

(5) Que dispone: “La relación obligatoria puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”.

(3) Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2, puede también nacer para con personas que no van a ser parte contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí un grado especial de confianza y, de ese modo, influye considerablemente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato.

Como es bien sabido, la necesidad de construir ese tipo de relación obligatoria preexistente responde a una característica propia del sistema de la responsabilidad civil extracontractual en el BGB, que carece de una cláusula general de indemnización de los daños y perjuicios causados por culpa o negligencia: como regla —salvo que, en palabras del § 823(2) BGB, se deriven de la infracción de una norma legal cuya finalidad sea la protección de otro (“ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz”)—, no son resarcibles los “daños puramente patrimoniales” —no consecuencias de la lesión de uno de los derechos absolutos que lista el § 823 (1) BGB—, que no hayan sido causados dolosamente (en cuyo caso, § 826 BGB), sino por mera negligencia. Y en consecuencia, sólo habilitando la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual (*rectius*: obligacional) podían resultar indemnizables los daños y perjuicios que normalmente producen los casos de culpa *in contrahendo*.

La generalidad de los sistemas de responsabilidad extracontractual de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos son “sistemas de cláusula general” o de *numerus apertus* de los daños potencialmente indemnizables: no, “sistemas de tipificación” o *numerus clausus* como el alemán. Y por esa razón, no ha habido necesidad de construir en aquellos ordenamientos una tal relación obligatoria preexistente para encontrar soluciones adecuadas a los casos de responsabilidad precontractual; cuyo carácter extracontractual declaran las jurisprudencias y defienden las opiniones doctrinales hoy absolutamente dominantes en la generalidad de los países latinoamericanos.

No hay, por tanto, motivo para importar la construcción alemana de la culpa *in contrahendo*; y sin duda no lo es, “mejorar” de manera encubierta, para la responsabilidad precontractual, las normas generales de la responsabilidad extracontractual, sustituyéndolas por las normas de la contractual que se consideran preferibles⁽⁶⁾. Cuestión

(6) Si se está convencido de que la norma que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, regula, por ejemplo, la responsabilidad por hecho ajeno o la prescripción extintiva, es más adecuada para la responsabilidad precontractual que la que regula una de aquellas materias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, deberá preconizarse la intervención del legislador, bien para que sustituya

diferente es la clara conveniencia de contar con normas legales que positivicen los deberes precontractuales de conducta más relevantes, y especifiquen al mismo tiempo el contenido de las indemnizaciones debidas por sus respectivas infracciones; en lugar de dejar, sin más, la determinación de la disciplina de la responsabilidad precontractual a la (inevitablemente tan discrecional) aplicación por los Tribunales de las cláusulas generales de la responsabilidad extracontractual. Normas, esas, que demostrarán que la responsabilidad precontractual es, ciertamente, un “sector especial” de la responsabilidad extracontractual; pero habrá de ser el régimen general de ésta el que cubra las lagunas de regulación de aquélla.

1.3. Los artificios de la construcción alemana de la culpa *in contrahendo*

Por otra parte, la incardinación, dentro la categoría de la responsabilidad precontractual, de las constelaciones de casos que se contemplan en los párrafos 2 y 3 del apartado (2) y en el apartado (3) del arriba transcrito § 311 BGB, no merece ser imitada. En efecto:

(a) Considerar, por ejemplo, casos de culpa *in contrahendo*, por infracción de los llamados “deberes de protección”, los supuestos de daños personales causados por accidentes que clientes potenciales (aun sin intención concreta de celebrar un contrato) sufren en el interior de establecimientos comerciales —como así los consideró la jurisprudencia alemana desde la Sentencia del Reichsgericht en el famoso “Linoleumrollenfall”, y se contemplan ahora en los párrafos 2 y 3 del apartado (2) del § 311 BGB—, resulta patentemente artificioso, ya que tales casos pertenecen al “núcleo duro” del ámbito propio de la responsabilidad extracontractual: los accidentes con daños a las personas o a las cosas. Ésta es la opinión dominante incluso en la propia doctrina alemana⁽⁷⁾. Y con buen criterio, el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), ha

ésta por aquélla con carácter general para la responsabilidad extracontractual, o bien —de existir una buena razón para ello que no se me alcanza— para que introduzca la primera como norma especial sólo de la responsabilidad precontractual.

(7) Que explica que la consideración del “Linoleumrollenfall” como caso de culpa *in contrahendo* obedeció al deseo del Reichsgericht de impedir, con la aplicación de la norma del § 278 BGB, que el empresario demandado se exonerase de responder por la conducta negligente del dependiente que atendía a la clienta demandante, que resultó lesionada por la caída de los rollos de linóleo, mediante la prueba de descargo que permite la norma del § 831 BGB.

excluido dicho grupo de casos del ámbito de la regulación del Derecho aplicable a la culpa *in contrahendo*, contenida en su artículo 12⁽⁸⁾. En efecto, el Considerando núm. 30 del referido Reglamento dice:

“La culpa *in contrahendo* a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 [que establece la norma general de conflicto para los casos de responsabilidad extracontractual] o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento”⁽⁹⁾.

(b) Inapropiado parece también incardinar en el ámbito de la responsabilidad precontractual los casos de responsabilidad de los asesores y expertos que, de muy diferentes maneras, pueden influir en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato, pero que no participan en aquéllas como eventuales partes del contrato de cuya negociación se trata; constelación de casos usualmente analizada bajo el título “Sachwalterhaftung” por la doctrina alemana, y que expresamente contempla ahora el apartado (3) del § 311 BGB.

En los ordenamientos jurídicos que cuentan con “sistemas de cláusula general” en materia de responsabilidad extracontractual, ese grupo de casos plantea la específica necesidad de evitar un insoportable (inasegurable) “desbordamiento” de la responsabilidad de los asesores o expertos por mera negligencia —por errores contenidos en sus informes o dictámenes—, si llegara a admitirse a favor de cualquier tercero que haya tenido acceso a ellos y confiado en su corrección para tomar la decisión de celebrar, o no, un contrato. Los intereses que

(8) A cuyo tenor, “la ley aplicable a una obligación extracontractual que derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si éste se hubiera celebrado”.

(9) Respecto de los denominados deberes precontractuales de conservación o custodia de cosas —por ejemplo, en los casos en que un concesionario de automóviles deja probar uno a un eventual comprador, o en que el propietario de un yate lo deja en el taller de quien va a presupuestarle una determinada obra de mejora—, considero que relaciones del tipo de las descritas deben considerarse ya propiamente contractuales, análogas a las típicas de los contratos de comodato o de depósito; y que, en consecuencia, sería propiamente contractual la eventual responsabilidad por los daños causados a las cosas en cuestión por dolo o culpa del eventual comprador o contratista de obra.

han de ponderarse para determinar el ámbito razonable de “terceros protegidos” en tales casos son claramente diferentes de los que deben ponderarse para decidir el alcance de los deberes de información entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato⁽¹⁰⁾.

1.4. Responsabilidad precontractual en los casos en que se celebra un contrato válido

Pese a existir autorizadas opiniones en tal sentido, no hay razón para excluir del ámbito de la responsabilidad precontractual los casos de infracción de deberes de información en los que llega a celebrarse un contrato válido (o anulable por error o por dolo, pero no anulado por la parte que padeció el vicio de consentimiento)⁽¹¹⁾. Cuestión distinta, sobre la que volveremos más adelante, es la de si, en caso de que las expectativas sobre el contenido de las futuras obligaciones contractuales del infractor generadas en la otra parte por la falta de información o la información incorrecta deban considerarse “términos” del contrato, la concurrencia de los remedios propios del incumplimiento contractual —de la falta de conformidad de la prestación con los términos del contrato— deberá excluir, o no, la aplicación del remedio indemnizatorio que es propio de la responsabilidad precontractual. Y avanzamos ya que en modo alguno es evidente que la respuesta tenga que ser afirmativa.

1.5. Responsabilidad precontractual y autonomía privada

No debe ponerse en modo alguno en cuestión que quienes se proponen iniciar o mantienen negociaciones para la celebración de un contrato puedan celebrar acuerdos, jurídicamente vinculantes, en los que pacten expresamente o de los que quepa deducir el contenido

(10) Los terceros a que se refiere el citado apartado (3) del § 311 BGB no son, claro ésta, los terceros que participan en las infracciones, por quienes están negociando contratos, de sus deberes precontractuales de conducta. La cuestión de la eventual responsabilidad de dichos terceros, contemplada en una conocida Sentencia de la Cour de Cassation (Chambre Commerciale) francesa de 26 de noviembre de 2003 —y que ciertamente tampoco debe encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad precontractual— ha de resolverse utilizando los criterios generales aplicables en materia de responsabilidad extracontractual de un tercero por la lesión de un derecho de crédito.

(11) Recuérdese el tenor del artículo 12 del Reglamento “Roma II”, citado *supra*, en la nota 7.

de sus deberes de conducta en las futuras negociaciones⁽¹²⁾, e incluso determinen las consecuencias de su eventual incumplimiento. La consiguiente responsabilidad por daños será, cuando así suceda, de naturaleza obviamente contractual. Y debe reconocerse también la posibilidad de limitar por pacto el *an* y el *quantum* legales de la responsabilidad precontractual no dolosa; bien que respetando, en su caso, las prohibiciones de excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, propias de la legislación sobre condiciones generales de la contratación. No hay razón para considerar el régimen legal de la responsabilidad precontractual un mínimo estrictamente imperativo.

2. GRUPOS DE CASOS MÁS RELEVANTES

2.1. Infracción de los deberes de lealtad en las negociaciones contractuales

Categoría de casos, que subdividiremos en tres grupos: (i) infracción de un deber de lealtad que provoca que el contrato no llegue a celebrarse: son los casos usualmente incluidos bajo la expresión “ruptura de los tratos, tratativas o negociaciones contractuales”; (ii) infracción de un deber de lealtad que provoca que se celebre un contrato nulo: infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido; e (iii) infracción de un deber de confidencialidad.

2.1.1. Ruptura de las negociaciones contractuales

Las ideas clave para regular este grupo de casos pueden condensarse así:

(a) Reglas generales: (i) libertad de entablar negociaciones contractuales y de romperlas ad libitum en cualquier momento, salvo que se haya pactado lo contrario, o se haya emitido una oferta que deba considerarse irrevocable; y (ii) libertad de mantener negociaciones paralelas con distintos interesados en la celebración del contrato, sal-

(12) Es frecuente que las negociaciones para la compraventa de empresas vengán precedidas de acuerdos en los que se estipulan deberes recíprocos de exclusividad y de confidencialidad, y se prevé y regula un procedimiento de “due diligence”. Y de la suscripción, por los que están negociando un contrato, de un “Memorandum of Understanding” en el que dejan constancia de los términos de aquél sobre los que ya existe acuerdo, y pactan continuar negociando de buena fe para alcanzarlo también sobre los demás, deberá seguramente deducirse un deber recíproco de no (ser el primero en) poner en cuestión, en las negociaciones futuras, los términos que constan en el MoU como acordados.

vo que se haya pactado un deber de exclusividad. Libertades, esas, moderadas por los deberes de lealtad siguientes:

(b) Deber de no iniciar ni continuar negociaciones contractuales sin intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte.

(c) Deber de no hacer creer a la otra parte que se negocia exclusivamente con ella, cuando se está negociando simultáneamente con otros interesados en el contrato.

(d) Deber de hacer honor a la legítima confianza generada en la otra parte, por el estadio ya alcanzado por las negociaciones contractuales y otras circunstancias concurrentes, en que el contrato llegaría con seguridad a celebrarse, y en cuya confianza realizó la otra parte gastos o inversiones, salvo que sobrevenga una razón plausible para romper las negociaciones. No se trata —nótese bien— de un “deber de no romper las negociaciones” que hayan alcanzado un cierto estadio⁽¹³⁾. La razón plausible que eximirá de responsabilidad puede consistir en que la otra parte venga a modificar su posición negociadora con exigencias sobrevenidas, o incluso en el hecho de que aparezca una oferta mejor de otro interesado en el contrato. No procede ser riguroso a ese respecto, sino, por el contrario, en los requisitos para calificar de “legítima” la confianza en que era ya seguro que el contrato llegaría a celebrarse. Y el que desee una protección mayor para sus gastos e inversiones precontractuales, que trate de acordarla de antemano con aquél con quien va a iniciar o mantiene las negociaciones. Si no lo hace así, o no lo consigue, gastará e invertirá a su propio riesgo.

En principio, que una de las partes se niegue a cumplimentar la forma legal necesaria para validez de un contrato, acordado ya en todos sus términos, es una conducta adecuada a la finalidad de protec-

(13) Por eso, no procede realizar, en orden a determinar la indemnización a pagar por su infracción, un juicio hipotético acerca de lo que habría sucedido si las negociaciones hubiesen continuado. Volveremos después sobre la cuestión; pero dejemos ya constancia de que la famosa Sentencia de 18 de junio de 1982 del Hoge Raad holandés en el caso Plas/Valburg (NJ 1983, 723) afirmó la posible existencia de un deber de buena fe de “no romper las negociaciones”, cuando hubiesen alcanzado el “tercer estadio” que describe el párrafo siguiente de dicha Sentencia:

“No es imposible que las negociaciones relativas a un contrato puedan alcanzar un estadio tan avanzado que el acto de romperlas, como tal, pueda ser considerado, dadas las circunstancias concurrentes, como infracción de la buena fe, sobre la base de que quepa asumir que las partes han confiado mutuamente en la expectativa de que algún tipo de contrato habría resultado en cualquier caso de las negociaciones. En una tal situación puede ser legítimo concluir que existe una obligación de indemnizar el lucro cesante”.

ción frente a la precipitación al contratar que es típica de las normas que imponen formalidades *ad solemnitatem*. Como regla, por lo tanto, aquella parte no incurrirá en responsabilidad, si (no sólo ella sino) también la otra parte conocía la exigencia de forma para la validez del contrato que negociaba⁽¹⁴⁾. Pero, excepcionalmente, la solución habrá de ser la contraria cuando concurren circunstancias que justifiquen una “confianza cualificada” de la otra parte en que el contrato finalmente se formalizaría: por ejemplo, se ha asegurado a la otra parte, para que se avenga a posponer la formalización, que ésta se realizará con seguridad en otra fecha; o se ha dado ya comienzo a la ejecución del contrato, o inducido a la otra parte a que vaya anticipando su contraprestación. La mera confianza en que la otra parte cumplirá lo pactado sin la forma legalmente exigida no basta: el que libremente confía en una “palabra de caballero”, en vez de confiar en el Derecho, tendrá que conformarse si, a la postre, el “caballero” no cumple su palabra no formalizada conforme a Derecho.

(e) La indemnización procedente, en el grupo de casos que venimos analizando, será la que procure dejar al perjudicado por la infracción del deber en la situación en la que se habría encontrado si las negociaciones desleales no se hubiesen iniciado, o si no hubiese llegado a confiar legítimamente en la segura celebración del contrato: una indemnización en la medida del denominado “interés de confianza” o “interés contractual negativo” del perjudicado. Poner a cargo del infractor del deber una indemnización en la medida del denominado “interés en el cumplimiento” o “interés contractual positivo” del perjudicado, que es la dirigida a dejarle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato se hubiera celebrado y cumplido —y la medida indemnizatoria que se compadecería con la errónea tesis de que la lealtad en las negociaciones puede llegar a imponer el deber de no romperlas cuando han alcanzado cierto estadio—, comportaría una injustificable limitación de la libertad de (no) contratar del infractor del deber de lealtad: una injustificable compulsión a contratar⁽¹⁵⁾.

(14) Los casos en que la otra parte ignora que la ley exige una forma *ad solemnitatem* serán analizados más adelante, en el apartado II.1.2 del presente trabajo.

(15) No puede, por ello, acogerse la tesis de la Sentencia del Hoge Raad citada *supra*, en la nota 12. Cuestión distinta es que, en uno de los acuerdos que hemos dejado contemplados en la nota 11, se haya pactado expresamente una indemnización en la medida del interés positivo para el incumplimiento del deber de seguir negociando de buena fe; o que, excepcionalmente, proceda una indemnización en esa medida por el incumplimiento del deber implícito de no provocar, poniendo

La indemnización en la medida del interés de confianza puede incluir, además del concepto “gastos, inversiones o desinversiones que han devenido inútiles o perjudiciales”, el concepto “oportunidades perdidas de haber celebrado contratos alternativos con terceros”. En cuanto a las exigencias de prueba de la causalidad a este respecto (y a la posibilidad de pretender una indemnización porcentual por la “pérdida de oportunidad” en sí misma considerada), los criterios de decisión no tienen por qué ser diferentes a los aplicables para la responsabilidad extracontractual en general: de ningún modo cabe predicar para el grupo de casos de que se trata exigencias menos rigurosas. Y no se olvide que, salvo que exista pacto de exclusividad, el hecho de mantener negociaciones contractuales con una persona no impide celebrar con otra un contrato alternativo; ni que la preparación de un tal contrato podría haber comportado también gastos, inversiones o desinversiones semejantes.

La muy discutida cuestión de si la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del perjudicado debe constituir el límite máximo de la indemnización en la medida de su interés contractual negativo, ha de resolverse, en mi opinión, en sentido afirmativo; pues, en efecto, resulta irrazonable que la indemnización termine dejando al perjudicado por haber confiado en la celebración de un contrato en una situación patrimonial mejor que aquella en la que se habría encontrado si el mismo contrato hubiese llegado a celebrarse y cumplirse. Y aunque es cierto que en este grupo de casos el perjudicado no puede alegar a su favor, para obtener una indemnización en el importe de su interés positivo, “lo que habría ocurrido si las negociaciones contractuales hubieran concluido con éxito”, no cabe deducir sin más de ello que resultaría injusto permitir que el infractor del deber lo alegara, a fin de limitar hasta aquel importe la normal indemnización en la medida del interés negativo del perjudicado; pues es difícil negar que el ofrecer, al cabo, a la otra parte la celebración del contrato en los términos en que confiaba legítimamente en celebrarlo, constituiría una “conducta alternativa conforme a Derecho” del infractor, que impediría la imputación objetiva de los daños que excedieran el interés contractual positivo de aquél. Ciertamente, la sin duda estricta carga de la prueba al respecto corresponderá al infractor: deberá indemnizar al perjudicado en la plena medida de su interés contractual negativo, siempre que reste cualquier duda razonable sobre el importe del (hipo-

en cuestión lo que se hizo constar como ya acordado, la ruptura de las últimas negociaciones de detalle que, de otro modo, hubieran conducido con seguridad a la celebración del contrato.

tético) interés contractual positivo de aquél. Pero si, por ejemplo, el infractor llegara a demostrar, con una seguridad rayana en la certeza, que la ruptura de las negociaciones ha librado a la otra parte de una operación que le habría reportado pérdidas, no resultaría justo imponer al repetido infractor, aun si doloso, responsabilidad precontractual alguna.

Conviene examinar, en fin, los modelos de regulación contenidos en el artículo 2.1.15 PU; el artículo 2:301 PECL; el artículo II.3:301 DCFR; y los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 1245 de la “Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos” [PMDOC], publicada en el año 2009 por el Ministerio de Justicia de España.

Artículo 2.1.15 PU (Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera de mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Artículo 2:301 PECL: Negociaciones contrarias a la buena fe

(1) Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que haya negociado o roto las negociaciones de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios será responsable de los perjuicios causados a la otra parte.

(3) Es contrario a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, en particular, que una parte entable o mantenga negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte.

Artículo II.3:301 DCFR: Negociaciones contrarias a la buena fe y la lealtad en los negocios

(1) Una persona es libre de negociar y no es responsable por el hecho de que no se alcance un acuerdo.

(2) Una persona que esté en negociaciones tiene un deber de negociar de conformidad con las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios y de no romper las negociaciones de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios. Este deber no puede ser excluido o limitado mediante contrato.

(3) La persona que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción.

(4) Es contrario a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, en particular, que una parte entable o mantenga negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte⁽¹⁶⁾.

Artículo 1245 PMDOC

1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

3. [Relativo del deber de confidencialidad, del que nos ocuparemos más adelante]

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los artículos anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto de apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones”.

Mi discrepancia esencial con dichos modelos de regulación, en general aceptables, reside en las palabras con las que termina el apartado (2) del artículo II.3:301 DCFR: “Este deber no puede ser excluido ni limitado mediante contrato”. Puesto que la infracción del deber puede sin duda ser meramente culposa, no veo ninguna razón para tal prohibición, fuera del marco de la contratación con consumidores o mediante condiciones generales. No se me alcanza razón alguna por la que haya que prohibir, por ejemplo, a dos empresarios que se proponen entablar negociaciones contractuales, que pacten que, de romperse aquéllas, ninguno podrá pedir al otro indemnización por las oportunidades perdidas de celebrar contratos alternativos con ter-

(16) Tanto para las infracciones de los deberes de lealtad en las negociaciones que ahora nos ocupan, como para las de los demás deberes precontractuales tanto lealtad como de información, dispone el artículo II.3:501 DCFR:

(1) Cuando cualquier regla en este Capítulo haga a una persona responsable del perjuicio causado a otra persona por una infracción de un deber, la otra persona tiene derecho a la indemnización de ese perjuicio.

(2) Se aplicarán las reglas III.3:704 (Perjuicio imputable al acreedor) y III.3:705 (Mitigación del perjuicio), con la adaptación de que la referencia al incumplimiento de la obligación se entenderá hecha a la infracción del deber.

La función del apartado (1) no parece otra que la de aclarar que la responsabilidad que contempla es de naturaleza indemnizatoria.

ceros; o por gastos en asesores legales superiores a una determinada cantidad.

Como propuesta de regulación de este grupo de casos en un futuro Código Latinoamericano de Contratos, considero, además, que sería conveniente precisar que la indemnización debe dirigirse a dejar al perjudicado por la infracción del deber en la situación en la que se habría encontrado si las negociaciones desleales no se hubiesen iniciado, o si no hubiese llegado a confiar legítimamente en la segura celebración del contrato⁽¹⁷⁾. Una precisión que, de haberse incluido en el apartado (3) del artículo II.3:301 DCFR, habría evitado cualquier posibilidad de entender que la referencia a un “deber de no romper las negociaciones” contenida en su párrafo (2) permitiría incluir, en la expresión “cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción” del referido deber, la posibilidad de una indemnización en la medida del interés contractual positivo del perjudicado⁽¹⁸⁾. Inequívoco a tal respecto es el apartado 5 del artículo 1245 PMDOC, cuyo apartado 1 remacha, además, que las partes son libres para abandonar o romper las negociaciones “en cualquier momento”.

Y para terminar: la expresión “de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios” de los citados artículos de los PECL y el DCFR es preferible a la expresión “de mala fe” de los PU y la PMDOC; que ciertamente acentúa la indudable excepcionalidad de la responsabilidad en este grupo de casos, pero parece teñida de un ingrediente subjetivo de dolo o malicia, que no resulta imprescindible para que la responsabilidad proceda⁽¹⁹⁾.

(17) Una precisión adicional del tipo “con el límite de no dejarle en una situación mejor que aquella en la que se habría encontrado si el contrato hubiera llegado a concluirse en los términos en que confiaba legítimamente en celebrarlo”, se podría muy bien omitir, encomendando esa discutible cuestión a la doctrina y la jurisprudencia de cada país.

(18) Ciertamente, en el Comentario oficial al referido artículo se dice que “the aggrieved party cannot claim to be put in the position in which that party would have been if the contract had been duly concluded and if the obligations under it had been duly performed” [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Munich 2009, p. 248]. Pero, en mi opinión, no ha sido afortunado referirse a un “deber de no romper las negociaciones”. La menos comprometida referencia de los otros artículos citados al hecho de que las negociaciones se hayan roto, como supuesto generador de la obligación de indemnizar, puede aceptarse por razones de sencillez o economía de lenguaje.

(19) Completamente diferentes a los casos examinados hasta aquí son aquellos en los que no llega a celebrarse cierto contrato que una persona pretendía cele-

2.1.2. Infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido

El análisis de este grupo de casos, objeto esencial del famosísimo trabajo pionero de Ihering sobre la culpa *in contrahendo*, requiere en la actualidad dos delimitaciones previas:

(a) Si se acoge la regla —contenida en los artículos 3.3.(1) PU, 4:102 PEDC, II.7:102 DCFR y 1303 PMDOC, y que indudablemente debería incorporar un futuro Código Latinoamericano de Contratos— de que la imposibilidad originaria de cualquiera de las prestaciones pactadas, por sí sola, no afecta a la validez del contrato, resultará obviamente excluida la posibilidad de encontrar un caso de responsabilidad precontractual del grupo ahora analizado, en el hecho de que, al tiempo de negociar el contrato, una de las partes conociera o debiera conocer, y la otra no, la imposibilidad originaria de su prestación conforme al contrato.

(b) La segunda delimitación se refiere a aquellos contratos para cuya validez la ley exige una determinada forma. Existe general consenso doctrinal y jurisprudencial acerca de que una de las manifestaciones típicas del juego de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos, facultades, acciones y excepciones es el llamado “abuso de la nulidad por motivos formales”. Si una de las partes omite cumplir la forma que sabe exigida por la ley para la validez del contrato, exigencia legal que sabe también que la otra parte ignora, con el fin de dejarse abierta una “puerta trasera” para “librarse del contrato” si después no le interesara cumplirlo, no podrá ampararse frente a la otra parte en la nulidad del contrato por falta de forma: la otra parte podrá tener el contrato por válido frente a la primera, si conviene a su interés,

brar con otra porque lo impide una conducta imputable a esa otra persona, y puede afirmarse de ésta que tenía un deber legal, o una previa obligación contractual, de posibilitar a la primera la celebración del contrato en cuestión. Por ejemplo, una conducta imputable a la Administración que ha convocado un concurso público para la elección de un contratista impide que participe en el concurso una persona que, atendida la oferta que habría presentado, sin duda lo habría ganado; o una conducta imputable al organizador privado de cierto concurso para elegir con quien celebra cierto contrato, comporta que aquél incumpla su previa obligación contractual de que posibilitar que participe en dicho concurso una persona que con seguridad lo habría ganado. En este tipo de casos, sí procederá una indemnización en la medida del interés contractual positivo: la que deje al perjudicado en la situación en la que se habría encontrado si el contrato que pretendía celebrar se hubiese efectivamente celebrado.

siempre que concurren los demás requisitos necesarios para su validez; pretendiendo, incluso, de la primera el cumplimiento en forma específica de sus obligaciones contractuales.

Resulta obvio que, en casos como el descrito, de provocación dolosa de la nulidad por falta de forma, la parte que ignoraba que la ley la exigía *ad solemnitatem* no tiene necesidad del remedio de la responsabilidad precontractual. Que procederá, en cambio, cuando una de las partes, por mera negligencia, haya dejado a la otra confiar erróneamente, en su perjuicio, en que no se requería forma para la validez del contrato.

Para la medida de la indemnización en ese grupo de casos, vale lo que dejamos escrito en el precedente apartado II.1.1. Admitir la posibilidad de indemnizar al perjudicado en la medida de su interés contractual positivo bajo la hipótesis de que, si el infractor no hubiera ignorado por su culpa que la ley exigía la forma para la validez del contrato, se hubiese formalizado en su momento, desconocería la finalidad típica de la exigencia legal de forma *ad solemnitatem*. El perjudicado no tenía derecho a que el infractor culposo del deber formalizarse el contrato, sino sólo a que hubiera empleado la diligencia exigible para no dejarle creer erróneamente, en su perjuicio, que había concluido un contrato válido. En fin, la eventual culpa concurrente del perjudicado dará lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria.

Analizaremos ahora, a la luz de lo anterior, el modelo de regulación contenido en el apartado (2) del artículo II.1:106 DCFR.

Artículo II.1:106 DCFR: Forma

(1) [Establece la regla general de libertad de forma de los contratos y actos jurídicos]

(2) Cuando un contrato u otro acto jurídico sea inválido por la sola razón de no haberse cumplimentado un específico requisito de forma, una parte (la primera parte) responderá de cualquier perjuicio sufrido por la otra (la segunda parte), por actuar en la creencia razonable, pero errónea, de que era válido, si la primera parte:

(a) sabía que era inválido,

(b) sabía o podía razonablemente esperarse que supiera que la segunda parte estaba actuando en potencial perjuicio de sí misma, en la errónea creencia de que era válido; y

(c) contra las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, dejó a la segunda parte seguir actuando de ese modo.

La crítica que nos merece el citado apartado no podrá sorprender. La consecuencia jurídica adecuada para los casos que contempla no

es la indemnización de perjuicios que prevé (por cierto, sin mayor precisión sobre la medida de indemnización). Puesto que la conducta de “la primera parte” que describe amerita el calificativo de “dolosa”, la consecuencia adecuada ha de ser que “la primera parte” no pueda ampararse frente a “la segunda parte” en la invalidez por falta de forma del contrato o acto jurídico en cuestión⁽²⁰⁾.

Resta ocuparse de la responsabilidad precontractual en los casos de nulidad del contrato por razón de su ilegalidad: porque infringe una norma legal imperativa. Existen, al respecto, dos modelos de regulación, contenidos en el artículo 15:105 PECL y el artículo II.7:303 DCFR, que transcribimos seguidamente.

Artículo 15:105 PECL: Indemnización de daños y perjuicios

(1) Una parte de un contrato que resulta ineficaz conforme a los artículos 15:101 o 15:102 [contratos contrarios a principios fundamentales o que infringen normas imperativas] podrá exigir de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios que ponga a la primera parte en la situación más semejante posible a la que habría tenido si el contrato no se hubiera celebrado, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la causa de la ineficacia.

(2) En orden a decidir si debe concederse la indemnización de daños y perjuicios prevista en el apartado (1), deberá tomarse en consideración los factores contemplados en el artículo 15:102(3). [Los factores para determinar la sanción adecuada para la infracción de la norma imperativa de que se trate]

(3) La indemnización de daños y perjuicios podrá denegarse si la primera parte conoció o debió haber conocido la causa de ineficacia.

Artículo II.7:304 DCFR: Indemnización de perjuicios

(1) Una parte de un contrato que es nulo o anulado, en todo o en parte, bajo a esta Sección [titulada: “Infracción de principios fundamentales o

(20) Si se establece una determinada forma legal para la celebración del contrato de seguro, no debería considerarse requisito de validez del contrato, al menos en perjuicio del asegurado. Esta es, a mi juicio, la vía más adecuada para evitar resultados injustos en los casos en que, por causa imputable a (un dependiente de) la compañía aseguradora, no llega a formalizarse el contrato de seguro con quien seguidamente sufre un siniestro que realiza el riesgo objeto del contrato. Sin duda mejor que el recurso a la responsabilidad precontractual de la compañía aseguradora. Que no me parece tampoco la vía de solución adecuada para los casos en que la póliza del seguro contiene una cláusula de exclusión de la cobertura de la que el asegurado no fue correctamente informado. La vía adecuada es una norma de no incorporación de tal cláusula al contenido del contrato: véanse, por ejemplo, el artículo 2:104 PECL y el artículo II.9:103 DCFR.

normas imperativas”], tiene derecho a ser indemnizado por la otra parte de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia de la invalidez, siempre que la primera parte no conociera ni pudiera razonablemente esperarse que hubiera conocido la infracción.

(2) La indemnización procedente será la necesaria para poner a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en la que esa parte se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado, o no hubiera incluido la cláusula prohibida.

No tengo ninguna objeción fundamental a dichos modelos de regulación. La inicial confusión que podría crear la expresión “de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia de la invalidez”, en el apartado (1) del artículo II.7:304 DCFR, queda aclarada en su apartado (2). Sin duda, hay que entender las palabras “si el contrato no se hubiera celebrado” de ambos artículos en el sentido de “si la parte perjudicada no hubiera confiado erróneamente, por culpa de la otra parte, en la validez del contrato”. Y las palabras “o no hubiera incluido la cláusula prohibida” del apartado (2) del artículo II.7:304 DCFR, permitirán a la parte perjudicada resarcirse, no sólo de cualquier gasto o inversión que haya hecho confiando erróneamente en la validez de la cláusula en cuestión y que haya devenido inútil, sino también de cualquier sanción que le haya reportado la inclusión de la cláusula prohibida; aunque será poco frecuente que se dé el caso, ya que se parte del supuesto de que la parte perjudicada no conoció ni debió haber conocido la infracción.

Ahora bien, entiendo que merece reconsideración que el hecho de que la parte perjudicada debiera razonablemente haber conocido la infracción de la norma imperativa de que se trate, sin haberla efectivamente conocido, excluya totalmente la indemnización, en vez de reducir, en su caso, su cuantía. Pienso, obviamente, en los casos en que la otra parte sí conociera la infracción, o pudiera haberla conocido con mucha mayor facilidad que la parte perjudicada.

2.1.3. Infracción del deber de confidencialidad

En esta materia, bastará transcribir los modelos de regulación recogidos en el artículo 2.1.16 PU; el artículo 2:302 PECL; el artículo II.3:302 DCFR; y los apartados 3 y 5, inciso primero, del artículo 1245 PMDOC.

Artículo 2.1.16 PU (Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropia-

do, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2:302 PECL: Infracción de la confidencialidad

Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no. El remedio por la infracción de este deber puede incluir una compensación por el perjuicio sufrido y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte.

Artículo II.3:302 DCFR: Infracción la confidencialidad

(1) Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no.

(2) En este artículo “información confidencial” significa información que, por su naturaleza o por las circunstancias en que fue obtenida, la parte que recibe la información sabe o puede razonablemente esperarse que sepa que es confidencial de la otra parte.

(3) La parte que razonablemente prevea una infracción del deber podrá obtener una orden judicial que la prohíba.

(4) La parte que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción y podrá ser condenada a transferir a la otra parte cualquier beneficio obtenido mediante el incumplimiento.

Artículo 1245 PMDOC

1. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]

2. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]

3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.

4. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]

5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. [El resto transcrito supra, en el apartado II.1.1]

El modelo contenido en el DCFR parece el más adecuado. La redacción del apartado 3 del artículo 1245 PMDOC es poco clara; aunque sin duda quiere decir que la información sólo se podrá revelar o utilizar si el contrato efectivamente se celebra, y en la medida en que resulte de su contenido. Bastaría añadir al final del apartado (1) del artículo II.3:302 DCFR la frase “salvo en la medida que resulte del con-

trato que llegue efectivamente a celebrarse”. Parece, en fin, plausible admitir la posibilidad de que el infractor del deber de confidencialidad deba transferir a la otra parte el beneficio obtenido mediante la infracción.

2.2. Infracción del deber de revelar información o de informar correctamente a la otra parte en las negociaciones, que provoca que ésta consienta un contrato que, si el deber no se hubiese infringido, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró

2.2.1. Caracterización general del grupo de casos. Precisiones terminológicas

La caracterización de esta constelación de casos es, en principio, bastante sencilla. Cuando, durante las negociaciones de un contrato, una de las partes infringe dolosa o culposamente un deber de revelar a la otra parte cierta información, o le proporciona una información falsa o incorrecta, y ello provoca que la otra parte consienta un contrato que, si hubiera recibido la información debida o correcta, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró, la parte infractora deberá indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se habría encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta; o dicho de otra manera, si al tiempo de contratar hubiera sabido la verdad, la realidad de las cosas, acerca de los hechos o circunstancias objeto de la información omitida, falsa o incorrecta.

Nótese bien: no, en la medida necesaria para dejar a la otra parte en la situación en que la se habría encontrado si la realidad de las cosas hubiera sido la que aquélla razonablemente se representó a causa de la falta de información o de la información incorrecta. Esta sería la medida de la indemnización que es propia de la responsabilidad contractual: indemnización en la medida del “expectation interest”; que es la expresión en lengua inglesa para designar nuestro interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, y que resulta especialmente plástica para el presente grupo de casos. La descrita más arriba es, en cambio, la medida de la indemnización característica de la responsabilidad precontractual por infracción del deber de información: la medida del “reliance interest” o interés de confianza. Bien que advirtiendo de inmediato que, en la presente constelación de casos, a diferencia de en las analizadas en las páginas precedentes, no se trata de la errónea confianza en que llegaría a celebrarse un contrato y que

sería un contrato válido —en los casos que nos ocupan, se celebra un contrato que puede ser perfectamente válido, o que, si fuese anulable por error o por dolo, podría no ser anulado por la otra parte—, sino la errónea confianza en la representación de la realidad producto de la información omitida o incorrecta; confianza ésa, que habría provocado que la parte a quien se le generó consintiese un contrato que, de haber conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró. En fin, aunque es cierto que los conceptos contrapuestos de interés contractual positivo e interés contractual negativo nacieron contemplando sólo los supuestos de culpa *in contrahendo* en los que no se llega a concluir un contrato o el contrato celebrado es nulo, pueden también utilizarse en este grupo de casos en el sentido siguiente: indemnizar al perjudicado por el deber de información en la medida de su interés contractual negativo significará “ponerle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado”; indemnizarle en la medida del interés contractual positivo significará “ponerle en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiese celebrado con términos y condiciones más favorables para aquél”. En este sentido —nótese bien—, el interés contractual positivo no se identifica con el “expectation interest” o interés en el cumplimiento, sino que es una de las dos variantes alternativas del “reliance interest” o interés de confianza más arriba definido; la otra variante sería el interés contractual negativo.

Es esencial que las precisiones terminológicas anteriores queden bien claras, ya que rompen con la tradicional identificación entre el “expectation interest” o interés en el cumplimiento y el interés contractual positivo, utilizada en los grupos de casos precedentes. A fin de ilustrarlas mejor, pongamos el ejemplo de un contrato de compraventa en el que haya sido el vendedor quien infringió dolosa o culposamente un deber precontractual de información, generando en el comprador falsas expectativas sobre la utilidad para él de la cosa comprada. Y sea VR: el valor real de la cosa comprada; P: el precio pagado por el comprador; VI: el valor que la cosa habría tenido, si su utilidad para el comprador se hubiese correspondido con las expectativas generadas por la falta de información o la información incorrecta; y PH: el precio que habría pagado el comprador (y aceptado cobrar el vendedor) por la cosa si no se hubiese producido la infracción del deber de información, esto es, si el comprador hubiera conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar. Pues bien:

La medida típica de la indemnización del “expectation interest” o interés en el cumplimiento vendría representada por la fórmula

VI - VR⁽²¹⁾; la del *reliance interest* o interés de confianza en su variante “interés contractual negativo”, vendría representada por la fórmula P - VR; y en su variante “interés contractual positivo”, por la fórmula P - PH⁽²²⁾.

2.2.2. Alcance del deber precontractual de revelar información a la otra parte

La esencial cuestión de hasta dónde llega, o debería hacerse llegar, el deber precontractual de revelar información —o como quizá sería más correcto decir, al menos para la contratación entre partes sin sustanciales asimetrías informativas, hasta dónde llega o debería hacerse llegar el reconocimiento, a una parte de un contrato, de remedios anulatorios, resolutorios o indemnizatorios basados en el hecho de que la otra parte no le proporcionó una información relevante para su decisión de celebrar el contrato en los términos y condiciones pactados, en lugar de atenerse a las exigencias del principio general de autorresponsabilidad o carga de autoinformarse—, no puede afrontarse en este trabajo ni siquiera con un mínimo detalle. Nos limitaremos a señalar que los artículos II.3:101 a II.3:108 DCFR han tratado de establecer reglas generales al respecto, de las que transcribimos a continuación las más generales.

Artículo II.3:101 DCFR: Deber de revelar información sobre bienes, otros activos y servicios

(1) Con anterioridad a la celebración de un contrato para el suministro de bienes, otros activos y servicios por un empresario a otra persona, el empresario tiene el deber de revelar a la otra persona aquella información relativa a los bienes, otros activos o servicios que se suministrarán que la otra persona pueda esperar razonablemente, teniendo en cuenta los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales según las circunstancias.

(2) Para valorar qué información puede la otra parte esperar razonablemente que le sea relevada, el criterio que se aplicará, cuando la otra parte sea un empresario, será el de si el no proporcionar la información se apartaría de las buenas prácticas comerciales.

(21) O alternativamente, por el coste para el comprador de hacer realidad las expectativas de utilidad de la cosa para él generadas por la infracción del deber precontractual de información. Que sería la medida de la indemnización que indudablemente podría exigir el comprador por la responsabilidad contractual del vendedor, en caso de que aquellas expectativas debieran considerarse incorporadas al contrato de compraventa como un término del mismo.

(22) La fórmula correspondiente a la acción de reducción del precio o *quantum minoris*, que correspondería al comprador en el supuesto contemplado en la precedente nota 20, sería P - P x VR/VI, o lo es lo mismo, P (1 - VR/VI).

Artículo II.3:102 DCFR: Deberes específicos para los empresarios que comercian con consumidores

(1) Cuando un empresario comercialice bienes, otros activos o servicios con un consumidor, el empresario tendrá el deber de no proporcionar información engañosa. La información es engañosa si no representa correctamente u omite hechos relevantes que el consumidor medio podía esperar que se le dieran para tomar una decisión informada sobre si dar pasos o no hacia la celebración de un contrato. Para valorar qué podía esperar un consumidor medio que se le diera, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. [...]

En fin, conviene transcribir también el apartado (3) del artículo II.7:205 DCFR, de redacción prácticamente idéntica al apartado (3) del artículo 4:107 PECL, porque, aunque incluido en sede del dolo como vicio del consentimiento, tiene obviamente aplicación más general.

Artículo II.7:205 DFCR: Dolo

(3) Para determinar si las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios requerían de una parte que revelase cierta información, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluidas:

- (a) si esa parte tenía especiales conocimientos técnicos;
- (b) el coste para esa parte de adquirir la información relevante;
- (c) si la otra parte podía razonablemente adquirir la información por otros medios; y
- (d) la visible importancia de la información para la otra parte.

2.2.3. Problemas de concurrencia de remedios

Como ya hemos reiterado, en los casos del grupo que venimos analizando, junto al remedio indemnizatorio característico de la responsabilidad precontractual, podrán concurrir (o no) los remedios propios del incumplimiento contractual; en concreto, de la falta de conformidad con los términos del contrato de la prestación de la parte que infringió su deber de información⁽²³⁾. La respuesta a la cuestión de si, cuando efectivamente concurren, deban excluir el juego del remedio de la responsabilidad precontractual, es ciertamente discutible. En mi opinión, habrá de ser la misma que se adopte, con carácter general, para los supuestos de concurrencia de los remedios de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual. Que, por

(23) Véanse, por ejemplo, los artículos 6:101 PECL (Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales) y II.9:102 DCFR (Determinadas declaraciones precontractuales consideradas términos del contrato).

principio, deberá ser una que no permita privar de eficacia a los pactos de limitación de responsabilidad legalmente válidos, ni eludir la aplicación de aquellas normas reguladoras de la responsabilidad contractual cuya específica finalidad sea limitarla. Pero, firme lo anterior, no parece rechazable permitir al perjudicado optar por pedir una indemnización en la medida del “reliance interest” o interés de confianza, cuando le resulte difícil probar con la necesaria certidumbre el importe de su “expectation interest” o interés en el cumplimiento; optar, esto es, por considerar el contrato como “hecho dañoso” en lugar de como “promesa generadora de expectativas de lucro jurídicamente protegidas”.

En fin, podrá también concurrir (o no) con el remedio de la responsabilidad precontractual el de la anulación del contrato por error o por dolo. Debe mantenerse, sin duda, la regla de que se trata de remedios perfectamente compatibles⁽²⁴⁾.

2.2.4. Medida de la indemnización

Procede distinguir los tres supuestos siguientes:

(a) La infracción del deber de información fue constitutiva de dolo o causó a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato, y la otra parte opta por anularlo.

En mi opinión, en dicho supuesto, la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: la necesaria para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado; o dicho de otro modo, si nunca hubiera entablado con el infractor del deber de información las negociaciones dirigidas a la celebración del contrato.

La tesis de que, en caso de engaño doloso, el perjudicado pueda exigir una indemnización en la medida de su “expectation interest” o interés en el cumplimiento no debe ser acogida, a pesar de su raigambre en el Derecho Romano y de que siempre ha contado con defensores muy autorizados. Ello sólo ocurrirá cuando la falsa representación

(24) También, la regla de que la concurrencia de los remedios propios del incumplimiento contractual no excluye el de la anulación del contrato por dolo. Más discutible es la cuestión respecto de la anulación por error. El artículo 3.7 PU dice: “Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento”. El artículos 4:119 PECL y el artículo II.7:216 DCFR, en cambio, reconocen la posibilidad de optar en todo caso por unos y otro remedio.

generada en la otra parte por el engaño doloso deba considerarse incorporada al contrato como un término del mismo y, por lo tanto, el infractor doloso del deber precontractual de información haya efectivamente incurrido en un incumplimiento contractual por falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Y no tiene por qué ser necesariamente así.

(b) La infracción del deber de información fue constitutiva de dolo o causó a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato, pero aquélla opta por confirmarlo o pierde por caducidad la facultad de anularlo.

(c) La infracción del deber de información no constituyó dolo ni causó a la otra parte un error legalmente bastantes para permitirle la anulación del contrato.

En mi opinión, también en ambos supuestos, la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: la necesaria para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado. Que, ahora, será normalmente igual a la diferencia entre el valor de la prestación contractual que realizó a favor del infractor del deber de información y el valor de la prestación recibida del infractor (la que, en nuestro ejemplo del apartado II.2.1, vendría representada por la fórmula $P - VR$); pero que podrá ser mayor, si de la celebración del contrato se derivasen ulteriores perjuicios (“consequential losses”) para la otra parte. Su eventual culpa concurrente, o la infracción de su deber de mitigar su daño, darán lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria⁽²⁵⁾.

(25) La jurisprudencia alemana permite que, en los supuestos de que se trata, la parte perjudicada por la infracción del deber precontractual de información pueda pedir, como resarcimiento en forma específica, la rescisión del contrato. No es una idea que merezca acogida. Se trata con ella de eludir las injustas consecuencias que puede provocar, por un lado, el demasiado estricto concepto del error bastante para anular el contrato que es propio del BGB; y por otro, el demasiado breve plazo que fija el BGB para el ejercicio de la facultad de anular el contrato por dolo. Partiendo de la base de que un futuro Código Latinoamericano de Contratos regularía dichos vicios del consentimiento de manera razonable, carecería de buen sentido que permitiera que dicha regulación pudiera ser eludida mediante el recurso a la responsabilidad precontractual; que no debe servir para que la parte que, pese a haber padecido la infracción del deber precontractual de información, no disponga, conforme a normas legales razonables, de la facultad de anular el contrato por vicio del consentimiento, pueda acabar liberándose de él a modo de resarcimiento en forma específica. En fin, dicha parte podría ciertamente liberarse del contrato resolviéndolo por incumplimiento. Pero ello presupondría que efectivamente se

En los supuestos que ahora nos ocupan, no hay razón alguna para sostener que el importe del “expectation interest” o interés en el cumplimiento de la otra parte ($VI - VR$ en el ejemplo del apartado II.2.1) deba ser el límite máximo de la indemnización en la medida de su interés contractual negativo. Ni siquiera en el caso de que, en el contrato celebrado, el valor objetivo de la prestación de la parte que padeció la infracción del deber de información hubiera sido mayor que el de la prestación que aquélla esperaba recibir del infractor del deber (en nuestro ejemplo, el caso de que $P > VI$, esto es, de que el comprador hubiera comprado con prima), habrá razón para que la referida parte no sea indemnizada también por dicho mayor valor, a no ser que infractor del deber de información lograra probar, sin lugar a duda razonable, que también lo habría pagado si hubiera contado con la información debida o correcta, en vez de no haberse celebrado contrato alguno; una prueba que, en la práctica, será rarísimo que el infractor esté en condiciones de proporcionar. Lo que sí habrá que evitar es que la parte que padeció la infracción del deber de información consiga, mediante la indemnización en la medida de su interés contractual negativo, trasladar al infractor del deber un perjuicio que no pueda considerarse causado por (*rectius*: objetivamente imputable a) dicha infracción; como por ejemplo, una disminución sobrevenida del valor del objeto de la prestación del infractor (de VR en nuestro ejemplo) exclusivamente por razones de mercado.

Una notoria jurisprudencia alemana permite que la parte que padeció la infracción del deber precontractual de información pueda exigir del infractor una indemnización en la medida de su interés de confianza en la variante “interés contractual positivo” (la que, en el ejemplo del apartado II.2.1, viene representada por la fórmula $P - PH$)⁽²⁶⁾, sin necesidad de probar que, si hubiera contado con la información debida o correcta, habría logrado efectivamente celebrar un contrato más beneficioso para ella que el celebrado (en nuestro ejemplo, habría logrado que el vendedor consintiera celebrar la compraventa al

hubiera producido un (esencial) incumplimiento del contrato por parte del infractor del deber precontractual de información: una (esencial) falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Lo que a su vez presupondría que la falsa representación generada por aquél en la otra parte con su infracción debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo.

(26) El perjuicio sufrido por el comprador consistente en “haber comprado demasiado caro”. O, en el menos frecuente caso de que el infractor del deber precontractual de información hubiera sido el comprador, el perjuicio sufrido por el vendedor consistente en “haber vendido demasiado barato” (que vendría representado por la fórmula $PH - P$).

precio PH), en vez de no celebrarse ninguno. Para comprender bien trascendencia de esa jurisprudencia, piénsese en que, en el hipotético contrato más beneficioso, el valor objetivo de la prestación de la otra parte hubiera sido menor que el de la prestación del infractor del deber de información (esto es, en nuestro ejemplo del apartado II.2.1, una compraventa en la que $PH < VR^{(27)}$, por lo que $P - PH > P - VR$). Pero la referida jurisprudencia no merece ser imitada, ya que —como advierte la propia doctrina alemana— comporta indemnizar una ficción de daño; e impone al infractor de deber precontractual de información unos términos contractuales con los que es posible, e incluso probable, que nunca hubiera consentido contratar (que nunca hubiera consentido, por volver a nuestro ejemplo, vender la cosa al precio PH). Sólo cabría permitir a la parte que padeció la infracción del deber de información exigir del infractor una indemnización en la medida de su (interés de confianza en la variante) “interés contractual positivo” que superase el importe de su interés contractual negativo, en el supuesto de que la referida parte pudiera probar, sin lugar a duda razonable, que, de haber contado con la información debida o correcta, habría logrado que el infractor del deber de información consintiera celebrar un contrato en el que el valor objetivo de la prestación de éste hubiese sido mayor que el de la prestación de aquella (en nuestro ejemplo, una compraventa en la que $VR > PH$, por lo que $P - PH > P - VR$), en vez de no haberse celebrado contrato alguno. Una prueba que, en la práctica, será rarísimo que la parte que padeció la infracción del deber esté en condiciones de proporcionar⁽²⁸⁾.

(27) Lo que bien podría ser el caso, si el comprador hubiera comprado con rebaja esto es, si $P < VI$.

(28) En suma, y volviendo al ejemplo del apartado II.2.1, la “reducción del precio” que como regla podría lograr nuestro comprador, por compensación con la indemnización a que tendría derecho por la responsabilidad precontractual del vendedor, sería igual a $P - VR$ (y de no producirse “consequential losses”, podría no existir responsabilidad, por falta de daño, en la hipótesis de que $VR \geq P$). Ciertamente, el comprador podría obtener una reducción del precio mayor, mediante el específico remedio de ese nombre —la clásica acción *quantum minoris*— en caso de que $P - P \times VR/VI > P - VR$ (lo que sucederá siempre que $P < VI$, o sea, cuando el comprador hubiera comprado con rebaja); pero sólo si la falsa representación generada en el comprador por la infracción del deber precontractual de información debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo. Por lo demás, se notará que el resultado de $P - P \times VR/VI$ no tiene por qué coincidir necesariamente con el resultado de $P - PH$.

Ahora bien, lo que sí nos enseña la jurisprudencia alemana que acabamos de mencionar es la conveniencia de que, en la regulación de los vicios del consentimiento en un futuro Código Latinoamericano de Contratos, se reconociera a la parte que contrató inducida por dolo, o por error esencial causado por la infracción

2.2.5. Modelos de regulación

Procede analizar, en fin, a la luz de lo anterior, los modelos de regulación del presente grupo de casos que se contienen en el artículo 3.18 PU; en los artículos 4:106 y 4:117 PECL; y en los artículos II.3:109, II.7:204 y II.7214 DCFR.

Artículo 3.18 PU (Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte de conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Artículo 4:106 PECL: Información incorrecta

La parte que haya celebrado un contrato confiando en información incorrecta proporcionada por la otra parte podrá exigir una indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 4:117(2) y (3), incluso cuando la información no dé lugar a una facultad de anular el contrato por error según el artículo 4:103, salvo que la parte que proporcionó la información tuviera razón para creer que la información era correcta.

Artículo 4:117 PECL: Indemnización de daños y perjuicios

(1) La parte que anule un contrato conforme a este Capítulo podrá exigir de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios que ponga a la parte que lo anuló en la situación más semejante posible a la que habría tenido si el contrato no se hubiera celebrado, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la existencia de error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta.

(2) Si una parte tiene la facultad de anular un contrato conforme a este Capítulo, pero no la ejerce o la ha perdido a tenor de lo dispuesto en los artículos 4:113 [plazos de caducidad de la facultad de anulación] o 4:114 [confirmación] podrá exigir, con sujeción al apartado (1), una indemnización de daños y perjuicios limitada al perjuicio causado por el error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta. La misma medida de indemnización de daños y perjuicios se aplicará cuando la parte fuera inducida a error por una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.

por la otra parte de un deber precontractual de información, el remedio, opcional a la facultad de anulación, de pedir una “adaptación del contrato” como la que se prevé en el apartado (3) del artículo 4:105 PECL y el apartado (3) del artículo II.7:203 DCFR para el caso de error común a ambas partes. Ésta sería la manera técnico-jurídicamente correcta (y no deformar la lógica indemnizatoria que es propia de la responsabilidad precontractual) de atender a las exigencias de la razón práctica a las que obedece la repetida jurisprudencia alemana.

(3) En lo demás, y con las adecuadas adaptaciones, la indemnización de daños y perjuicios se regirá por las disposiciones relevantes del Capítulo 9, Sección 5 [Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato].

Artículo II.3:109: Remedios por infracción de deberes de información

(1) [No relevante a los efectos del presente trabajo]

(2) Cuando un empresario haya dejado de cumplir cualquiera de los deberes prescritos en los artículos precedentes de esta Sección, y se haya celebrado un contrato, el empresario tendrá aquellas obligaciones contractuales que la otra parte haya razonablemente esperado que tuviera a consecuencia de la omisión o la incorrección de la información. Los remedios previstos en el Libro III, Capítulo 3 [Remedios por incumplimiento de contrato] se aplicarán al incumplimiento de dichas obligaciones.

(3) Se haya celebrado o no un contrato, el empresario que ha dejado de cumplir cualquiera de los deberes prescritos en los artículos precedentes de esta Sección será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por tal falta de cumplimiento. Este apartado no se aplicará en la medida en que se disponga de un remedio por incumplimiento de una obligación contractual conforme al apartado precedente.

(4) Los remedios previstos en el presente artículo no obstan a cualquier remedio que pueda corresponder conforme al artículo II.7:201 (Error).

(5) En las relaciones entre un empresario y un consumidor las partes no pueden, en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de este artículo ni menoscabar o variar sus efectos.

Artículo II.7:204: Responsabilidad por perjuicios causados por la confianza en información incorrecta.

(1) La parte que haya celebrado un contrato confiando razonablemente en información incorrecta proporcionada por la otra parte en el curso de las negociaciones tendrá derecho a una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia, si el suministrador de la información:

(a) creía que la información era incorrecta o carecía de base razonable para creer que era correcta; y

(b) sabía o podía razonablemente esperarse que hubiera sabido que el receptor confiaría en la información al decidir si celebrar o no el contrato en los términos pactados.

(2) Este artículo se aplicará aunque no se tenga la facultad de anular el contrato.

Artículo II.7:214: Indemnización de perjuicios

(1) La parte que tenga la facultad de anular un contrato conforme a esta Sección (o que tuviera dicha facultad antes de perderla por caducidad o confirmación) tiene derecho, sea el contrato anulado o no, a ser indemnizado por la otra parte de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia del error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta, siempre que la otra conociera o pudiera esperarse razonablemente que conociera la causa de anulación.

(2) La indemnización procedente será la necesaria para poner a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en la que esa parte se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado, con la limitación añadida de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder el perjuicio causado por el error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta.

(3) En lo demás, se aplicarán, con cualquier adaptación que resulte adecuada, las reglas sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación contractual.

Mis discrepancias más relevantes con los referidos modelos de regulación se centran en los apartados (2) y (3) del artículo II.3:109 DCFR. En el apartado (2), porque parece disponer que toda expectativa razonable sobre las futuras obligaciones contractuales del empresario que infringe un deber precontractual de información, generada en la otra parte incluso por la mera omisión de una información debida, habrá de entenderse incorporada al contrato, como un término del mismo; lo que, al menos para la contratación entre empresarios, carecería de buen sentido. Y respecto de lo previsto en el inciso final del apartado (3), dejé ya expresada, en el apartado II.2.3, la solución que estimo más correcta para la cuestión de la concurrencia entre los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad precontractual.

Ahora bien, es posible que la primera de las referidas discrepancias sea sólo aparente. De hecho, del Comentario oficial al artículo II.3:109 DCFR no resulta que en su apartado (2) se preconice una posición tan radical como arriba expuesta⁽²⁹⁾, que además no se compadecería con lo previsto, en materia de términos del contrato, en los artículos II.9:101 y 9:102 DCFR. Y el inciso final del apartado (3) del repetido artículo

(29) En efecto, en *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit., p. 236, se dice al respecto: "Paragraph (2) reflects the general idea that information available in the pre-contractual context can have a bearing on the substance of a contract. Thus, if a contract has been concluded, failure to *provide* the required pre-contractual information, or to use the correct form, can affect the substance of the obligations assumed under the contract, and may result in the non-performance of contractual obligations".

II.3:109 no se encontraba en la Interim Outline Edition del DCFR de 2008; y en su Full Edition, en el Comentario oficial al artículo II.7:214, puede leerse: “A veces, una declaración que se hace con dolo o que es incorrecta da también origen a una obligación contractual. En ese caso, el acreedor en la obligación puede elegir entre los remedios previstos en este capítulo y los remedios por incumplimiento de la obligación”⁽³⁰⁾. Lo que hace pensar que la cuestión de la concurrencia entre los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad precontractual no ha sido suficientemente meditada por los autores del DCFR.

El supuesto de hecho del artículo 4:106 PECL y del artículo II.7:204 DCFR debería incluir también los casos de confianza en la “falta de información” precontractualmente debida. Y en lo demás, y prescindiendo de gustos personales sobre su redacción, los citados modelos de regulación resultan plausibles. Es claro que la expresión “limitada al perjuicio causado por el error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta”, del apartado (2) del artículo 4:117 PDEC, y la equivalente “con la limitación añadida de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder el perjuicio causado por el error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta”, en el apartado (2) del artículo II.7:214 DCFR, buscan evitar, sensatamente, que la parte que padeció la infracción del deber de información consiga trasladar al infractor del deber un perjuicio que no pueda considerarse causado por (*rectius*: objetivamente imputable a) esa infracción⁽³¹⁾. Y claro resulta también que la remisión contenida en los apartados (3) de ambos artículos se dirige, respectivamente, a los artículos 9:504 y 9:505 PECL y a los artículos III.3:704 y 3:705 DCFR, con el fin de reducir la cuantía indemnizatoria en caso de culpa concurrente del perjudicado o de infracción de su deber de mitigar su daño; no, en cambio, al artículo 9:503 PECL o al artículo III.3:703

(30) Principles, Definitions and Model Rules..., cit., p. 529.

(31) Véase el Ejemplo 5 del Comentario oficial al artículo II.7:214 DCFR, en *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit., p. 530. Acertadamente se ha prescindido, tanto en dicho Comentario como en el Comentario oficial al artículo II.7:204 DCFR, ps. 489/490, del erróneo Ejemplo 5, que aparecía en el Comentario oficial al artículo 4:106 PECL [cfr. P. BARRÉS BENLLOCH, J. M. EMBID IRUJO y F. MARTÍNEZ SANZ (eds.), *Principios del Derecho Contractual Europeo*, Partes I y II, Madrid, 2003, p. 358]: en dicho ejemplo, la indemnización a pagar al comprador debería ser 25.000 FF, no 10.000, salvo en la rarísima hipótesis de que el vendedor lograra probar, sin lugar a duda razonable, que el comprador, de haber conocido el kilometraje real del coche, también lo habría comprado, y habría pagado por él un precio de 100.000 FF.

DCFR, sobre previsibilidad del daño al tiempo de contratar, exclusivos de la responsabilidad contractual⁽³²⁾.

3. CONCLUSIÓN

Existen ya modelos de regulación generalmente acertados, en los que pueden y, a mi juicio, deberían inspirarse las normas llamadas a disciplinar los grupos de casos más frecuentes de la responsabilidad precontractual en un futuro Código Latinoamericano de Contratos. No hay espacio en este campo —como seguramente tampoco en la inmensa mayoría de las materias que son propias del Derecho de los Contratos— para grandes innovaciones exigidas por una pretendida “idiosincrasia latinoamericana”. Lo hay sólo para realizar decisiones normalmente nada dramáticas entre soluciones alternativas casi siempre perfectamente defendibles.

Ahora bien, para terminar, conviene insistir en una tesis cuya justificación ha ido quedando ilustrada en varios lugares de este trabajo, especialmente cuando se hacía referencia a las normas y a la jurisprudencia alemanas sobre la culpa *in contrahendo*. Hay que evitar que la responsabilidad precontractual sirva o continúe sirviendo de “herramienta oculta” con la que los Tribunales puedan “corregir” o eludir la aplicación de normas que se estiman incorrectas o inadecuadas en materia de responsabilidad extracontractual o de vicios de consentimiento; o para suplir, en esas y otras materias, la carencia de normas que se consideran necesarias. Porque, como nos enseñó Karl N. Llewellyn, “covert tools are never reliable tools”.

BIBLIOGRAFÍA

Los mejores tratamientos generales de la materia en lengua española continúan siendo las monografías de C. Asúa González, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao 1989, y M.^a P. García Rubio, *La responsabilidad contractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, en las que, además, podrá hallar el lector referencias muy completas a la mejor bibliografía española y europea hasta las fechas de sus respectivas publicaciones. Recientemente, E. Barros Bourié, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile 2006, ps. 1000 y ss.; y M.^a P. García Rubio y M. Otero Crespo, “La responsabilidad precontractual en el Derecho

(32) Véase el apartado (2) del artículo II.3:501 DCFR, transcrito *supra*, en la nota 15.

contractual europeo”, *Indret* 4 (2010) disponible en www.indret.com/pdf/731_es.pdf, con cita seleccionada de la bibliografía más reciente.

Un buen panorama del Derecho europeo comparado: J. Cartwright y M. Hesselink (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Oxford 2009; y del Derecho alemán: Grüneberg, en Palandt BGB, 69ª ed., Munich 2010, § 311. En fin, sobre la jurisprudencia alemana mencionada el apartado II.2.4, con abundantes referencias, CH. Kersting, “Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen – Vertragsaufhebungsanspruch oder “Minderung” aus c.i.c.”, en *Juristenzeitung*, 14 (2008), ps. 714 y ss.; y H. Honsell, “Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa *in contrahendo* und Delikt”, en *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Colonia 2009, ps. 181 y ss., disponible en www.honsell.at/Publikationen/FS%20Medicus.pdf.

RUPTURA DE LAS TRATATIVAS PRELIMINARES Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Por Jorge MOSSET ITURRASPE⁽¹⁾

SUMARIO: Introducción. El camino al “contrato definitivo”. Comienzo, etapas y conclusión. 1. Libertad para contratar o no, iniciadas las tratativas. Libertad para salir de ellas u obligación de mantenerse. Ventajas e inconvenientes. La buena y la mala fe de los tratantes. 2. El Proyecto de reforma al Código Civil de 1998 en argentina. 3. En la formación del contrato que fuentes deben atender los tratantes: que ponen las partes y que el estado cual es la prelación normativa el rol de la autonomía de la voluntad la integración del contrato. 4. En la formación del contrato los tratantes deben atender al equilibrio negocial. A la justicia y equivalencia de las prestaciones deben evitar la presencia de cláusulas abusivas que conducen a la nulidad de lo acordado el contrato definitivo debe ser útil y justo de justicia conmutativa. El artículo 37 de la ley 24.240.

El Derecho de los Contratos es reconocido como uno de los Derechos Fundamentales.

Incorporado al Constitucionalismo Social y alcanzado, por tanto, por normas de esa jerarquía, en la medida en que es a través de la negociación y los acuerdos que el ser humano satisface sus necesidades, de toda índole, desde las relativas a la alimentación a las atingentes a la salud. De ahí que se haya producido en los últimos sesenta años un cambio en los paradigmas y una profunda alteración de los criterios que rigen la contratación, en sus más variados aspectos.

Esto es así en Latinoamérica, quizá no lo sea, o no en la misma medida, en Europa. Vale reiterar que hablamos de una región, Latinoamérica, caracterizada por: a. la existencia de mayorías, en muchos

(1) Profesor y ex Decano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembro correspondiente de la Academia Peruana de Derecho.

de sus países, privadas de salud, educación, alimentos suficientes, habitación, trabajo; b. personas, hombre y mujeres, que a la hora de buscar, a través del contrato, la satisfacción, en alguna medida, de esas necesidades, carecen de la información suficiente, del saber imprescindible, que les lleva a acordar en desventaja, sea en el precio del bien o servicio, en la cantidad; c. en ocasiones, lamentablemente plurales o numerosas, aun teniendo la información o el conocimiento necesario, exhiben una falta de “poder de negociación”, frente a la contraparte, que les lleva a aceptar “cláusulas predispuestas” condiciones usuarias o aprovechadoras; d. aludimos a las personas ignorantes o bien a las débiles o pequeñas, vulnerables al fin, que son multitudes y que ameritan protección o tutela.

De ahí la necesidad insoslayable y urgente de “constitucionalizar el derecho de los contratos”, de incorporar a la regulación del derecho privado, principios, reglas o valores que apuntan a esa defensa, a la “tonificación de los débiles”, en expresión conocida y lograda.

Proponemos, en la materia de nuestra competencia —“tratativas preliminares. Responsabilidad precontractual”— las siguientes:

- i. El contrato es un instituto jurídico en función social.
- ii. La contratación debe, en todos los supuestos, respetar la dignidad de las personas celebrantes.
- iii. El proveedor de bienes y servicios, sean brindados o no lo sean por un profesional universitario, debe dar a la otra parte, el consumidor, información clara, precisa, puntual, acabada, acerca de la prestación a su cargo.
- iv. Las tratativas negociales deben atender a los principios de humanidad, solidaridad y buena fe.
- v. La buena fe es un principio o norma general creadora de deberes jurídicos en la etapa previa al contrato, desde las primeras tratativas.
- vi. El contrato es una “obra compartida” entre las voluntades autónomas y las normas imperativas.
- vii. El principio “pacta sum servanda” sólo se mantiene frente a una contratación justa, equilibrada, en la cual prestaciones y contraprestaciones guardan una razonable relación.
- viii. La ruptura justificada de las tratativas genera responsabilidad por los daños negativos.

- ix. El paciente en el servicio de salud, está legitimado a la revocación de su asentimiento y al apartamiento del tratamiento médico.
- x. Las tratativas contractuales deben respetar los principios de intimidad y de confidencialidad.
- xi. Las tratativas celebradas “en el mercado”, con comerciantes o empresarios, están sometidas a los extremos señalados.
- xii. No debe confundirse el apartamiento de las tratativas, que origina responsabilidad, con el apartamiento del “acuerdo marco” que, al menos como regla, no la origina.
- xiii. Los jueces están legitimados para la revisión del “contrato injusto” y, en su caso, para anular las cláusulas abusivas y producir la recomposición negocial.
- xiv. La publicidad engañosa, desleal o subliminal o aquella que atenta contra la dignidad de las personas, es ilícita y debe ser combatida.
- xv. Los vicios o defectos en los bienes adquiridos, sean o no visibles, otorgan al adquirente acciones de nulidad o de resarcimiento.

INTRODUCCIÓN. EL CAMINO AL “CONTRATO DEFINITIVO”. COMIENZO, ETAPAS Y CONCLUSIÓN

- Nos proponemos tratar lo relativo a la “formación del contrato”:
- desde los primeros contactos o acercamientos entre las futuras y eventuales partes negociables. ¿Cómo se producen, en la realidad del mercado, tales aproximaciones? ¿Qué lleva a una persona, física o jurídica, a elegir a quien puede ser su contraparte? ¿Cuál es la influencia de la publicidad? ¿Ventajas e inconvenientes de la contratación electrónica? ¿Elección personal por las razones que fueren o “recomendación”?⁽²⁾.
- en ese comienzo pueden aparecer las figuras de las “cartas de presentación” y de las “cartas de intención”. Se debe insistir en las

(2) MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003. Dedicamos a la “formación” del contrato el Capítulo III, ps. 97 y ss. SACCO R. “La conclusione dell’acordo”, en la obra de Rescigno, P. *Trattato*, Ed. Utet Torino, 1985, T. 10, Sezione II. El autor se ocupa de los llamados “contratos de hecho” y de los “concluidos mediante el inicio de la ejecución”. SCHMIDT, J. *Negotiation et conclusion du contrat*, Ed. Dalloz, París 1982. ORDUÑA MORENO, F. J. *Contratación y Consumo, Director*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1998. LORENZETTI, R. L. *La contratación electrónica*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001.

consecuencias' de la "publicidad sobre aptitudes", calidades, experiencia, idoneidad, etc. Bondad de los productos o de los servicios ofrecidos. En especial en el caso de los "profesionales" —art. 2º de la ley 24.240. Profesional que "garantiza" los resultados de su actuación⁽³⁾; productos destinados a mejorar la belleza física, a recuperar la salud, a lograr el crecimiento del pelo, a adelgazar, etc.; para dejar de beber o de fumar, etc.;

- luego vienen —o pueden venir— "las tratativas": un tiempo, corto o largo, durante el cual los "tratante" —que aún no son "parte"— buscan ponerse de acuerdo; superar las diferencias; acordar sobre calidades y precios; garantías y responsabilidades. Vale decir, ir determinando una a una las cláusulas del futuro negocio, los derechos y las obligaciones de cada celebrante, con ayuda de las normas legales, en los contratos típicos y al margen de ellas —al menos en su mayoría— en los atípicos⁽⁴⁾;
- empero, esa etapa de las tratativas puede mostrar variantes o hitos de mucho interés: a) es dable suponer que mientras ellas se mantengan, a medida que el tiempo transcurre, les tratantes van acercándose más y más, concretando sus pretensiones, superando las diferencias y, por tanto, aumentando las expectativas o posibilidades de acordar; b) de allí que, en la concepción clásica, recogida por los códigos del XIX, se regule a la "oferta" como un momento de maduración o concreción: se precisa el tipo contractual y las

(3) En el "iter contractus" la doctrina especializada distingue tres momentos: 1. el de la ideación, caracterizado por la búsqueda, todavía incierta, de un objetivo económico — que es el motor de la gestión; 2. el de la concreción, que se muestra evidente con la oferta; y, 3. el de la ejecución que aparece con la incorporación de las cláusulas negociales. Recordemos la diferencia entre un contrato que se va gestando a través de la discusión — figura clásica — y otro, actual, que, por lo común, es el resultado de la "adhesión" por una parte a lo "predispuesto" por la otra, parte "fuerte o en situación dominante". Sobre la "publicidad" y sus diferencias con la información, MOSSET ITURRASPE, J. *Defensa del Consumidor*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 28 y ss., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. *Publicidad y Consumidores*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 5, Consumidores, ps. 64 y ss.; SABOIA CAMPOS, J. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*, Ed. Cultura Paulista, São Paulo: 1996.

(4) GHESTIN, J. *Le Contrat, Traite de Droit Civil*, T. II, Ed. LGDJ, París 1980, ps. 390 y ss.; BLASCO GASCÓ, F de P. *El contrato antes del contrato (Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual)*, en la obra colectiva dirigida por ORDUÑA MORENO, ob. cit., *Contratación y Consumo*, ps. 25 y ss.; Principios de UNIDROIT, art. 2.15, sobre "negociación con mala fe", comentario de PERALES VISCASILLAS, P. "Formación", en la obra colectiva: *Comentario a los Principios...*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1998, ps. 97 y ss.

obligaciones básicas, “[...] con todos los antecedentes constitutivos de los contratos” y art. 1148, últ. parte del Cód. Civil⁽⁵⁾.

- y también en ésa etapa, genéricamente llamada de “las tratativas”, pueden las partes —que van camino al acuerdo total o definitivo— celebrar “acuerdos menores” o de efectos más restringidos, dirigidos a “asegurar” el negocio, o a dejar de lado, en el debate, ciertas cuestiones sobre las cuales hay coincidencias; o “atar las voluntades” en tales o cuales efectos; o a otorgar una preferencia o prioridad; son los conocidos por la doctrina más reciente “contratos preliminares”⁽⁶⁾, que pueden ser específicamente “preparatorios” o no⁽⁷⁾;
- y como un aspecto relevante dentro de este “proceso de formación” aparece todo lo relacionado con “las conductas debidas”, las admisibles y las inadmisibles; las de buena fe y las de mala fe; las que satisfacen la confianza o las expectativas y aquellas otras que apuntan a defraudarla; los procederes que se ajustan a lo normal o

(5) MOSSET ITURRASPE, L. – PIEDECASAS, M. *Código Civil Comentado, Contratos. Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 102 y ss.; SPECIALES, R. *Contratti preliminari e interesse precontrattuale*, Milano 1990; TORRES MÉNDEZ, M. “La formación progresiva del contrato”, en *Nuevas tendencias del derecho contractual*, Libro Homenaje a M. de la Puente y Lavalle, Lima, Perú, 1995; TEPEDINO, G. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”, en *Temas de Derecho Civil*, Ed. Renovar, Rio da Janeiro 1999.

(6) Conocemos el debate, en la doctrina peruana y en otros países acerca de cuál es la denominación correcta para referirse a los acuerdos que los tratantes pueden ir celebrando mientras marchan hacia el contrato definitivo; el art. 1414 del CC del Perú y ss., se ocupan del tema bajo el rótulo: “Contratos preparatorios”: “Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”. Nosotros preferimos, con otro sector de la doctrina (LEIVA FERNÁNDEZ) emplear la denominación genérica de “contrato— preliminar; por la otra denominación —preparatorios — se inclinan FUEYO LANERI, en Chile, REZZÓNICO, en nuestra doctrina; GABRIELLI, en Italia; DÍEZ-PICAZO, SÁNCHEZ ROMÁN y otros, en España. También son corrientes las expresiones: “precontrato” o “antecontrato”. Pensamos que “el preparatorio” es como un “contrato marco” (GENINET, GATSI), cuya función es meramente “reglan las vinculaciones jurídicas de las partes si éstas llegan a advenir o producirse”.

(7) El contrato marco es definido como aquel que “tiende a la conclusión, eventual y rápida, según las modalidades previstas de antemano, de contratos de aplicación”. Se limita a fijar “reglas generales”. Luego vienen los contratos de “aplicación o de ejecución”. La doctrina destaca, así mismo, al “contrato tipo”: plantilla sobre la cual serán celebrados los contratos futuros. Se le denomina también: estándar, uniforme o redactado mediante formulario. Finalmente, el “contrato normativo”, es decir de “contrato tipo” sobre la base de una reglamentación impuesta por normas de orden público.

habitual en tales o cuales negocios y los anormales o sorprendivos, los transparentes y los reticentes⁽⁸⁾; el tratante que informa, colabora, “empuja” hacia el acuerdo y aquel otro que niega información, se esconde o limita su presencia, obstaculizando la marcha de las tratativas⁽⁹⁾;

- y, como culminación, como aspecto inseparable de la formación del contrato definitivo⁽¹⁰⁾, todo lo atingente a la responsabilidad —o deber de indemnizar los daños causados en esta etapa— “camino al contrato” o “in contrahendo”; responsabilidad denominada “precontractual”, por encontrarse en hechos “fuera del contrato”, en momentos anteriores a su celebración o perfeccionamiento⁽¹¹⁾.
- en definitiva —o resumiendo— nos preocupan dos temas, que creemos son inseparables: cómo se llega al contrato definitivo, a través de avatares o vicisitudes muy variadas, y que medida las conductas mostradas en ese tiempo y en la búsqueda de ese objetivo son lícitas o ilícitas, originan daños injustos que el causante debe resarcir⁽¹²⁾.

(8) Es muy interesante el Capítulo que PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (*Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra 2004) dedica a “El deber de transparencia en los contratos con condiciones Generales”, ps. 27 y ss., que comienza con lo relativo a la “información”. En la doctrina italiana, las obras de RIZZO, BARENGHI y DI GIOVANNI.

(9) Sobre la muy importante doctrina de las “expectativas razonables” en la etapa previa al contrato definitivo, el Capítulo Cuarto de la obra de BALLESTEROS GARRIDO, JA, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Ed. Bosch, Barcelona 1999. Sobre el “deber de información”, la obra de GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

(10) LORENZETTI, R. L. “La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza”, en *Revista do Direito do Consumidor*, nº 35, año 2000, Ed. Revista dos Tribunais, ps. 9 y ss. REZZÓNICO, J. C. *Principios fundamentales de los contratos*, Ed. Astrea, Bs. As., 1999. SOBRINO, W. A. R. “Algunas de las nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet”, en *Revista do Direito de Consumidor*, nº 38, 2001, ps. 9 y ss.

(11) Nos limitarnos, al menos por ahora a citar dos obras clásicas: en la doctrina nacional, BREBBIA, R. H. *Responsabilidad precontractual*, Ed. La Rocca, Bs. As., 1987; en la doctrina comparada, alemana, española, italiana, francesa, la obra de Asúa González, C. I. *La culpa in contrahendo*, Ed. Universidad del País Vasco, Navarra 1990.

(12) Toda ésta temática aparece fuertemente iluminada por la buena fe negocial, como principio y como norma abierta; sobre el tema, en la literatura reciente, la obra de MARTINS-COSTA, J. A. *Boa-Fe no Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2000, ps. 472 y ss.

1. LIBERTAD PARA CONTRATAR O NO, INICIADAS LAS TRATATIVAS. LIBERTAD PARA SALIR DE ELLAS U OBLIGACIÓN DE MANTENERSE. VENTAJAS E INCONVENIENTES. LA BUENA Y LA MALA FE DE LOS TRATANTES

- Entendemos que este Capítulo comprende cuestiones de máxima actualidad e importancia, en el tema de la “formación del contrato”, que trataremos de concretar en algunos párrafos:
- es sabido que para los códigos clásicos, los del siglo XIX, en seguimiento del francés, “no existía o era irrelevante” la “etapa precontractual”, que sólo se consideraba a partir de la oferta, un momento muy avanzado de la misma. Por vía de ejemplo, el Código Civil argentino, de 1871, nada dice sobre las “tratativas” anteriores a la oferta;
- es recién a partir de la vulgarización de la obra de Ihering y del conocimiento de la de Fagella, de 1906, que el tema empieza a adquirir relevancia, en la doctrina autoral y en la judicial; luego vienen los desarrollos jurídicos de la cuestión, que conllevan, como era previsible, una especie de “endurecimiento” frente a los tratantes — por lo común en contratos nacidos por la discusión”, destinados a prolongarse en el tiempo, que encierran prestaciones complejas;
- éste “endurecimiento” o agravación de los deberes, apunta a preservar a la otra parte en la negociación de todo perjuicio, patrimonial o extra patrimonial⁽¹³⁾;
- y lo hace desde la mira “del mantenimiento de las tratativas”, al menos como regla; de limitar el apartamiento o “la salida de las conversaciones” a supuestos muy acotados, como manera de respetar la confianza suscitada, de no defraudar las expectativas que dichas tratativas han despertado⁽¹⁴⁾;

(13) Afirma BREBBIA: “...el período precontractual adquiere una importancia fundamental, no siempre bien apreciada, en cuanto a que, haya sido o no precedida la celebración del contrato por tratativas preliminares, los vicios que pueden efectar el acuerdo de voluntades encontraron forzosamente su raíz en este lapso —instantáneo o no— en que las partes se preparan para celebrar el contrato”, *ob. cit.*, p. 23; en el mismo sentido NICOLAU, N. La responsabilidad precontractual, Rosario 1983.

(14) La doctrina especializada distingue: a) los pasos de celebración de un acuerdo “viciado”, que conduce a su nulidad — siguiendo el ejemplo inicial de Ihering; b) los casos de apartamientos de las tratativas. Se pone el acento en que “el

- de ahí que para la doctrina mayoritaria, por entonces, mediados del siglo XX, la voluntad de salir de las conversaciones “debe ser causada”, tener fundamento y razonabilidad; no abandonar porque sí o porque se me ocurre;
- tales comportamientos incausados, por ser contrarios al ordenamiento jurídico —por violentar la buena fe negocial— generan responsabilidad por los daños irrogados;
- obviamente, aludimos a las tratativas simples, o despojadas de toda obligación —originada en las mismas tratativas— de mantenerse en ellas, o de celebrar otro contrato, o de otorgar una preferencia negocial;
- para decirlo de un modo de fácil comprensión, aludimos a las tratativas y al deber de no apartarse, nacido dicho deber del sólo involucrarse en ellas⁽¹⁵⁾;
- empero, en tiempos más recientes, para los países del derecho continental⁽¹⁶⁾, y desde bastante atrás, para el “*common law*”⁽¹⁷⁾, se viene predicando, como un corolario de la libertad de contratar o de no contratar, que la salida de las tratativas, siempre que no sea “con intención de dañar” o de mala fe, no puede ser coartada, limitada o acotada⁽¹⁸⁾;
- encuentra una especie de parangón con la posibilidad; reconocida en el “*common law*”, de no cumplir un contrato válidamente celebrado, dejarlo totalmente de lado, con la sola, indemnización de

primer contacto o la “entrada en conversaciones”, tiene trascendencia “unido al elemento confianza”, ASÚA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 62.

(15) Otra es la situación cuando media un “contrato preliminar”, sea este una “promesa de contrató” u otro acuerdo similar.

(16) O de base romanizada; de derecho escrito; seguidores de las enseñanzas de Ihering y Fagella; se trata del derecho europeo continental y el de los países latinoamericanos, básicamente. Derechos que, en esta materia, priorizan los comportamientos diligentes y prudentes, leales y probos, en el período precontractual. Las explicaciones razonables acerca del porque seguir o no seguir en las conversaciones negociales.

(17) Que por sobre todas las cosas enfatiza acerca de la libertad de contratar o de no hacerlo; de entrar y de salir de las tratativas; de expresar o no las razones para obrar de tal o cual modo, etc., etc.

(18) MOLINA QUIROGA, E. *La buena fe en la etapa precontractual. Contratos informáticos*; JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, R. *El principio de la buena fe*; SZAFIR, D. *El consumo y la información*; AMEAL O. J. “Formación del contrato; todos estos trabajos” en: *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001, ps. 849 y ss.; 759 y ss.; 961 y ss.; 507 y ss., respectivamente.

los daños causados. Se trata del rechazo a la “ejecución forzada”, a la posibilidad de llegar a un cumplimiento contra la de uno de los celebrantes, que se arrepintió o desistió unilateralmente⁽¹⁹⁾;

- es innegable que en estas soluciones, o criterios fundantes, tiene gran presencia la “interpretación económica del derecho”, la prioridad otorgada a la lógica económica sobre la jurídica; a la eficiencia sobre la justicia⁽²⁰⁾;
- veamos cuáles son las razones que se invocan para permitir los apartamientos:
 1. sujetar la negociación a las “reglas del mercado”;
 2. evitando, de este modo, la interferencia del Estado a través de su legislación y sus jueces;
 3. haciendo realidad el principio rector de “dejar hacer”;
 4. otorgando prioridad a los temas de “costos” o “costes” de una ejecución forzada, con intervención de la justicia, o bien de una acción por responsabilidad civil por los daños irrogados por el alejamiento incausado;
 5. pensamos que la idea básica es que mientras un contrato no se encuentre celebrado, perfeccionado por el consentimiento, los

(19) DE LOS MOZOS, J. L. “La exigencia de la buena fe en el tráfico negocial moderno”; BENJAMÍN, A. H. V. “Reflexiones sobre el principio de la vinculación contractual de la publicidad”; ANDORNO, L. O. “El deber de información en la contratación moderna”; ORDOQUI CASTILLA, G. “La responsabilidad del empresario por el deber de información”; todos estos trabajos, en *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, ps. 879 y ss.; 905 y ss.; 950 y ss.; y 922 y ss., respectivamente.

(20) Sobre la “interpretación económica del contrato”, con especial referencia a nuestro tema: SPECTOR, E. (Comp.) *Elementos de análisis económico del Derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004; en especial el Capítulo IV “Derecho de los contratos”, a cargo de KORNHAUSER, L. A. ob. cit., ps. 109 y ss.; SCHOTTER, A. *La Economía de libre mercado. Una valoración crítica*, Ed. Ariel Económica, Barcelona 1987; POLINSKY, A. M. *Introducción al análisis económico del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1985, ps. 74 y ss.; SANTOS PASTOR, *Sistema Jurídico y Economía*, Ed. Tecnos, 1989, ps. 150 y ss.; COOTER, R.-ULEN, T. *Derecho y Economía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1997, ps. 230 y ss.; MERCADO PACHECO, P. *El análisis económico del Derecho*, Madrid, 1994, Ed. Centro de Estudios Constitucionales; TORRES LÓPEZ, J. *Análisis económico del Derecho*, Madrid, 1997; TAVANO, M. J. “¿Qué es el análisis económico del Derecho?”, en *Revista el Derecho Privado y Comunitario*, n° 21, ps. 11 y ss.; RACIMO, F. M. “El análisis conductista del Derecho (Sobre algunas correcciones al análisis económico del Derecho)”, en Ed. del 7/IV/2004, ps. 1 y ss.

tratantes son libres de mantenerse o de apartarse de las conversaciones;

6. que las explicaciones, acerca del porqué de una conducta de desistimiento o abandono, no son siempre fáciles; que muchas veces se trata de una cuestión de conveniencia económica ante la aparición de otro “interesado” en el negocio; que el debate que puede abrirse resulta en ocasiones interminables... etcétera⁽²¹⁾.

Es oportuno recordar cómo se ha planteado la cuestión dentro de los “Principios de UNIDROIT”:

- “Artículo 2.15 (Negociaciones con mala fe): 1. Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo. 2. Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte. 3. En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo”
- este texto ha merecido aclaraciones y críticas de la doctrina; Perales Viscasillas —ob. cit., p. 142— observa que “la libertad de contratación incluye la de no querer perfeccionar el contrato”; y, por lo demás, “que cualquiera de las partes puede decidir no culminar la fase de negociaciones, mientras que no cause un daño a su contra-

(21) Es muy interesante lo afirmado por KORNHAUSER, Profesor de la Universidad de Colorado, EE.UU., acerca del elemento fundamental del contrato: “los análisis económicos rechazan el enfoque del contrato como una promesa y lo reemplazan por la idea de que el derecho contractual debe promover la “eficiencia”... Si la ganancia de una de las partes en caso de que incumpla es superior a la pérdida que tendría la otra, esa parte no debería ser obligada a cumplir. Entonces, la amenaza de una indemnización debe disuadir solamente los incumplimientos en los que el beneficio de la parte que incumple no excede la pérdida de la otra parte. Para el análisis económico del derecho el problema no es el del si el sistema de daños debe disuadir el incumplimiento o no, sino cual es la cantidad óptima de disuasión y cuáles son las acciones que inducen a ese nivel óptimo”, ob. cit., ps. 112 y ss. El autor del trabajo se ocupa más adelante, de “la teoría económica de la confección de los contratos” y menciona: a) la denominada “negociación sobre las contingencias”; y; b) el distinguo entre los contratos “completos” y los “incompletos”, ob. cit., ps. 114 y ss. Todos aspectos se suma importancia en el Common Law sobre los cuales, lamentablemente, no podemos detenernos. COOTER y ULEN se ocupan, de manera magistral, de dos temas “fundamentales del Derecho”: 1. ¿“Qué promesas deberían ser legalmente exigibles”?, y 2. “Cuál debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles”. Todos temas de sumo interés dentro de aquella doctrina americana.

parte”. Y agrega: “Si decide romper las negociaciones y como consecuencia de ello se produce un daño estará obligado a indemnizar a la otra parte”. Y culmina sosteniendo que “el problema más importante que se presenta en esta sede es el de determinar la existencia de la mala fe, y ello a pesar de la presunción del apartado”⁽²²⁾

- nosotros nos preguntamos cómo se demuestra “la intención de no llegar a un acuerdo”. Este parece el punto central;
- la Titular de la Universidad Carlos III, de Madrid —Perales Viscasillas— encuentra que la fórmula “cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones”, es “completamente innecesaria”; ocurre, nos parece, que se quiere indicar que del mero “entablar negociaciones” no se desprende una limitación o recorte a la libertad; una especie de atadura o encadenamiento. Y de allí, como una consecuencia lógica, la segunda parte: “y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que estas no culminen en acuerdo”;
- obsérvese, asimismo, que no hay en el texto mención alguna a la buena fe —muy discutida por los redactores de los Principios, en lo que hace a sus alcances “jurigenéticos”;
- en su lugar, se menciona a la “mala fe”, sinónimo de fraude, dolo o intención maliciosa;
- y se ejemplifica con un supuesto extremo y de prueba harto difícil: “entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo”. Vale decir de “hacer perder el ‘tiempo’, de entretener o distraer a la contraparte”; o bien buscando información, la revelación de secretos o la averiguación de aspectos desconocidos.
- la conclusión es, por tanto, que sólo en hipótesis extremas aparece la responsabilidad precontractual por el apartamiento injustificado⁽²³⁾.

(22) La producción de un daño, para alguno de los tratantes, durante el tiempo de las conversaciones, no es un argumento suficiente para imputar responsabilidad: será necesario averiguar primero si se trata de un “daño injusto” o no, vale decir de un perjuicio causado a una víctima inocente o de un perjuicio distinto, sufrido por la propia desidia o abandono; y, luego, desentrañar la relación causal entre ese daño padecido y las negociaciones llevadas adelante; pues el detrimento puede muy bien reconocer causas diferentes...

(23) PERALES VISCASILLAS, ob. cit., “Formación”, en la obra colectiva *Comentarios a los principios...*, ob. cit., ps. 142 y ss.

Nos parece una solución equivocada. Que da pie a las artimañas o comportamientos torcidos o mal intencionados. Que el buen criterio debe buscarse a través de la idea positiva de la buena fe — y no a través de la negativa de la mala fe. Que debe compadecerse la libertad de no contratar, de apartarse de la negociación — que de no existir crearía un enorme temor a toda tratativa — con la lealtad y la probidad, la transparencia y la información; el respecto a la confianza suscitada. De ahí que todo apartamiento debe ser razonablemente “causado”, fundado en razones que deben explicitarse en aras de la consideración y el respeto que los tratantes se deben mutuamente.

2. EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL DE 1998 EN ARGENTINA

- Nos vamos a ocupar, preferentemente, del Proyecto del 98, de Reforma al Cód. Civil y de Unificación Civil y Comercial, por ser el que son más detalles alude a nuestro tema: la formación del contrato:
- por el art. 916 se regalan, de manera novedosa, los denominados “acuerdos parciales” aceptando la denominada “teoría de la punktation”. El contrato se considera celebrado cuando las partes coinciden sobre los “elementos esenciales particulares”⁽²⁴⁾.
- se alude a la “minuta” y al “borrador” y se descarta que pueden ser considerados “acuerdos parciales”⁽²⁵⁾;

(24) Nos ocupamos más adelante de cada una de estas figuras, ubicadas en el camino al contrato definitivo. Anticipamos nuestra total disconformidad con los denominados “acuerdos parciales”, que no son otros que negocios en los que la coincidencia no es total; que requieren una posterior “integración”, mediante “otro acuerdo complementario” o bien por lo que resulte de las normas imperativas, de las normas supletorias o de los usos y costumbres del lugar de la celebración; empero, el acuerdo parcial, como expresamente lo dispone el art. 916, “concluye el contrato”, es ya obligatorio para los celebrantes. Pese a las diferencias aún no zanjadas. En el derecho anglosajón se mencionan los “open contracts” o contratos abiertos, en los que los aspectos no fundamentales son cubiertos sobre la base de descifrar la llamada voluntad implícita o sobreentendida. MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, ob. cit., ps. 111 y ss. KEES, A. E. (Dir.) *Manual de Contratos*, Ed. Librería de la Paz, Resistencia 2004, p. 83.

(25) TAMBURRINO, G. *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Ed. Giuffrè, Milano 1954; FUEYO LANERI, F. 2da. ed. *Derecho Civil*, Vol. II, *Contratos preparatorios*, Santiago de Chile 1964. La doctrina discrepa acerca de la noción y de los alcances de la “minuta”; mientras para un sector se identifican con el “acuerdo parcial”, para otro sector sólo tiene los alcances de un “borrador”, que fija por escrito el resultado aún parcial de las negociaciones y predispone el esquema del futuro contrato. Minuta “perfecta” o “imperfecta”, obligatoria o no.

- se mencionan “las cartas de intención”, a las cuales se les niega la fuerza obligatoria y se consagra una “interpretación restrictiva”⁽²⁶⁾;
- se consagra expresamente el “deber de buena fe” durante las tratativas, sean estas anteriores o posteriores a la oferta. Se invoca a la buena fe como fundamento de la responsabilidad precontractual, que obliga a indemnizar el “interés negativo”⁽²⁷⁾;
- se incorpora la figura del “contrato preliminar” como generador de una obligación de hacer, figura diferente a la del “contrato preparatorio”⁽²⁸⁾;
- se regula el contrato “de opción”, como contrato preliminar específico⁽²⁹⁾; también aparece en el Proyecto del 98 el contrato de prelación o preferencia, como especie de contrato preliminar⁽³⁰⁾;

(26) Esta como otras de las figuras ahora consideradas, no logran consenso acerca de su noción y funciones: para un sector, la “carta de intención” se aproxima a la “invitación a ofertar” — tratada en el art. 923 del Proyecto, como “oferta dirigida a persona indeterminada”; para otra corriente se asemeja a la “minuta”, que contendría las bases de un primer acuerdo general, sobre las cuales se negociará el futuro contrato. El Proyecto omite incorporar la “carta de presentación y enunciación de propósitos”, destinada a mencionar la experiencia lograda, las posibilidades, aptitudes, elementos disponibles, etc., etc.

(27) El artículo es el 920: “Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de éste deber genera responsabilidad por daño al interés negativo”. La norma propuesta está inspirada en el art. 1158 del Proyecto de Unificación de 1987 y en el 871 del Proyecto de la Comisión — decreto 468/92. Este último alude a las “tratativas preliminares”.

(28) El Proyecto le dedica el art. 934: “Disposiciones generales. Los contratos preliminares previstos en esta Sección generan obligaciones de hacer si el futuro contrato no es de formalidad solemne absoluta. Deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen un futuro contrato”. Inmediatamente, art. 935, el Proyecto se ocupa de la: “Promesa de contratar. La procesa de contratar obliga a las partes a celebrar un futuro contrato”. El antecedente se encuentra en el art. 869 del Proyecto del 92: “Los contratos que obliguen a celebrar otro de contenido total o parcialmente predeterminado general una obligación de hacer”. En la nota se lee: “El texto proyectado establece pautas de interpretación del sentido de los contratos preparatorios y de los que establecen una opción al destinatario de la oferta, figuras de uso habitual en la vida contemporánea y sobre las cuales el Código Civil guardaba silencio”.

(29) Artículo 936. Contrato de opción. El contrato de opción obliga a las partes a celebrar un futuro contrato mediante el otorgamiento irrevocable por una o varias, a la otra u otras, individual o colectivamente, de la facultad de requerir su conclusión...”.

(30) Artículo 937. Contrato de prelación. Disposiciones generales. El contrato de prelación genera una obligación de hacer a cargo de una de las partes, la cual, si decide celebrar un futuro contrato, debe hacerlo con la otra. Este nuevo contrato no puede ser de formalidad solemne absoluta... MOSSET ITURRASPE, J. Contratos, ob.

- y culmina la nómina de incorporaciones con el contrato celebrado “ad referendum”, sujeto a una condición suspensiva⁽³¹⁾.
- obviamente, se tratan las figuras de la “oferta” y la “aceptación”, elementos clásicos en la formación del consentimiento negocial⁽³²⁾.

No estamos convencidos acerca de la conveniencia y utilidad que se sigue, para la vida negocial, del tráfico, de la incorporación de muchas de las figuras aludidas, como contratos preliminares o como contratos preparatorios; cartas de presentación, intención, etc., etc.

Ocurre que la doctrina aún no se ha puesto de acuerdo sobre la noción y los efectos de la mayoría de estos institutos; librados, por lo demás, a los usos del mercado.

En este sentido, el Proyecto del 98 se parece más a una obra de doctrina que a la regulación de un código o ley. Y así como numerosos contratos que se celebran con frecuencia, permanecen en la atipicidad, puede ocurrir lo mismo con la mayoría de los negocios aludidos. La seguridad jurídica, valor a tener en cuenta, sufre a nuestro juicio con la incorporación de criterios propios de la teoría de la “punktion” —quién y cómo integra el negocio— pero no padece con el mantenimiento no regalado de los acuerdos preparatorios y de los preliminares, tan variados en la práctica o vida de los negocios. Por lo demás, los efectos que se señalan son mínimos...

3. EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO QUE FUENTES DEBEN ATENDER LOS TRATANTES: QUE PONEN LAS PARTES Y QUE EL ESTADO CUAL ES LA PRELACIÓN NORMATIVA EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Se ha dicho, con razón, que el contrato es la obra de los particulares —las partes celebrantes— en “colaboración” con el Estado, a través de la normativa vigente. Que no es dable contratar marginando esa “regulación legal” y con la base exclusiva del “querer de las partes”, de la denominada autonomía de la voluntad.

cit., Dedicamos el Capítulo IV de ésta obra a los “contratos previos”; allí analizamos el contrato de promesa, el de opción y el de prelación; a ellos agregamos el “contrato reglamentario” y el “contrato normativo”, ob. cit., ps. 133 y ss. Allí mismo mencionamos la bibliografía sobre cada uno de estos negocios.

(31) El Proyecto les dedica los arts. 939, sobre “condición suspensiva” y 940 sobre “promesa de obtener la conformidad o autorización”.

(32) Artículos 922 a 933 del Proyecto del 98; en el Proyecto del 92, arts. 858 a 873.

Pues si bien la normativa aplicable puede ser meramente “supletoria” —se origine en una ley o en el propio Código— puede ocurrir que se trate de otra normativa, “indisponible” o imperativa, por estar de por medio el orden público⁽³³⁾, la moral social⁽³⁴⁾ o la tutela de los consumidores y usuarios⁽³⁵⁾.

Los tratantes pueden “construir el contrato ti, integrar el negocio sólo en la medida en que se respeten, por un lado, las normas del “ius cogens” y, por el otro, los “principios rectores del derecho de los contratos”⁽³⁶⁾.

Y esto es así, se trate de un promeso de formación “progresivo”⁽³⁷⁾ o de otro “instantáneo”⁽³⁸⁾; se llegue a un acuerdo definitivo sobre la

(33) Principio rector de máxima importancia, a nuestro juicio; sabemos que la tendencia “unificadora” a través de una ley mercatoria — o normas de uso y costumbres de las empresas multinacionales — que se vienen abriendo camino con los Principios de UNIDROIT y de UNCITRAL, y también, en alguna medida, de los Proyectos Europeos de Codificación — “desprecia” al orden público local o nacional, al que juzga “un rugido de ratón” en palabras de GALGANO, F. y MARRELLA, F. “Interpretación del contrato y ‘lex mercatoria’”, en Revista de Derecho Comparado, n° 3, “Interpretación de los contratos”, ps. 7 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001. El orden público admite variantes: político, social o económico; y éste a la vez, puede ser de “protección” o de “dirección”. Se refiere a él la norma del art. 21 del Cód. Civil.

(34) Principios de orden ético que el Derecho atiende tanto cuando juzga el ejercicio de los Derechos, si abusivo o regular, art. 1071 del C. Civil, como en lo relativo a los alcances de la buena fe objetiva: probidad, lealtad.

(35) El art. 65 de la ley 24.240 declara expresamente: “La presente leyes de orden público...”.

(36) De donde, la afirmación decimonónica acerca de que el contrato es la obra exclusiva de las partes, el ámbito donde reina soberana la “autonomía de la voluntad” o la libertad de estipulación, no es verdad, si se la interpreta de manera absoluta o ilimitada. Hay textos imperativos en orden a la celebración válida de un contrato: consentimiento, objeto, causa y forma; y los hay en cada uno de los contratos típicos, de aplicación extensiva, con base en la analogía, a los negocios atípicos o no regulados legalmente.

(37) Nos hemos ocupado básicamente de una formación del contrato “paso a paso”, progresiva o a través de las tratativas, propia de los negocios de importancia económica, que encierran alguna complejidad. Es REZZÓNIZO, J. M. *Principios fundamentales de los contratos*, cit., quien habla de los “principios de los contratos en particular” y comienza exponiendo acerca de la “autodeterminación “y de la “autorresponsabilidad” de las partes celebrantes, ob. cit., ps. 159 y ss. Continúa con el tratamiento de la “autonomía de la voluntad” poniendo énfasis en sus límites: “fronteras a la ley privada”. Y recuerda las palabras de STARCK, en la doctrina francesa: “la autonomía de la voluntad es un mito perimido”.

(38) Propio de los “pequeños contratos” o de aquellos que se celebran con la intervención de máquinas.

base de “la discusión” o se arribe al mismo por la mera “adhesión” a cláusulas predispuestas⁽³⁹⁾.

Ocurre y nunca es ocioso repetirlo, que el contrato es un instrumento jurídico destinado a satisfacer necesidades económicas. Que es por medio de contratos como, por lo normal, se satisfacen las necesidades del ser humano, cualesquiera sean ellas. De ahí que el Estado no pueda permanecer indiferente frente a la contratación, a la libertad de incorporar cláusulas⁽⁴⁰⁾.

Afirma Raiser⁽⁴¹⁾ “que no es posible dejar completamente libre el juego de las fuerzas económicas, porque ello no conduce automáticamente al equilibrio y armonía contractual, sino que existe una amenaza permanente proveniente del abuso del poder de individuos o grupos”⁽⁴²⁾.

Es aquí donde se enfrentan la concepción clásica del contrato, liberal e individualista, con la concepción del contrato de una “economía social” que coloca el instituto en “función social” y lo somete a una serie de principios⁽⁴³⁾. Y, desde una época reciente —los 80 en el

(39) Para nosotros, el contrato desde la visión clásica, presuponía la discusión o al menos la posibilidad de su existencia; las partes se pensaban como “libres, iguales y fraternas”, dispuestas a defender sus derechos; la concepción moderna ha impuesto la contratación masiva o de ventanilla, o de formulario, donde una parte “fuerte” dispone las cláusulas y la otra, “débil”, se limita a dar su adhesión. La contratación por adhesión ha posibilitado, a la vez, la contratación sobre la base de “cláusulas generales”. El contrato que nace de la discusión se denomina “discrecional”; el que nace de la adhesión se llama “predispuesto”. *Vid.*, art. 899 del Proyecto del 98. Las cláusulas generales adquieren poder jurigenético a partir de su incorporación al contrato; no lo tienen antes; no son normas imperativas nacidas de los usos empresarios.

(40) Tal vez la visión clásica exageró la “juridización” del contrato, su consideración sólo como un “instrumento jurídico”, un instituto del Derecho; la visión de la economía de mercado, a la inversa, pone el acento de la consideración económica, en la eficiencia comercial —y de allí su “interpretación económica”. La presencia del Estado, a través de leyes —Poder Legislativo— o de los jueces poder judicial, se califica como “intervencionismo” en la vida del negocio, y es la “piedra del escándalo” para los juristas liberales o neoliberales.

(41) RAISER, citado por REZZÓNICO, ob. cit., ps. 186 y ss. Es fundamental la obra de REICH, N. *Mercado y Derecho*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona 1985.

(42) Sobre la “concentración empresarial y su poder; los grupos contractuales y los grupos de hecho, entre otros temas apasionantes, la obra de MANOVIL, R. M. *Grupos de sociedades*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998.

(43) TEPEDINO, G. “Direitos Rumanos e Relações Jurídicas Privadas”, en *Temas de Direito Civil*, 2ª ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, ps. 55 y ss.; NALIN, P. *Do Contrato. Conceito Pes-Moderno. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil Constitucional*, Ed. Jurua, Curitiba 2002; PORTO MACEDO, J. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, Ed. Max Limonad, São Paulo 1998.

Primer Mundo y los 90 en el resto— con el rostro que la “economía de mercado”, luego la “lex mercatoria” y más acá aún la “globalización” buscan dar al contrato, tanto nacional como internacional⁽⁴⁴⁾.

4. EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO LOS TRATANTES DEBEN ATENDER AL EQUILIBRIO NEGOCIAL. A LA JUSTICIA Y EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES DEBEN EVITAR LA PRESENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE CONDUCEN A LA NULIDAD DE LO ACORDADO EL CONTRATO DEFINITIVO DEBE SER ÚTIL Y JUSTO DE JUSTICIA CONMUTATIVA. EL ARTÍCULO 37 DE LA LEY 24.240

En la formación progresiva o sucesiva del acuerdo las partes deben evitar los “vicios” que obstarán a la celebración válida; vicios o defectos, sea en el consentimiento⁽⁴⁵⁾, en las voluntades coincidentes que concurren a la declaración de voluntad, sea en el objeto⁽⁴⁶⁾, la causa fin o motivo determinante⁽⁴⁷⁾ o bien en la solemnidad que ha de revestir el negocio⁽⁴⁸⁾. Y es así en la medida en que los tratantes buscan un acuerdo lícito, conforme a Derecho, útil y ajustado a los principios de justicia y equidad⁽⁴⁹⁾.

Descartada la idea de Fouillé: “Quien dice contrato dice justo”⁽⁵⁰⁾, la preocupación de fines del siglo XX es la protección en la contrata-

(44) MOSSET ITURRASPE, J. *Cómo contratar en una Economía de Mercado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

(45) Sobre los “vicios del consentimiento”: ignorancia, error, dolo, violencia, temor reverencial, estado de necesidad y lesión subjetiva objetiva, nos detenemos en MOSSET ITURRASPE, J. *Contratos*, ob. cit., Capítulo VI, “Los vicios”, ps. 167 y ss.

(46) Los vicios del objeto, de la operación jurídica tenida en vista, se vinculan con la “ilicitud del objeto” y la “posibilidad del objeto”. MOSSET ITURRASPE, ob. cit., ps. 223 y ss.

(47) “La obligación —o el contrato fuente de ella— fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público”, art. 502 del Cód. Civil. MOSSET ITURRASPE, ob. cit., ps. 254 y ss.

(48) MOSSET ITURRASPE, J. ob. cit., Capítulo XI, “Solemnidades”. Vimos que el Proyecto del 98 alude con reiteración a la forma “solemne absoluta”.

(49) Sobre la equidad, como principio contractual, calificada como “noción vivificadora del Derecho”, REZZÓNICO, J. C. ob. cit., ps. 333 y ss.; MOSSET ITURRASPE, J. *Interpretación económica de los contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 35 y ss.

(50) Idea originada a partir de la Revolución Francesa, del supuesto fin de los privilegios personales, y de la confianza en la igualdad, libertad y fraternidad; se pensaba que el contrato era el resultado de un debate entre hombres libres e iguales y que ellos defenderían como nadie o mejor que nadie sus derechos; “a poco andar la sociedad burguesa entonces oreada, comenzaron a aparecer las diferencias en el poder de negociación, devenidas de la riqueza de unos y la pobreza de otros, de las

ción de los “débiles”, “pequeños” o personas ubicadas en “posición de ser explotadas o aprovechadas”.

De ahí el enorme desarrollo del tema de las “cláusulas abusivas”, leoninas, excesivas o ventajosas, consideradas como la consecuencia del diverso poder de negociación⁽⁵¹⁾, que resta vigencia al principio de las voluntades autónomas.

- Lo abusivo, combatido a través de la lesión subjetiva-objetiva del art. 954 del Codo Civil, como violatorio del necesario equilibrio genético⁽⁵²⁾, encuentra un freno eficaz en el art. 37 de la ley 24.240:
- son abusivas las cláusulas de un contrato de consumo⁽⁵³⁾ que desnaturalizan las obligaciones⁽⁵⁴⁾;
- que limitan la responsabilidad por daños⁽⁵⁵⁾;
- que importan renuncia o restricción de los derechos del consumidor⁽⁵⁶⁾;

diferencias en orden a las necesidades, de las experiencias respectivas, de las aptitudes o capacidades, etc., etc.”. Y ocurrieron los aprovechamientos...

(51) Cuando dos personas están en situación de negociar muy diferente, la denominada autonomía o libertad negocial no cuenta, deja de gravitar. MOSSET ITURRASPE, J. “Las cláusulas abusivas en la contratación (informe del Derecho argentino), en Revista de Derecho Comparado, nº 1, “Cláusulas abusivas”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999. Obran en ese número estudios sobre el tema de juristas de España, Bélgica, Alemania, Puerto Rico, Uruguay y Chile. En el T. II de la misma revista, se continúa con estudios de juristas provenientes de Francia, Perú, Brasil, Paraguay, Bolivia y Colombia.

(52) Sobre la lesión subjetiva, objetiva, MOSSET ITURRASPE, J. Interpretación económica de los contratos, ob. cit., ps. 235 y ss.

(53) LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004. El lector encontrará en esta obra aportes interesantes en muchos de los temas abordados.

(54) Debemos insistir acerca de que los “contratos de consumo” son hoy la gran mayoría de los negocios celebrados; además de ellos se ubican los contratos entre empresas; los nacionales e internacionales, etc., etc. De ahí que hayamos propugnado la incorporación al Código Civil de los aspectos sobresalientes de la tutela a los consumidores, de la ley 24.240, a semejanza de lo realizado en el Código Alemán. La “desnaturalización” se opera, al decir de LORENZETTI, “cuando se desfavorece desmedidamente a una de las partes en perjuicio de la otra”; cuando “afecta la función o causa del contrato”, ob. cit., p. 704.

(55) Responsabilidad que puede limitarse de muy diversas maneras, que tienen que ver con cada uno de los presupuestos: imponiendo el factor culpa; o una causalidad directa y necesaria, o limitando la indemnización, etc., etc.

(56) Derechos en cuya vigencia está comprometido el orden público, a través de una norma imperativa. Algunos de los “derechos del consumidor” aparecen

- o amplían los derechos de la otra parte⁽⁵⁷⁾;
- o bien, que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor⁽⁵⁸⁾.

consagrados en la misma ley 24.240: información, seguridad, protección de la salud; de la integridad física, garantía de los productos, etc., etc.

(57) Se refiere aquí a los derechos del proveedor o empresario de bienes y servicios. El Juez puede, frente al abuso, anular la cláusula o dejar sin efecto el negocio, *in totum* en el primer caso, de ser posible, deberá integrar o completar el negocio.

(58) La solución procesal actual, en nuestro país, se inclina por la distribución de la carga de la prueba, con base en el denominado “dinamismo” o “carga dinámica”; cada parte debe probar aquella cuestión que le resulta más fácil demostrar, que conoce mejor, que está a su alcance; en la relación proveedor-consumidor, la carga pesa básicamente sobre el empresario; salvo en lo que hace al perjuicio y su relación con el producto o servicio recibido.

LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Por Javier TAMAYO JARAMILLO⁽¹⁾

Sumario: Reconocimiento a la inteligencia, la ética y la constancia. Introducción. 1. La precontractual, ¿es responsabilidad contractual o extracontractual? 2. Plan. I. Daños causados por la no celebración del contrato. 3. Delimitación del problema. 4. Tesis de Ihering. 5. Daños indemnizables. II. Daños causados en razón de un contrato nulo, por culpa de una de las partes al contratar. 6. Origen de los daños. 7. Daños producidos por el hecho de la nulidad. 8. Daños causados durante la ejecución de un contrato que se declara nulo. III. Daños causados por la inexistencia de un contrato que de buena fe el acreedor creía haber celebrado (el contrato de seguros). 9. Planteamiento del problema. IV. Las obligaciones precontractuales y contractuales de información, de consejo y de instrucción (con énfasis en los contratos de seguro y transporte). 10. Obligación de lealtad de las partes. A. Principio general de la obligación de lealtad precontractual. 11. Fundamento legal y contractual de la obligación de lealtad. 12. Naturaleza de la responsabilidad de la parte desleal. 13. Las obligaciones de información y de consejo en el período precontractual son especies de la obligación de lealtad precontractual. 14. Límites de las obligaciones de información y de consejo. 15. Diferencia entre la obligación de consejo y la de información. 16. Diferencias entre la información y publicidad. 17. Hasta dónde deben llegar los conocimientos del deudor. B. Las obligaciones de información y de consejo en el contrato de seguros. 18. Problemas que se presentan en la práctica. 19. Responsabilidad del intermediario y del asegurador. 20. Obligación de información a cargo del tomador del seguro. 21. Casos en que el asegurador y el intermediario incumplen sus obligaciones de informar y de aconsejar al tomador del seguro. 22. Cobertura deficiente. 23. No informar suficientemente sobre el alcance y cumplimiento de garantías. 24. Diferencias entre lo negociado y lo que consta en la póliza. 25. Daños no cubiertos en los seguros de responsabilidad civil. 26. Silencio sobre las consecuencias de una mala declaración del riesgo. 27. Responsabilidad cuando al tomador se le dice que está asegurado sin estarlo. 28. No advertencia al tomador sobre libros de comercio. 29. No advertencia de las limitaciones de la indemnización en los seguros de transporte de mercancías. 30. No advertencia (exigir improntas del

(1) Ex Magistrado Corte Suprema de Justicia de Colombia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.

DAS) sobre no asegurabilidad de cargos de contrabando. 31. ¿Cuál es la responsabilidad del intermediario y del asegurador en estos casos? C. Las obligaciones de información y de consejo en el contrato de transporte. 32. Principio. 33. Declaración sobre la naturaleza y valor de las mercancías. 34. Perjuicios en caso de no declaración del valor exacto de la mercancía. 35. Presunción de contrato cumplido si el destinatario retira la mercancía sin protestas. 36. Confusión en cuanto a los seguros existentes. 37. Conclusiones. Bibliografía.

RECONOCIMIENTO A LA INTELIGENCIA, LA ÉTICA Y LA CONSTANCIA

Conocí a Ricardo Lorenzetti, cuando ambos hacíamos nuestros primeros pinitos en el difícil arte de la responsabilidad civil. Éramos soñadores y aunque manteníamos diferencias conceptuales, a los dos nos interesaba aliviar la tensión entre la lógica y la equidad, tensión que permite la evolución no desbocada de la indemnización de daños.

Siempre me llamaron la atención su capacidad de estudio y la saturación argumental de sus escritos. Con el tiempo, supe de su evolución como tratadista y las densas obras de su autoría, sin que todavía pueda explicarme cómo logró elaborar un corpus de tal magnitud.

Su llegada a la Corte Suprema de Justicia nos llamó la atención, no por su capacidad ni por su juventud, sino porque quienes lo tratamos jamás percibimos que entre sus ambiciones estuviera la de escalar semejante posición. Lo suyo era la investigación, la docencia y su ejercicio liberal. Esa elección fue de seguro una gran sorpresa para él mismo. Ese es su principal mérito. Alegres y solidarios, los aquí presentes vemos a un hombre bueno y justo que representa al mundo de la academia y a los abogados de a pie en las más altas dignidades de su Patria.

INTRODUCCIÓN

1. La precontractual, ¿es responsabilidad contractual o extracontractual?

Para que surja la responsabilidad contractual, se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño⁽²⁾. Nos preguntamos si

(2) GHESTIN, Jacques, y VINEY, Geneviève, *Traité de droit civil*, París, LGDJ, 1982, T. IV, núm. 181; PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, 1967, T. II, núm. 147; JOURDAIN, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, París, Dalloz, 1992, p. 30; ESTEVILL, Luis Pascual, *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1995, T. I, núm. 16; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, *Traité théo-*

estas tres condiciones se presentan en lo que tradicionalmente se ha llamado la responsabilidad precontractual, es decir, aquella que antecede al contrato, sea que este finalmente se celebre o no.

En mi concepto, y pese a que la opinión no es pacífica al respecto, considero que dicha responsabilidad efectivamente es la extracontractual, así en la práctica el resultado de la acción sea el mismo de la responsabilidad contractual. De lo anterior se desprende que para efectos de jurisdicción y competencia, y de prescripción, se aplican los principios y normas de la responsabilidad extracontractual, salvo que el orden jurídico en forma expresa regule lo contrario, situación que no se presenta en Colombia.

Pero aunque tradicionalmente, la responsabilidad precontractual se aborda únicamente cuando hay ruptura imprudente o negligente de las conversaciones previas al contrato, lo cierto es que hay otra serie de hipótesis que se presentan a menudo en el tráfico jurídico, que se enmarcan dentro de dicha responsabilidad, en la medida en que la conducta imputable al demandado es previa al nacimiento del contrato mismo. Veamos las diversas hipótesis que pueden presentarse.

2. Plan

En primer lugar, desde luego, hallamos la responsabilidad civil por los daños derivados de la ruptura intempestiva y culposa de las negociaciones precontractuales. Es decir, del contrato que nunca se celebró ni siquiera aparentemente, pero que dejó perjudicada a la contraparte que estaba encaminada a contratar **(I)**; en segundo lugar, es frecuente que el contrato sea declarado nulo por un hecho o comportamiento imputable a una de las partes al momento de la celebración del contrato, en cuyo caso se aplicarán los principios de la responsabilidad extracontractual **(II)**; en tercer lugar, habrá casos en los que las partes se ponen de acuerdo en los términos del contrato e incluso una de ellas lo cumple total o parcialmente, pero no se llena un determinado formalismo que la ley exige, y que era conocido por el deudor, quien después lo alega como defensa o excepción, como sucede, por ejemplo, con el contrato de seguros cuando este exige una solemnidad probatoria que no se cumplió **(III)**; en cuarto lugar,

rique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, 9ª ed., París, Montchrestien, 1998, T. I, núm. 105; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad civil en el derecho civil chileno*, Santiago, Ed. Imprenta Universal, núm. 31.

existen los daños precontractuales producidos pese a que el contrato sí se celebró, como sucede cuando el deudor no suministra al futuro acreedor toda la información necesaria para la formación del contrato en condiciones de igualdad y, por lo tanto, el acreedor resulta engañado, sin que la víctima quiera o no pueda alegar la nulidad. Piénsese en el caso del adquirente de un disolvente para pinturas, que no es advertido de las calidades del producto, lo que le genera daños en el sistema de producción (IV).

I. DAÑOS CAUSADOS POR LA NO CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

3. Delimitación del problema

El tráfico jurídico muestra que las conversaciones precontractuales iniciadas entre dos o más personas se pueden romper sin que haya habido lugar a la formación del contrato pretendido. Como consecuencia de esa ruptura es posible que se cause daños a alguna de las partes que participaron en las negociaciones previas, debiendo definirse si en tales circunstancias hay responsabilidad y cuál es su naturaleza.

Al respecto cabe distinguir: de un lado, si se trata de una oferta o propuesta que contiene los requisitos establecidos en el artículo 845 del Código de Comercio, la responsabilidad del proponente que se retracta antes de vencerse el plazo de la oferta, será contractual si el destinatario de la propuesta la acepta dentro de los términos y condiciones previstas, pues la formación del contrato dependía única y exclusivamente de la aceptación del destinatario⁽³⁾. No se trata pues de un caso de responsabilidad precontractual.

Pero puede suceder que aunque no haya una oferta que reúna las condiciones del artículo 845 del Código de Comercio, de todas formas las partes hayan iniciado conversaciones que en el mundo de lo previsible culminarían en la celebración del contrato, salvo una causa extraña dentro de la cual se comprende la conducta culposa o dolosa de una de las partes. En efecto, si una de las partes desiste de la negociación, ninguna responsabilidad podrá imputársele por ese hecho a menos que no haya procedido con buena fe exenta de culpa⁽⁴⁾, como

(3) MAZEAUD-TUNC-CHABAS, ob. cit., T. I, núm. 116; LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loïc, *La responsabilité civile*, París, Dalloz, 2004, núm. 257.

(4) LE TOURNEAU y CADIET, ob. cit., núm. 250; GHESTIN, Jacques y VINEY, Geneviève, ob. cit., T. IV, núm. 197; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, ob. cit., T. I, núm. 116.

lo prescribe el artículo 863 del Código de Comercio. Es decir, se puede desistir de la negociación siempre y cuando no se actuó en forma culposa o dolosa. Si la ruptura es culposa o dolosa, quien la genera responde frente a la otra parte que estaba interesada en el contrato y esa responsabilidad será extracontractual.

Así, por ejemplo, quien luego de unas negociaciones verbales recibe del posible comprador, el precio de un inmueble que a su vez le es entregado a este por el eventual vendedor, sin haber firmado promesa de contrato o escritura de compraventa, y después se niega a celebrar formalmente el contrato sin tener motivo válido alguno, incurrirá en responsabilidad precontractual frente a la otra parte si ésta sufrió un perjuicio con la ruptura culposa de las negociaciones⁽⁵⁾. Incluso, si no se hubiera adelantado el precio, también habría responsabilidad de quien imprudentemente embarca a la otra parte en conversaciones para un contrato que después, por simple capricho, se niega a celebrar.

4. Tesis de Ihering

Ahora, algunos siguiendo a Ihering, han considerado que en tales circunstancias la responsabilidad sería de naturaleza contractual pues la parte que se niega a celebrar el contrato final, en cierta forma incumplió un contrato previo de negociaciones⁽⁶⁾. Es decir, según esta teoría, habría dos contratos: uno en virtud del cual las partes aceptan negociar; el otro, que puede resultar luego de las negociaciones. La ruptura de las negociaciones de una compraventa generarían responsabilidad contractual, no derivada del incumplimiento de la compraventa del incumplimiento del contrato de negociaciones, y, por tanto, la responsabilidad sería contractual⁽⁷⁾.

Sin embargo, esta teoría no es válida por cuanto ella atenta contra la libertad contractual, puesto que el hecho de iniciar unas conversaciones con miras a celebrar un contrato sólo se enmarca dentro del deber general de prudencia que debe acompañar todo el actuar humano,

(5) ALTERINI, Atilio Anfbal, AMEAL, Oscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 187; LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loïc, ob. cit., núm. 251; GHESTIN, Jacques Viney, Geneviève, ob. cit., T. IV, núm. 197; Patrice JOURDAIN, ob. cit., p. 31; ESTEVILL, Luis Pascual, ob. cit., T. I, núm. 16.

(6) Rudolph VON IHERING citado por GHESTIN, Jacques y VINEY, Geneviève, ob. cit., T. IV, núm. 196; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, ob. cit., T. I, núm. 118.

(7) MAZEAUD-TUNC-CHABAS, ob. cit., T. I, núm. 118.

y no dentro del marco de las obligaciones previamente contraídas por las partes⁽⁸⁾. Sentarse a negociar la celebración de un posible contrato sólo se enmarca dentro del deber general de prudencia y no dentro del marco de un contrato de conversaciones que nunca las partes tuvieron en mente celebrar.

5. Daños indemnizables

Es de anotar, finalmente, que en estos casos de responsabilidad precontractual, la víctima tiene derecho a cobrar la indemnización de todos los daños, incluido el lucro cesante, que se derive de dicha responsabilidad. Algunos consideran que en estos casos la víctima sólo tendría derecho a cobrar lo que se denomina el interés negativo, es decir, los costos o el lucro cesante sufrido en virtud de lo invertido en tiempo y en dinero en las negociaciones. Pero si en nuestra legislación no existe esa limitación al daño precontractual, no veo como no pueda ser indemnizado íntegramente. Veamos un ejemplo: Pedro inicia conversaciones con Diego para comprarle a éste su casa y acuerdan un precio de 100 mil dólares; se entregan mutuamente el precio y el inmueble sin que se haya firmado promesa de compraventa ni escritura pública; luego Pedro, que tiene la casa en su poder, la promete en venta a Juan por un valor de 140 mil dólares, pero no puede cumplir la promesa ni obtener la ganancia porque Diego se quita del negocio y en consecuencia no otorga la escritura y simplemente se restituyen mutuamente el precio y la casa. No veo argumento alguno para que entre los otros perjuicios, Pedro no pueda cobrarle a Juan los 40 mil dólares de utilidad que iba a obtener al venderle a Luis.

Cambiamos ahora un poco el ejemplo: Pedro tenía todo preparado para montar un espectáculo en esa propiedad. Había incurrido en costos de infraestructura, contratación de artistas, alimentos y bebidas, y había vendido toda la boletería, con una utilidad neta de 100 mil dólares. Pedro pierde todo porque Diego, que ya había recibido el precio de venta de la casa, se niega a traditarla porque ya la ha vendido a Luis por un precio superior. El fenómeno no es raro entre los narcotraficantes de mi país. ¿Cómo negarle a Pedro la indemnización de todos estos daños?

(8) ESTEVILL, Luis Pascual, ob. cit., T. I, núm. 16; PÉREZ VIVES, Álvaro, ob. cit., vol. 2, núm. 145.

II. DAÑOS CAUSADOS EN RAZÓN DE UN CONTRATO NULO, POR CULPA DE UNA DE LAS PARTES AL CONTRATAR

6. Origen de los daños

En caso de que el contrato sea declarado nulo por un comportamiento culposo de una de las partes al contratar, es evidente que el culpable de la nulidad está obligado a indemnizar a la otra parte, en cuyo daño, declarada la nulidad la acción en responsabilidad será extracontractual, y más precisamente precontractual. Sin embargo, creo que en esta hipótesis puede haber dos tipos de daños con causas por entero distintas. En efecto, de un lado puede haber daños producidos por la nulidad, y del otro es factible que haya daños producidos en la ejecución del contrato nulo. En uno y otro caso, la responsabilidad será extracontractual⁽⁹⁾.

7. Daños producidos por el hecho de la nulidad

Si por decisión judicial, el contrato se declara nulo, independientemente de que la nulidad se hubiere propuesto como pretensión o como excepción, y de quien la haya alegado, habrá responsabilidad extracontractual de quien por su culpa dio lugar a la misma⁽¹⁰⁾. En este caso tiene que haber una relación directa de causalidad entre la nulidad y el daño alegado por el demandante. Así, por ejemplo, si se declara la nulidad de un contrato de arrendamiento de un local por culpa del arrendador, y el arrendatario, que no dio lugar a la nulidad, ve fracasado el espectáculo de nuestro ejemplo anterior, por no poder ocupar el local como consecuencia de la nulidad, podrá pedir la indemnización de perjuicios demandando al arrendador por cuya culpa se produjo la nulidad y consecuentemente se causaron todos esos daños, incluido el lucro cesante. El contrato nunca se cumplió como consecuencia de la nulidad declarada y por eso el arrendador culpable debe responder, así se trate de una responsabilidad precontractual.

(9) GHESTIN, Jacques y VINEY, Geneviève, ob. cit., T. IV, núm. 194; MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent, *Droit Civil. Les Obligations*, 4ª ed., París, Cujas, 1993-1994, núm. 875; JOURDAIN, Patrice, ob. cit., p. 31; ESTEVILL, Luis Pascual, T. I, núm. 16; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, ob. cit., T. I, núm. 123, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad civil en el derecho civil chileno*, núm. 30.

(10) ESTEVILL, Luis Pascual, T. I, núm. 16; MAZEAUD-TUNC-CHABAS, ob. cit., T. I, núm. 124; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad civil en el derecho civil chileno*, núm. 30.

Es de anotar que, en tratándose de nulidad relativa, aquella persona en cuyo beneficio se estableció la nulidad podrá demandar en responsabilidad contractual ignorando la nulidad, pues la nulidad relativa sólo puede ser alegada por ella y mientras ella no lo haga, el contrato no es anulable.

8. Daños causados durante la ejecución de un contrato que se declara nulo

Ahora, puede suceder que, independientemente de los daños provenientes de la nulidad del contrato, haya otros producidos por la ejecución imperfecta o tardía del contrato que devino nulo. Tal sería el caso de la mercancía transportada que perece por culpa del transportador, quien después alega la nulidad del contrato por culpa imputable al remitente, quien a sabiendas de no tener capacidad para contratar celebra el contrato. En este caso, declarada la nulidad, el transportador responde extracontractualmente por la pérdida de las mercancías, *así él no hubiera sido culpable de la nulidad del contrato*. Una cosa es el comportamiento culposo que da lugar a la nulidad y otra bien distinta es la culpa que da lugar a un daño durante la ejecución del contrato nulo. Alguien podría contra argumentar que en ese caso, el transportador no responde pues si el remitente no hubiera contratado debido a su incapacidad, la carga no habría perecido en manos del transportador. Con todo, es evidente que el nexo de causalidad entre la culpa del transportador y el daño es directo, y es indirecto entre la culpa del remitente y el perjuicio.

En tales circunstancias, aunque la responsabilidad es extracontractual, el deudor responde siguiendo los mismos lineamientos probatorios del contrato anulado, salvo lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1746 del Código Civil, que se aplica a aquellos contratos nulos en que se enajena una cosa que perece en poder de una de las partes.

Así las cosas, en el ejemplo propuesto, el transportador, en cuyo poder perece la mercancía objeto del transporte, deberá demostrar una causa extraña si quiere liberarse de la responsabilidad extracontractual que pesa en su contra, pues se aplica la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas, en la medida en que el transporte se considera como tal. En cambio si el contrato anulado es de mandato y hay un comportamiento culposo y dañino del mandatario en el cumplimiento del contrato que después se declaró nulo, su responsabilidad se regirá por el artículo 2341 del Código Civil y, por tanto, su culpa deberá ser probada.

III. DAÑOS CAUSADOS POR LA INEXISTENCIA DE UN CONTRATO QUE DE BUENA FE EL ACREEDOR CREÍA HABER CELEBRADO (EL CONTRATO DE SEGUROS)

9. Planteamiento del problema

Un caso muy especial se presenta cuando la ley exige ciertas solemnidades para la existencia o prueba del contrato celebrado, pero quien tenía conocimiento de esa exigencia guarda silencio al respecto dándole a creer a la otra parte, que ignoraba el requisito, la impresión de que el contrato fue celebrado correctamente. Veámoslo con un ejemplo de común ocurrencia.

La ley colombiana establece que el contrato de seguros es consensual pero deberá probarse por medio de cualquier escrito o por confesión. Es decir, que la prueba testimonial no sirve como medio probatorio en dicho contrato. Pues bien, en la práctica diaria, personas que no saben nada del derecho de seguros, llaman a su asegurador y le dicen que acaban de comprar una maquinaria o un vehículo, pero no quieren sacarlo del almacén hasta cuando esté asegurado. Es un fin de semana y ya no hay tiempo ni de pagar prima ni de expedir documento alguno, pero dada la confianza de las partes, el asegurador le dice al tomador que se vaya tranquilo en su vehículo, que ya está asegurado, con tan mala suerte que el tomador sufre un accidente que le causa daños al vehículo y daños a terceros. Conozco aseguradores que honran su palabra. Pero también conozco aseguradores que ante la inminencia de un cuantioso siniestro, argumentan que el contrato nunca se celebró, y que por lo tanto no hay cobertura del daño.

Si no existe prueba escrita del acuerdo, y si el asegurador no confiesa la existencia del mismo, al “asegurado” no le queda más remedio que acudir a la responsabilidad precontractual, en cuyo caso la prueba testimonial es perfectamente viable. Éste es el ejemplo más patético de que el daño precontractual es similar al del contrato fallido. ¿Cómo afirmar que el “asegurado” no puede cobrar los daños sufridos, si aceptó correr el riesgo convencido de la realización de un contrato que el asegurador sabía que no existía? Esa negligencia o mala fe del asegurador lo hace responsable de todos esos daños.

En consecuencia, si el asegurador es responsable frente al solicitante del seguro, este tendrá derecho a cobrar no sólo los gastos en que incurrió tratando de celebrar el contrato, sino también el valor de la cobertura, es decir, podrá cobrar lo que le pertenecería si el contrato se hubiere celebrado.

IV. LAS OBLIGACIONES PRECONTRACTUALES Y CONTRACTUALES DE INFORMACIÓN, DE CONSEJO Y DE INSTRUCCIÓN (CON ÉNFASIS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO Y TRANSPORTE)

10. Obligación de lealtad de las partes

En el derecho contemporáneo, se tiene como dato adquirido que entre las partes que celebran un contrato existe una obligación de lealtad para con la otra⁽¹¹⁾, no sólo en la formación del contrato, sino también en su ejecución, así en algunos ordenamientos jurídicos no lo establezca la ley en forma expresa. En esa obligación de lealtad, se enmarcan como especies de la misma las denominadas obligaciones de consejo, de información y de instrucción.

Lamentablemente, en muchas oportunidades esas obligaciones no se cumplen. En efecto, a menudo, la parte profesional que celebra un contrato con un tercero profesional o no, pese a ser conocedor de los alcances de la ley y la jurisprudencia, guarda silencio sobre circunstancias que, de haber sido conocidas por la parte ignorante, habrían llevado a ésta a no contratar, a hacerlo de manera diferente o a realizar ciertas conductas que lo habrían favorecido en la formación o en la ejecución del contrato. En ese contexto, la posición dominante del profesional, desde el punto de vista del conocimiento, estaba legitimada por la filosofía individualista que primó en el derecho privado hasta hace algunas décadas, así con ello se quebrara el equilibrio real entre las partes contratantes. Se diría que desde que no hubiera error o violencia en el consentimiento, el contrato era impecable desde el punto de vista de su validez. ¡Negocio es negocio! hemos escuchado toda la vida. Empero, en el mundo jurídico actual se inserta un principio según el cual cada una de las partes debe informar a la otra, para que ésta a su turno pueda informar a la primera⁽¹²⁾. Es un proceso dialéctico en el que de parte y parte se dan y se reciben informaciones, para que cada una contrate a conciencia, después de conocer el alcance de sus derechos y obligaciones.

Se dice entonces que, en general, sobre las partes pesa la obligación de lealtad, sobre todo en relación con las informaciones que se deben transmitir recíprocamente, cuando aquella esté o debiera estar a su alcance. Esa obligación de lealtad existe tanto en el período pre-

(11) LE TOURNEAU, Philippe, *La Responsabilité Civile Professionnelle*, Ed. Economica, París, 1995, p. 56.

(12) *Ibid.*, p. 67.

contractual como en el contractual⁽¹³⁾. En el período precontractual se trata, por ejemplo, de advertir al cliente, antes de que este dé su consentimiento, acerca de la naturaleza del bien o servicio, así como de las consecuencias jurídicas que resultan de ciertos comportamientos a la hora de formar el contrato, como en el caso de llenar un documento o declarar el valor de la cosa por transportar. La obligación de lealtad en el período contractual se refiere a la ejecución del contrato, como por ejemplo, brindar al adquirente las instrucciones de manejo o empleo del bien o servicio, o advertir de los plazos de caducidad previstos en la ley para el caso en que no se presenten reclamaciones por la mala calidad del bien o servicio.

Es de observar que, como hemos visto, cuando el contrato nunca se celebra porque hubo deslealtad de una de las partes durante el período precontractual, la responsabilidad de la parte desleal es claramente extracontractual, pues el contrato nunca nació a la vida jurídica, como ocurre cuando una de las partes en forma culposa rompe abruptamente las negociaciones causándole daño a la otra parte⁽¹⁴⁾. Pero puede suceder que el contrato se celebre y que la deslealtad consista en no haber informado suficientemente al acreedor sobre sus derechos y obligaciones y, por lo tanto, la parte ignorante termina celebrando un contrato desventajoso para ella, todo debido a que la parte concedora omitió advertirle de los alcances, límites y avatares del contrato⁽¹⁵⁾. Se precisa entonces decidir, en este segundo caso, qué tipo de responsabilidad civil o qué sanción le cabe al contratante desleal.

Después de analizar los fundamentos legales de esa obligación general de lealtad precontractual (A), veremos cuál es su aplicación concretamente en los contratos de seguros (B) y de transportes (C).

A. PRINCIPIO GENERAL DE LA OBLIGACIÓN DE LEALTAD PRECONTRACTUAL

11. Fundamento legal y contractual de la obligación de lealtad

El Código de Comercio Colombiano, en su artículo 863, establece que *“las partes deberán proceder de buena fe en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”*

(13) Ph. MALAURIE et L. Aynès, ob. cit., n. 636.

(14) LE TOURNEAU-CADIET, *Droit de la Responsabilité et de Contrats*, Dalloz, París, 2000, ps. 834 y ss.

(15) LE TOURNEAU-CADIET, ob. cit., n. 827 y ss.; MALAURIE et AYNÈS, ob. cit., n. 636.

El artículo 871 del mismo Código establece que *“los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo expresamente pactado en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

En fin, el artículo 1603 del Código Civil establece que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella”*.

No cabe duda entonces de que, subyacente a cada contrato, existe la obligación general de lealtad tanto en su formación como durante su ejecución, así en relación con determinado contrato la ley guarde silencio al respecto. En consecuencia, el fundamento universal de esa obligación es el principio de la buena fe que debe primar entre los contratantes⁽¹⁶⁾.

12. Naturaleza de la responsabilidad de la parte desleal

Para la mayoría de la doctrina⁽¹⁷⁾, cuando pese a haberse celebrado el contrato, la deslealtad precontractual termina por perjudicar a la parte profana, debido a que las prestaciones contractuales no son las esperadas por ésta, el contrato, así siga siendo válido (si hay error o violencia el contrato es nulo, pero no siempre habrá lugar a la nulidad si el deudor incumplió su obligación precontractual de lealtad y buena fe⁽¹⁸⁾), con sus limitaciones y alcances, la responsabilidad derivada de esa deslealtad es extracontractual, pues hay una culpa aquilina, anterior al nacimiento del contrato, que perjudica al acreedor. Ese daño está por fuera del contrato, debido a los límites obligacionales que este impone a las partes.

En este análisis partimos del supuesto de que el contrato es claro y válido en cuanto a las obligaciones y derechos de las partes, y lo que se discute es la responsabilidad de la parte que no advirtió su-

(16) MALAURIE et AYNÈS, ob. cit., n. 634; LE TOURNEAU-CADIET, ob. cit., n. 829 y ss.; FIL, Patrice, *L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance*, Presses Universitaires de la Universidad de Aix-Marsella, 1996. ps. 71 y ss.; MALEVILLE Marie-Helene, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, LGDJ, París, 1996, p. 190; LLOVET I AGUADO, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1966, p. 13.

(17) LE TOURNEAU-CADIET, ob. cit., n. 829.

(18) SÁNCHEZ CALERO F. y otros, *Ley de Contrato de Seguro*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 152.

ficientemente a la otra, sobre lo necesario para que ésta contratara conscientemente las prestaciones que más le convenían. Otros⁽¹⁹⁾ en cambio consideran que aun en estos casos la responsabilidad de la parte desleal es contractual, pues más que tener en cuenta el texto del contrato, se debe acudir a la intención de las partes (art. 1618, C.C.) y, en consecuencia, según esa teoría el acreedor profano tiene derecho contractual a reclamar aquellas prestaciones que, en principio, le niega el clausulado, pero que se pueden deducir de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, como serían los móviles que llevaron al acreedor a contratar lo ofrecido verbalmente por el deudor durante las negociaciones de un contrato escrito y el silencio desleal de este en la discusión y formación del contrato.

Sin embargo, esta solución, que defiende con vehemencia, como principio general, no siempre es posible en el problema que discutimos, porque según veremos, hay una serie de hipótesis en las que el silencio del deudor profesional y la ignorancia también silenciosa de la parte profana, no permiten develar la intención sobre una circunstancia que se desconoció durante la formación del contrato y, por lo tanto, no cabe más responsabilidad que la extracontractual. En otros casos, la Ley impone una serie de solemnidades probatorias que la parte profesional conoce pero calla, para luego incumplir lo pactado verbalmente, como hemos visto en lo relacionado con el contrato de seguros. No sobra advertir que para Sánchez Calero, en estos casos de falta de información, mientras no haya un vicio en el consentimiento del tomador, el contrato de seguro no es nulo. Sostiene además que, cuando no exista la nulidad, sólo cabe una sanción de tipo administrativo contra el asegurador⁽²⁰⁾.

13. Las obligaciones de información y de consejo en el período precontractual son especies de la obligación de lealtad precontractual

Admitido que en el derecho colombiano existe un principio general que establece a cargo de las partes la obligación de lealtad en la formación y ejecución del contrato, veamos cómo en uno y otro período esa obligación consiste básicamente en informar y aconsejar en forma adecuada a la parte no profesional. Es justo en este punto, donde el derecho colombiano debe salir del letargo del individualismo que

(19) Sobre la intención de las partes en el contrato de seguro, ver la interesante obra de MALEVILLE, Marie Helene, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, LGDJ, París, 1996, n. 115 y ss.

(20) SÁNCHEZ CALERO F. ob. cit., p. 152.

orientó el derecho privado hasta época reciente, para, en su lugar, exigir del profesional la obligación de instruir e informar correctamente a su contraparte sobre los alcances del contrato, pues sólo de esta manera puede hablarse de una voluntad clara y libre, de ambas partes. No puede pues ampararse la parte fuerte en la mera declaración de voluntad no forzada de su contraparte. Por fortuna, ya la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia comienza a enfatizar sobre esta obligación a cargo del asegurador⁽²¹⁾.

14. Límites de las obligaciones de información y de consejo

Pero debe advertirse que estas dos obligaciones sólo existen en la medida en que haya una parte profesional y otra profana en la materia⁽²²⁾. Si ambas partes conocen o deben conocer en razón de su oficio, los alcances del contrato, la obligación de información o consejo desaparecen o por lo menos se atenúan⁽²³⁾. No es lo mismo celebrar un contrato de transporte con una industria que desplaza mercancía todo el tiempo, que celebrarlo con una persona que eventualmente tiene la necesidad de hacer un trasteo y que en principio no tiene por qué conocer todos los avatares de dicho contrato.

De otro lado, las obligaciones de informar y de aconsejar parten del supuesto de que también la parte profana suministre ciertas informaciones que le permitan al deudor informar adecuadamente⁽²⁴⁾, esto es, cada una de las partes debe informar para informarse. El adquirente de un bien o servicio deberá informar de sus necesidades al productor o suministrador, para que este sepa a su turno cuáles son las informaciones que debe brindar al adquirente⁽²⁵⁾. Lo que se busca es que la parte concedora no se aproveche de la ignorancia de su contraparte, para que ésta cometa errores que le perjudican, durante la negociación.

15. Diferencia entre la obligación de consejo y la de información

Mientras que la obligación de información consiste fundamentalmente en advertir al profano de los riesgos jurídicos o técnicos del contrato así como del alcance de los derechos y obligaciones que sur-

(21) Cas. civil, 2 de agosto de 2001, exp. 6.146; M.P. Carlos Ignacio JARAMILLO.

(22) Ph. LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile Professionnelle*, p. 67; MALAURIE et AYNÈS, ob. cit., n. 635; MALEVILLE, Marie Helene, ob. cit., n. 191.

(23) Ph. LE TOURNEAU, p. 68; MALEVILLE, Marie Helene, ob. cit., n. 191.

(24) Ph. LE TOURNEAU, ob. cit., p. 67.

(25) Ph. LE TOURNEAU, ob. cit., p. 67; MALAURIE et AYNÈS, ob. cit., n. 635.

gen del mismo, de forma tal que dicho profano tenga elementos de juicio para contratar, la obligación del consejo consiste en orientar la decisión del contratante por una alternativa que se considera la mejor⁽²⁶⁾. Podría pensarse que, en general, la obligación de información se aplica en todos los casos, mientras que la de consejo sólo es propia de algunos contratos, como por ejemplo en los de intermediación de seguros. Con todo, creemos que en la medida de lo posible, todo profesional está obligado no sólo a una descripción de su producto (obligación de información), sino a aconsejar a su consumidor sobre la conveniencia de adquirirlo, sin que se llegue al extremo de exigírsele al proveedor que recomiende a un competidor.

16. Diferencias entre la información y publicidad

Ahora, debe distinguirse entre la publicidad y las obligaciones de consejo o de información⁽²⁷⁾. En la publicidad, a la cual tiene derecho todo productor, el vendedor o fabricante destaca las virtudes de su producto, tratando de atraer al consumidor. En principio, el productor, al hacer publicidad a su bien o servicio, sólo está obligado a no hacer propaganda de calidades o virtudes que el bien o servicio no poseen. En algunos casos, la publicidad debe ir acompañada de advertencia de riesgos de nocividad del producto como ocurre con los cigarrillos y las bebidas alcohólicas. Pero no siendo necesaria esa advertencia, la publicidad no tiene por qué detallar instrucciones e informaciones. La publicidad busca captar una primera atención del consumidor, sin entrar en mayores detalles.

En cambio, en la obligación de información, el productor debe olvidarse de su interés por atraer al consumidor y, en una etapa ya más personalizada, debe advertirle objetivamente sobre los límites y desventajas que no fueron informados en la publicidad. En ese instante se acaba el ámbito de la publicidad y se ingresa en el de la descripción objetiva de las ventajas y desventajas del bien o servicio. En este caso, el vendedor no puede ponderar con mentiras su producto, sino simplemente describir sus propiedades, de acuerdo con las necesidades del adquirente. Finalmente, el productor, además de la publicidad y la información, debe brindarle al adquirente profano su opinión sobre la conveniencia o inconveniencia de adquirir su bien o servicio (obligación de consejo). Son pues tres etapas no excluyentes en la comercialización de un producto.

(26) Sobre la diferencia entre la obligación de consejo y la de información, ver Ph. LE TOURNEAU, p. 59; MALAURIE et AYNÈS, ob. cit., n. 635.

(27) MALAURIE et AYNÈS, ob. cit., n. 635.

17. Hasta dónde deben llegar los conocimientos del deudor

La doctrina exige de parte del profesional un conocimiento actualizado de su disciplina, sin caer desde luego en una cacería de brujas que le imponga al profesional ser un sabio en relación con su producto⁽²⁸⁾. El profesional deberá pues tener, en ciertos contratos, conocimiento de la evolución legislativa o jurisprudencial que pueda afectar el contenido del contrato. Igualmente, deberá conocer el mecanismo técnico y las contraindicaciones, límites, desventajas y riesgos de los bienes o servicios que ofrece. En este punto, hay que admitir que en Colombia, muchos de los productores e intermediarios carecen de las condiciones mínimas de profesionalismo en su actividad y que sólo las intrigas y el amiguismo les brindan la posibilidad de realizar jugosos negocios. En estos casos, cualquier daño que sufra el adquirente del bien o servicio, debido a una inadecuada asesoría por parte de su intermediario o productor, da lugar a la responsabilidad de este.

B. LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DE CONSEJO EN EL CONTRATO DE SEGUROS

18. Problemas que se presentan en la práctica

En materia de seguros es donde se presentan las mayores dificultades en lo referente a la obligación de lealtad precontractual de las partes. En efecto, el artículo 1058 del Código de Comercio, en lo referente al contrato de seguros, sólo regula la obligación de lealtad en la descripción del riesgo, a cargo del tomador, pero nada dice en forma expresa sobre las obligaciones de consejo y de información por parte del asegurador⁽²⁹⁾.

Y la dificultad se acrecienta si se advierte que, aunque ya en Colombia la póliza no es requisito esencial para la formación y prueba del contrato de seguros, lo cierto es que dicha prueba sólo se puede acreditar por un escrito o por la confesión del asegurador. Partiendo de dicha dificultad probatoria, generalmente cualquier discusión contractual se resuelve interpretando el clausulado de la póliza u otros documentos escritos por las partes.

Dos hipótesis de frecuente ocurrencia queremos analizar: la primera está relacionada con la no advertencia al asegurado acerca de

(28) Ph. LE TOURNEAU, ob. cit., p. 63.

(29) En el derecho de la Unión Europea sí existe en forma expresa la obligación de información a cargo del Asegurador, según lo explica SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 151; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CABALLERO, E. *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997, ps. 65 y ss.

los límites y alcances de la cobertura ofrecida ni de la existencia de un producto de mejor calidad que el solicitado o pactado. La segunda consiste en no advertir al asegurado sobre las consecuencias jurídicas por no realizar ciertas conductas durante la celebración del contrato o durante su ejecución, omisiones del tomador o del asegurado que no se habrían producido si este hubiera sido advertido por el asegurador, al momento de la formación del contrato. Más adelante plantharemos varios ejemplos de una y otra hipótesis.

Aunque alguien podría alegar que esas obligaciones no están consagradas en forma expresa en la ley, creemos empero que, pese al silencio de la legislación sobre seguros, los artículos 1603 del Código Civil y los artículos 863 y 871 del Código de Comercio son base suficiente para afirmar que también sobre el asegurador y el intermediario pesan estas obligaciones.

19. Responsabilidad del intermediario y del asegurador

Pero una discusión se suscita de inmediato cuando el asegurador argumenta que esas obligaciones no pesan sobre él, sino sobre el intermediario que es el encargado de asesorar al tomador o asegurado, así sea el asegurador quien le pague la comisión por la celebración del contrato. Para aclarar el punto es necesario efectuar algunas precisiones.

En primer lugar, no cabe duda de que el intermediario independiente, sea o no representante del asegurador, compromete su responsabilidad contractual si no asesora suficientemente al asegurado en relación con el tipo de seguro requerido⁽³⁰⁾; en segundo lugar, cuando el intermediario es representante del asegurador en la celebración del negocio, es claro que la omisión de información y de consejo de parte del intermediario, también compromete su responsabilidad y la del asegurador⁽³¹⁾. En ambos casos será responsabilidad precontractual; por otra parte, cuando se dan los requisitos de la teoría de la apariencia (que el asegurado haya actuado con buena fe exenta de culpa y que el error sea legítimo, es decir, sea invencible), el asegurador que aún sin culpa crea la apariencia de que el intermediario hace parte de su empresa, compromete su responsabilidad precontractual por los comportamientos omisivos del intermediario, en relación con las

(30) Sobre la responsabilidad de los intermediarios de seguros, ver BLAMOUTIER-SALPHATI, *La responsabilité des agents généraux et courtiers d'assurance*, L'Argus, París, 1987, ps. 57 y ss.

(31) BLAMOUTIER-SALPHATI, ob. cit., p. 137.

obligaciones de información y de consejo⁽³²⁾. Finalmente, cuando no hay lugar a aplicar la teoría de la apariencia ni hay representación del intermediario, creemos que de todas formas, sobre el asegurador pesan tanto la obligación de consejo como la de información⁽³³⁾ aunque la primera sea menos intensa que la segunda, pues en cierta forma es el intermediario quien tiene esa obligación fundamental de consejo, ya que es de su esencia, asesorar al cliente profano.

La obligación de información a cargo del asegurador tiene que ver con los aspectos relacionados con exclusiones y sanciones en caso de ciertas omisiones del asegurado profano. El asegurador debe cerciorarse, además, de que de alguna manera el tomador conozca las ventajas y desventajas que su comportamiento (el del tomador o asegurado) durante la formación del contrato y durante su ejecución puede generar en caso de siniestro. En ese caso, habrá responsabilidad tanto del intermediario (contractual) como del asegurador (precontractual).

20. Obligación de información a cargo del tomador del seguro

Como dijimos, el artículo 1058 del Código de Comercio establece a cargo del Tomador del seguro, la obligación de lealtad para con el asegurador al momento de declarar el estado del riesgo. El incumplimiento de esta obligación da lugar a la nulidad del contrato. Como sobre este punto existe gran cantidad de decisiones⁽³⁴⁾ y de escritos doctrinales⁽³⁵⁾, omitiremos referirnos a él en detalle, no porque no sea importante, sino porque preferimos analizar las obligaciones a cargo del asegurador, tema prácticamente ignorado por nuestra doctrina.

21. Casos en que el asegurador y el intermediario incumplen sus obligaciones de informar y de aconsejar al tomador del seguro

La obligación de información y de consejo a cargo del intermediario y del asegurador se refleja en los siguientes problemas de la vida diaria:

22. Cobertura deficiente

En primer lugar, puede suceder que siendo claro el contrato, el asegurador o el intermediario no se informen con el tomador sobre las

(32) Sobre la teoría de la apariencia en el contrato de seguros, ver BLAMOUTIER-SALPHATI, ob. cit., ps. 75 y ss.

(33) BLAMOUTIER-SALPHATI, ob. cit., p. 138.

(34) Ver cas. civ. 2 de agosto de 2001, exp. 6.146, M. P. Carlos Ignacio JARAMILLO.

(35) QSSA GÓMEZ, Efrén, *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Temis, 1991, ps. 21 y ss.

necesidades de este, para así ofrecerle el producto adecuado⁽³⁶⁾. En el seguro de transporte, por ejemplo, hay una serie de exclusiones muy gravosas para el asegurado, que a menudo pueden levantarse mediante un anexo, y ex dueño de la carga celebra el contrato sin tener una conciencia muy clara del alcance de su cobertura. En esos casos, si en el mercado existía una póliza que amparase esa exclusión, el intermediario, y el asegurador si contrata directamente, estaban en la obligación de advertirle al tomador profano sobre esa situación para que este decidiera si optaba por esa otra solución que, aunque más costosa, de todas formas le ofrecía mayores garantías⁽³⁷⁾.

23. No informar suficientemente sobre el alcance y cumplimiento de garantías

Una de las mayores causas de objeción del asegurador a reclamaciones del asegurado es el incumplimiento de alguna garantía por parte de este último. En efecto, el artículo 1061 del Código de Comercio de Colombia establece que si el asegurado otorga una determinada garantía de hacer o no hacer algo, el contrato será anulable si se incumple la garantía. Así, por ejemplo, en los seguros de incendio es factible que el asegurador imponga al tomador o asegurado la garantía de tener extinguidores de fuego. Y de no tenerlos, perderá el derecho al pago del siniestro. En no pocas oportunidades, de la mejor buena fe, el asegurado incumple esas garantías porque no las conoce por no haber leído la póliza o porque no le explicaron su alcance y en consecuencia no alcanza a comprender las consecuencias tan graves que genera su incumplimiento. Por tal motivo, creemos que el intermediario es responsable contractualmente frente al asegurado ignorante si no instruye suficientemente a éste sobre los alcances y consecuencias de la garantía y su incumplimiento. Inclusive, pensamos que en estos casos, la garantía le podría ser inoponible al asegurado si no hubo intermediario en la negociación y la Compañía que negoció directamente con el tomador se limitó a expedir la póliza sin explicarle al primero los compromisos de la garantía. Y si se concluye que contractualmente le es oponible, dado que legalmente ese es el texto por el cual se rige el contenido del contrato, el asegurado podría demandar en acción precontractual alegando y probando que no fue suficientemente informado por el asegurador sobre una cláusula tan importante y gravosa para él.

(36) BLAMOUTIER-SALPHATI, ob. cit., ps. 128 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 151; Ph. LE TOURNEAU, ob. cit., p. 59.

(37) BLAMOUTIER-SALPHATI, ob. cit., ps. 128 y ss.

24. Diferencias entre lo negociado y lo que consta en la póliza

De otro lado, en muchas oportunidades, el intermediario o el asegurador, con el fin de obtener el consentimiento del tomador profano, omiten delimitar con claridad en las negociaciones verbales el riesgo amparado, y mencionarle las exclusiones, o le ofrecen verbalmente una serie de ventajas que después no aparecen en el documento textual de la póliza, con el agravante de que en Colombia ésta sólo es firmada por el asegurador y, habitualmente, el clausulado sólo queda a disposición del asegurado después de celebrado el contrato, cuando no es que lo conserva el intermediario. En este caso en especial, la doctrina más avanzada, que yo comparto, considera que la responsabilidad del asegurador es contractual ya que prima la intención de las partes, más que el texto de la póliza⁽³⁸⁾. Pero al asegurado corresponde probar el contenido real de lo que se pactó oralmente (aunque las exclusiones deben figurar en letra destacada, lo cierto es que esa letra por destacada que sea, sólo se conoce después de expedida la póliza, y ésta sólo se expide cuando ya el tomador ha dado su consentimiento, y a veces, pagado la prima).

Pero si se concluye que en ese caso prima el texto de la póliza y que lo prometido oralmente queda por fuera del contrato, de todas formas habrá una responsabilidad contractual del intermediario, o precontractual del asegurador que contrata directamente con el tomador, por haber engañado a este último al discutir la propuesta del seguro. Esto ocurre sobre todo cuando al tomador no se le advierte de los límites y exclusiones de la póliza y este cree de buena fe que todo el riesgo está asegurado, cuando la póliza dice otra cosa.

25. Daños no cubiertos en los seguros de responsabilidad civil

A menudo, en los seguros de responsabilidad civil se excluye la responsabilidad contractual, a menos que se pacte mediante anexo especial. En este caso, si el mayor riesgo del asegurado está constituido por la responsabilidad contractual, como sucede con el transporte de mercancías, lo mínimo que podría esperarse del asegurador y del intermediario es la advertencia al tomador sobre esa circunstancia, pues de nada le va a servir un seguro por un riesgo casi inexistente, cuando su creencia era la de que estaba asegurado por su riesgo principal⁽³⁹⁾.

(38) En ese sentido, cas. civ., 30 de septiembre de 2002, M. P. Carlos Ignacio JARAMILLO, p. 39; ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés, *Lecciones de Derecho de Seguros*, I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, ps. 68 y ss.

(39) FIL, Patrice, *L'obligation d'information et de conseil en matiere d'assurance*, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix Marseille, p. 76.

Adicionalmente, en los seguros de responsabilidad civil, los perjuicios morales, por una mala redacción del artículo 1.127 del Código de Comercio, están excluidos de la cobertura, con el agravante de que la mayoría de las condenas contra el asegurado son por dicho concepto. Por ello, al asegurado que no conoce de seguros, se le debe advertir de esa circunstancia para que él decida si paga una prima más alta para amparar ese daño, si se abstiene de contratar el seguro, o si busca una alternativa con otro asegurador que sí le dé la cobertura. Como se ve, la labor de producir seguros requiere actualmente más profesionalidad y conocimientos de los que se exigían hace unas décadas. El día llegará en que todas esas falencias terminen haciendo responsable a los intermediarios ante los tribunales⁽⁴⁰⁾.

26. Silencio sobre las consecuencias de una mala declaración del riesgo

Pero hay otra serie de circunstancias que sin afectar el contrato de seguros como tal, de todas formas dejan al asegurado en una situación desventajosa que se podría evitar si el asegurador fuera más claro con el tomador al momento de contratar.

Así por ejemplo, en no pocas oportunidades, el tomador desconoce todos los mecanismos a veces complejos de la declaración del riesgo, y los intermediarios y el mismo asegurador guardan silencio y se comportan como si ello fuera una obligación de poca monta, por lo cual el tomador no pone la atención necesaria en esa declaración (¡ponga cualquier cosa —dirá el intermediario cuando entrega al asegurado el formulario de solicitud del seguro— y no se preocupe que eso es un simple formalismo!). Uno no entiende por ejemplo, cómo en materia de seguros de vida, el asegurador exige determinados exámenes y, en otros casos, deja a discreción del tomador declarar una serie de circunstancias que pueden conducir a la no cobertura del seguro en caso de siniestro. Ese tipo de consecuencias jurídicas, tan difíciles de comprender aun para los expertos en derecho de seguros, deben ser explicadas al tomador antes de celebrar el contrato para que este sea consciente de sus obligaciones. Cobrar una prima con base en ciertas declaraciones del tomador, para después alegar reticencias y falsas declaraciones de su parte, no es leal.

Estamos seguros de que si el tomador tuviera conocimiento de lo importante que es la declaración del estado del riesgo o si se le explicara con detalle el significado de los cuestionarios, no se aseguraría

(40) Ídem.

o tendría especial diligencia al momento de responder las preguntas. Por ello, el asegurador y el intermediario incumplen con su obligación de lealtad si tratándose de un tomador profano no lo instruyen sobre el alcance de la declaración del estado del riesgo⁽⁴¹⁾.

27. Responsabilidad cuando al tomador se le dice que está asegurado sin estarlo

En otras oportunidades, el asegurador o el intermediario le dicen al tomador que ya el seguro está vigente, cuando en realidad ello no es cierto. Esto ocurre sobre todo cuando en forma telefónica el intermediario habla con el asegurador y éste le acepta el seguro, pero después de ocurrido el siniestro el asegurador niega la cobertura, bajo el argumento de que aún no se había expedido un escrito ni se había aceptado la solicitud. Como ya dije, en este caso, si el contrato no se celebró porque la ley exige una cierta formalidad para la formación o prueba del contrato, habrá responsabilidad contractual del intermediario que engañó al tomador, o del asegurador si fue él quien indujo al tomador en la falsa creencia de la cobertura. Es factible que ambos sean responsables si los dos contribuyeron a la equivocación del tomador.

28. No advertencia al tomador sobre libros de comercio

En otros casos, el asegurador o el intermediario no le avisan al tomador, al momento en que este hace la solicitud del seguro, que la jurisprudencia colombiana exige que el asegurado pruebe el siniestro con los libros de comercio debidamente llevados⁽⁴²⁾, y cuando ocurre el siniestro sacan ese “as debajo de la manga”, para negarle total o parcialmente la indemnización al asegurado. En nuestro concepto, el intermediario responderá contractualmente, y el asegurador responderá extracontractualmente si contrató directamente con el tomador, por no haberle advertido a este de esa grave circunstancia. En efecto, en este caso, el asegurador podía haberle advertido con facilidad al tomador las consecuencias de su falla en el manejo de los libros de comercio. Es más, podía haber puesto sin dificultad alguna, como condición de asegurabilidad la exhibición previa de tales documentos. Es inconcebible que el asegurador envíe un inspector de riesgos para verificar una serie de circunstancias complejas, aunque de menor trascendencia, y

(41) *Ibíd.*, p. 80.

(42) En ese sentido, cfr. cas. civ., 21 de marzo de 2003, exp. 6642, M. P. César Julio VALENCIA COPETE.

que teniendo la capacidad de hacerlo, no le pida al tomador exhibir los libros de comercio antes de tomar el seguro, para en esa forma, advertirlo de las consecuencias de una contabilidad incorrecta.

29. No advertencia de las limitaciones de la indemnización en los seguros de transporte de mercancías

Lo mismo sucede en los seguros de transporte de mercancías, pues el asegurado paga su prima de acuerdo con el valor real de la mercancía, pero al momento del siniestro el asegurador argumenta que el seguro sólo cubre el valor declarado por el asegurado al transportador como valor de la mercancía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1122 del Código de Comercio. Según veremos más adelante, el transportador casi nunca le advierte al remitente asegurado sobre las consecuencias de no declarar el valor exacto de las mercancías. Un tecnicismo jurídico de semejante especialidad no puede ser ocultado por el asegurador ni por el intermediario y, por lo tanto, ambos responden por no haber advertido de esa situación al tomador.

30. No advertencia (exigir improntas del DAS) sobre no asegurabilidad de cargos de contrabando

Situación análoga se presenta en algunos casos de seguros de automotores. En efecto, con frecuencia, al momento de celebrar el contrato, el asegurador se limita a pedirle al asegurado la matrícula del vehículo, pero cuando ocurre el siniestro, le pide las improntas del DAS para verificar que el automotor no sea de contrabando. Uno se pregunta: ¿por qué razón el asegurador no pide esas improntas desde un comienzo, si eso no tiene dificultad alguna y no es leal con el tomador crearle la legítima confianza engañada de que con la matrícula es suficiente?

31. ¿Cuál es la responsabilidad del intermediario y del asegurador en estos casos?

En todos estos casos, si la omisión sólo es imputable al intermediario que actúa como persona independiente del asegurador, dicho intermediario responderá contractualmente frente al asegurado pues su obligación contractual esencial era la de informar y aconsejar claramente al tomador. Si el asegurador confió en el intermediario y puso a disposición de este toda la información, ninguna responsabilidad habrá de su parte. Pero si tomador y asegurador contratan directamente, o si de cualquier manera había alguna obligación precontractual a cargo del asegurador, la responsabilidad de este por el incumplimiento de dicha obligación será extracontractual, más concretamente pre-

contractual. Esta responsabilidad del asegurador, cuando a él le correspondía entregar la información al tomador está basada en su silencio malintencionado o negligente, silencio que llevó al tomador a adquirir el seguro inadecuado o a no realizar ciertas conductas que lo habrían beneficiado patrimonialmente en caso de siniestro. En algunas de estas hipótesis, el asegurado podría alegar la nulidad del contrato, por vicio en el consentimiento, pero a él no le va a interesar la nulidad, pues ello le niega el derecho al pago del siniestro⁽⁴³⁾. Por ello, lo procedente es una demanda en responsabilidad extracontractual contra el asegurador, basada en una culpa precontractual, y en una responsabilidad contractual contra el intermediario si la omisión es de éste. Otros dicen que aun en esos casos la responsabilidad del asegurador es contractual. Por lo tanto, para evitar sorpresas, lo aconsejable es demandar al asegurador por la vía contractual, a título principal y subsidiariamente por vía extracontractual.

La responsabilidad del intermediario sí sería contractual pues su silencio es una culpa dentro de su obligación contractual de asesoría (para eso lo contratan y le pagan). La culpa del asegurador es anterior al contrato de seguro, pero la del intermediario es una culpa cometida durante la ejecución de la obligación de intermediación.

C. LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DE CONSEJO EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE

32. Principio

Pero aunque con menor intensidad e hipótesis, el contrato de transporte de mercancías también contiene una serie de situaciones en las que el transportador profesional, conocedor de su oficio y de la ley que rige el contrato, está en la obligación de advertir al remitente de sus obligaciones y de las consecuencias que se derivan de la omisión de ciertas conductas que debe realizar bien sea el remitente mismo, o el destinatario.

33. Declaración sobre la naturaleza y valor de las mercancías

Así por ejemplo, el artículo 1.010 del Código de Comercio le impone al remitente la obligación de informarle al transportador sobre el valor, naturaleza, cantidad y contenido de las mercancías. Por ello, en muchos países, el transportador debe entregarle al remitente un docu-

(43) SÁNCHEZ CALERO, ob. cit., p. 152.

mento que debe ser llenado y firmado por este, en dos ejemplares, uno de los cuales queda en poder del transportador, para que después no haya discusión al respecto⁽⁴⁴⁾.

Y esa información tiene un papel fundamental en caso de un litigio entre las partes, desde el punto de vista probatorio. En efecto, el artículo 1021 del mismo código establece una presunción de certeza de las informaciones dadas por el remitente en virtud de lo dispuesto en el artículo 1110 ya referido⁽⁴⁵⁾. Es decir, si el transportador no hace las reservas del caso al momento de recibir la carga de manos del remitente, se presume que todo lo afirmado por este último es cierto, salvo que después el transportador pruebe lo contrario, prueba que es muy difícil en la práctica⁽⁴⁶⁾. En cambio, cuando el remitente omite esas informaciones, a él le corresponderá demostrar en el curso del proceso, cuál era la naturaleza, peso, cantidad, calidad y valor de las mercancías, prueba que también es difícil de aportar. Así planteadas las cosas, es claro que al transportador no le interesa que el remitente le brinde las informaciones de que habla el artículo 1110 del Código de Comercio. Y de hecho, en la práctica, muchos transportadores hacen lo posible porque el remitente no deje por escrito esa información al momento de celebrar el contrato, con lo que incurren en una clara deslealtad precontractual, cuando el remitente es una persona ignorante en esas materias.

34. Perjuicios en caso de no declaración del valor exacto de la mercancía

Pero fuera de lo anterior, el remitente o el destinatario también sufren una gravosa sanción cuando el primero declara al transportador un valor mínimo de la mercancía, por cuestiones de seguridad. También es gravosa su situación cuando no declara el valor de la mercancía o declara uno mayor al real⁽⁴⁷⁾. En efecto, el artículo 1131 del Código de Comercio establece que el transportador pagará como indemnización de la carga el valor declarado por el remitente. Adicionalmente, la misma norma establece que el transportador no tendrá que pagar el lucro cesante y sólo deberá pagar el 80% del valor de la mercancía, no corregido monetariamente, si el remitente no declara el valor de la mercancía o declara uno mayor⁽⁴⁸⁾. Así las cosas, para el transportador es un

(44) Javier TAMAYO JARAMILLO. *El contrato de transporte*, Bogotá, Temis, 1991, n. 217 y ss.

(45) *Ibíd.*, n. 220 y ss.

(46) *Ídem.*

(47) Javier TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., n 428 y ss.

(48) *Ídem.*

jugoso negocio que el remitente no le declare el valor de la mercancía o que declare uno diferente.

Y la situación se torna aún más perjudicial para el remitente, cuando se advierte que, según ya dije, el artículo 1122 del Código de Comercio establece que el asegurador de la mercancía sólo pagará al asegurado el valor declarado al transportador, así al asegurador se le declare el valor real y se pague una prima proporcional a dicho valor.

Tales anomalías, que podrían ser fácilmente advertidas por el transportador al remitente, hacen parte del contenido de la obligación de lealtad precontractual del transportador y, en consecuencia, si se llega a la conclusión de que el documento contractual es lo que prima, entonces de todas formas cabe una acción en responsabilidad civil extracontractual, por dolo o negligencia del transportador, durante el período precontractual.

35. Presunción de contrato cumplido si el destinatario retira la mercancía sin protestas

Pero la obligación de lealtad del transportador subsiste también al momento de entregarle las mercancías al destinatario en el lugar de destino de la carga. En efecto, el artículo 1128 del Código de Comercio establece que: “Recibida la cosa transportada sin observaciones, se presumirá cumplido el contrato”⁽⁴⁹⁾. Y el Convenio de Varsovia de 1929, aplicable al transporte aéreo internacional de mercancías fija un plazo de escasos días para que el destinatario destruya esa presunción de contrato cumplido⁽⁵⁰⁾. Eso significa que si la mercancía es entregada sin protestas del destinatario, el transportador casi siempre se libera de cualquier responsabilidad por daños a la mercancía, así estos realmente hayan ocurrido durante el transporte.

Siendo ésta una operación que el transportador profesional hace todos los días, lo lógico es que sobre él pese la obligación de advertirle al destinatario no profesional, sobre el derecho que le asiste de verificar el estado de la mercancía y de las consecuencias por la ausencia de reservas o protestas formuladas al recibir la mercancía de manos del transportador. Ante ese incumplimiento uno podría pensar que el transportador responde contractualmente frente al destinatario o que por lo menos es responsable extracontractualmente. El problema es que siendo más que todo un problema probatorio, la situación

(49) TAMAYO JARAMILLO, Javier, ob. cit., n. 258 y ss.

(50) *Ibid.*, n. 266

del destinatario seguirá siendo desventajosa pues, de todas formas, al destinatario le correspondería demostrar que la mercancía se dañó durante el transporte.

36. Confusión en cuanto a los seguros existentes

Finalmente, por una incorrecta práctica comercial, a menudo los transportadores toman seguros de mercancías, donde la prima la paga el remitente, pero la calidad de asegurado y beneficiario la tiene el transportador, lo que a la larga genera confusiones, pues el remitente cree que es él el Asegurado, cuando en realidad la póliza dice otra cosa. Cuando ello sucede, creemos que hay responsabilidad del transportador frente al remitente o al destinatario, si es que la indemnización no es pagada por el asegurador, o si dicho remitente, confiado en que estaba asegurado, no tomó una póliza por aparte o no utilizó la que ya tiene.

37. Conclusiones

Como se puede apreciar, no son pocas las consecuencias dañinas que puede ocasionar la deslealtad precontractual y contractual de una de las partes en el contrato, sobre todo, cuando la parte desleal es el profesional que conoce todas las contingencias del contrato, mientras que su contraparte es profana en esos menesteres. Como esa deslealtad dañina no puede quedarse impune, lo justo y lo equitativo es que la parte desleal comprometa su responsabilidad contractual o precontractual, según ya vimos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad civil en el derecho civil chileno*, Santiago, Ed. Imprenta Universal
- Andrés Ordóñez Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros*, I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Estevill, Luis Pascual *Derecho de daños*, 2ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1995, T. I
- Ghestin, Jacques, Viney, Geneviève, *Traité de droit civil*, París, L.G.D.J., 1982, T. IV.
- Jourdain, Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, París, Dalloz, 1992.
- Le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc, *La responsabilité civile*, París, Dalloz, 2004.

- Le Tourneau, Philippe, *La Responsabilité Civile Professionnelle*, Ed. Económica, París, 1995.
- Llovet i Aguado, Josep, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1966.
- Malaurie, Philippe, Aynés, Laurent, *Droit Civil. Les Obligations*, 4 ed., París, Cujas, 1993-1994.
- Maleville, Marie-Helene, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, LGDJ, París, 1996.
- Maleville, Marie-Helene, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, LGDJ, París, 1996.
- Mazeaud-Tunc-Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 9 ed., París, Montchrestien, 1998, T. I.
- Patrice, Fil, *L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance*, Presses Universitaires de la Universidad de Aix-Marsella, 1996.
- Patrice, Fil, *L'obligation d'information et de conseil en matière d'assurance*, Presses Universitaires de la Universidad de Aix-Marsella, 1996.
- Pérez Vives, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, Ed. Temis, 1967, T. II.
- Sánchez Caballero, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997.
- Sánchez Calero F. *et al.*, *Ley de Contrato de Seguro*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- Tamayo Jaramillo, Javier, *El contrato de transporte*, Bogotá, Temis, 1991, n. 217 y ss.

LA BUENA FE Y EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA ETAPA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO, EN EL DERECHO EUROPEO

Por Massimo BIANCA⁽¹⁾

1. El tema del deber de información en la etapa de la formación de los contratos resulta problemático por cuanto plantea la posibilidad de encontrar una regla común en los ordenamientos jurídicos europeos.

A primera vista, la respuesta es negativa.

Con base en el principio de buena fe, en los países de tradición codicista, en la etapa de la formación del contrato, las partes están obligadas a brindarse información. Sin embargo, la determinación del contenido de este deber es materia de debate así como la posibilidad de que se trate de un deber general de información⁽²⁾.

En los regímenes jurídicos del *common law*, también existe disenso en cuanto a si las partes están obligadas a brindarse información. Se cuestiona el principio de buena fe, del cual podría derivarse el deber de información.

Sin embargo, en realidad, la buena fe en cierta medida, ya ha ingresado en la normativa comunitaria. En particular, este principio fue reconocido en la Directiva 1993/13 CE relativa a las cláusulas abusi-

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la *Università di Roma "La Sapienza"*, Italia. Miembro de la Academia de Iusprivatistas Europeos.

(2) Anche in Germania, secondo il GRIGOLEIT *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, 1997, "eine allgemeine Aufklärungspflicht bestehen nicht".

vas en los contratos celebrados con los consumidores. Conforme a su art. 31, una cláusula será considerada abusiva si, en violación de la buena fe, provoca un desequilibrio significativo en las posiciones de las partes, en detrimento del consumidor⁽³⁾.

La buena fe también está presente en los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales, los cuales prevén —explica un comentario— que cada parte debe actuar respetando la buena fe y la corrección reconocidas en el comercio internacional (art. 1.7), y que éstas pueden ser consideradas ideas fundamentales y básicas de los Principios UNIDROIT.

Una disposición similar existe en los principios del derecho contractual europeo de la Comisión Landó, según los cuales cada parte debe actuar de buena fe y con corrección al ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones (art. 1.106).

La buena fe está mencionada en el Código Europeo de Contratos elaborado por la Comisión Gandolfi (art. 6). Por último, el reciente *Draft Common Frame of Reference* afirma la subsistencia de la obligación de negociar con buena fe y corrección (3.201).

A pesar de estos signos positivos, el principio de buena fe ha encontrado muchas objeciones, particularmente por parte de aquellos juristas que consideran que dicho principio resultaría extraño al derecho inglés⁽⁴⁾.

Una de las dificultades que obstaculizan la aceptación de este principio es la inexistencia de una noción segura y común de buena fe⁽⁵⁾.

(3) Vedi BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studio in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2003, 189.

Sulle divergenti interpretazioni della nozione di buona fede prevista dalla Direttiva v. tuttavia NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, Oxford, 2007, 143. Sull'impatto della Direttiva sul sistema inglese vedi DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori* Ed. il principio di buona fede, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 451.

(4) WHINCUP, *Contract Law and Practice* 5, ALPHEN AAN DEN RIJN (The Netherlands), 2006, 147, 235: "It is one of English law's most remarkable characteristics, and one most clearly distinguishing it from its continental and even American counterparts, that it has neither an express requirement of good faith in contracts generally, nor... any principle of *common law* by which such a general duty be implied".

(5) Vedi SMITS, *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in GRUNDMANN a. STUYCK (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The

Esta dificultad se puso en evidencia en un documento presentado por el gobierno inglés en una Convención de estudios organizada por SECOLA (*Society of European Contract Law*), celebrada en Londres en el año 2002. Según este documento, el gobierno inglés observa con seria preocupación la introducción del principio de buena fe, el cual podría crear graves problemas, dado que considera extremadamente improbable llegar a un acuerdo entre los Estados miembros de la Unión acerca de la noción de buena fe.

En efecto, según dicho documento, existen varias nociones de buena fe en los diferentes ordenamientos jurídicos. Por otro lado, la adopción de una fórmula genérica crearía falta de certeza en la práctica comercial, y no permitiría hacer una previsión segura de las posibles interpretaciones de la misma que aplicarían los jueces de los distintos Estados.

La preocupación que este documento transmite se refleja en las críticas que los juristas del *common law* han expresado acerca de la falta de certeza en relación con el concepto de la buena fe, porque se desconoce la noción de la buena fe que debería aceptarse como principio de derecho privado europeo⁽⁶⁾.

En los países de tradición codicista también han surgido dudas similares acerca del rol que la buena fe debería cumplir en el futuro del derecho privado europeo⁽⁷⁾.

2. Sin embargo, hay que reconocer que la actitud existente en los países del *common law* contraria al principio de buena fe —que a veces se expresa en términos de innecesariedad⁽⁸⁾ o de indiferen-

Hague, 2002, 393. V. anche PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., I, 62.

(6) Vedi COLLINS, *The Law of Contract* 3, London, 1997, 251 Ed. anche FARNSWORTH, *The Concept of Good Faith in American Law*, Collana del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1993, 3.

(7) Vedi il saggio di HESSELINK, *The Concept of Good Faith*, in HARTKAMP et al (eds.), *Toward a European Civil Code*3, Nijmegen, 2004, 471.

(8) Invece di cercare di introdurre un "general ethical imperative" è meglio trovare le soluzioni già offerte dal diritto positivo: BRIDGE, *Good Faith in Commercial Contracts*, in BROWNSWORD, HIRD, HOWELLS (eds.), *Good Faith in Contract. Concept and Context*, Dartmouth, 1999, 131. V. anche DE VITA, *Buona fede e Common law, attrazione non fatale nella storia del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., I, 484.

cia⁽⁹⁾— parece haberse atenuado⁽¹⁰⁾ cuando no es rechazada de plano⁽¹¹⁾.

Como ya hemos observado, el principio de buena fe ya está presente en el derecho comunitario a través de la reglamentación de los contratos celebrados con los consumidores, y, en este ámbito, también es un concepto jurídico del derecho inglés (ver la *Fair Trading Act* de 1973 y los *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999).

Resulta entonces necesario proceder a una revisión del “*acquis communautaire*” a fin de determinar qué significado específico debe atribuirse a la buena fe prevista en las normas comunitarias.

La citada Directiva de 1999 no contiene una definición de buena fe, pero su considerando 16º advierte que el vendedor o el proveedor deben comportarse en forma correcta y equitativa con el consumidor, tomando en cuenta los legítimos intereses de éste.

Esta fórmula —reflejada en la literatura jurídica de la Europa del *civil law* y en la literatura inglesa⁽¹²⁾— llama la atención sobre dos elementos: “tomar en cuenta” y “legítimos intereses”.

Pueden ser considerados legítimos los intereses que merecen protección jurídica, pero también, en un sentido más amplio, aquellos razonablemente apreciables⁽¹³⁾.

(9) La posizione “neutral” è esposta e criticata da BROWNSWORD, *Positive, Negative, Neutral: the Reception of Good Faith in English Law*, in BROWNSWORD, HIRD, HOWELLS (eds.), *Good Faith in Contract*, cit., 21.

(10) Vedi NEHF, *Bad Faith and Breach of Contract in Consumer Transactions*, in BROWNSWORD, HIRD, HOWELLS (eds.), *Good Faith in Contract*, cit., 137, e O’CONNOR, *Good Faith in English Law*, Dartmouth, 1999, 100.

(11) (10) BROWNSWORD, *Two Concepts of Good Faith*, in *Journal of Contract Law*, 1994, 197: “Il diritto inglese dei contratti ha urgente bisogno di un’esplicita dottrina della buona fede che renda possibile negoziare in maniera più aperta e ragionevole e affrontare le molte manifestazioni di malafede che si riscontrano nella pratica commerciale. V. anche MASON, *Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing*, in *Law Quarterly R.* 2000, 94.

(12) (11) Vedi BROWNSWORD, *Two Concepts of Good Faith*, cit., 49: “each party must respect the legitimate interests of the other contracting party (as defined by a co-operative ideal of contracting)”. V. anche Daniel FRIEDMANN, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*, in BEATSON a. FRIEDMANN (eds.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 400.

(13) (12) Sulla nozione di “legitimate interests” vedi MICKLITZ, *Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts*, in KRÄMER, MICKLITZ, TONNER (eds.), *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order, Liber amicorum Norbart. Reich*, Baden-Baden, 1997, 245.

“Tomar en cuenta” indica una clara diferencia entre el deber de buena fe y las obligaciones contractuales en las que el interés del deudor está subordinado al interés del acreedor, el cual debe satisfacerse hasta el límite de lo factible. Así, según el código italiano, el deudor que no cumple con la prestación incurre en responsabilidad a menos que pruebe que el cumplimiento ha devenido imposible (art. 1218). Tomar en cuenta, por el contrario, significa que una parte debe salvaguardar el interés de la otra en el contexto de un sacrificio apreciable. Esta noción de buena fe implica deberes de cooperación en la ejecución del contrato y deberes de corrección en su formación.

Como lo indica la Directiva antes citada, la corrección implica el deber de una parte de no imponer condiciones irrazonablemente desfavorables a la otra parte, aprovechando su mayor capacidad de negociación. La determinación de hasta qué punto este deber puede trasladarse al contexto general contractual europeo constituye una cuestión abierta. El problema reside en la admisibilidad de un control substancial del contenido del contrato por parte del juez y, en última instancia, en la relevancia del principio de justicia contractual en un sistema de mercado libre⁽¹⁴⁾.

Dejando de lado otros deberes precontractuales basados en la buena fe⁽¹⁵⁾, examinemos ahora la corrección en relación con el deber de información.

La corrección de una parte en la formación del contrato —se puede decir— implica el deber de tomar en cuenta el interés de la otra en recibir una adecuada información sobre el contrato a celebrar. Pero, aquí la buena fe encuentra su principal objeción, a saber, que semejante deber obligaría a la parte contratante a dar información sobre los factores que inciden en la conveniencia del contrato y que, por ejemplo, se relacionan con la evolución del mercado.

Sulle “reasonable expectations” delle parti v. anche WIGHTMAN, *Good Faith and Pluralism in the Law of Contract*, in BROWNSWORD, HIRD, HOWELLS (eds.), *Good Faith in Contract*, cit., 41.

(14) (13) Vedi MEKKI and KLOEPFER-PELÈSE, *Good Faith and Fair Dealing in the DCFR*, in ERCL (*European Review of Contract Law*), 2008, 338.

Sul collegamento della buona fede con i valori costituzionali degli Stati membri europei, vedi COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice*, ivi, 2006, 167.

(15) (14) Il dovere d’informazione, tra l’altro, può concernere i rimedi spettanti alle parti. Su questo aspetti v. ROPPO, *L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 761.

En relación con esto, los juristas ingleses evocan un pasaje del *De officiis* de Cicerón, en el cual (3.12) el autor describe el caso imaginario de un comerciante de trigo que tiene la oportunidad de vender su mercadería en Rodas a un precio muy alto porque la isla está devastada por la carestía, pero, sabe que grandes cantidades de trigo han sido enviadas desde Alejandría hacia Rodas. ¿Debe el comerciante informar a los clientes de Rodas que el precio del trigo pronto volverá a estar en los niveles normales y que por ello les conviene esperar? Para Cicerón la respuesta es afirmativa porque según el derecho natural (*secundum natura*) nadie puede aprovecharse de la ignorancia del otro⁽¹⁶⁾.

Los juristas ingleses ven en la respuesta de Cicerón una solución que corresponde al principio de buena fe de sello continental y señalan que, en un caso similar, un comerciante inglés no estaría obligado a revelar la inminente caída del precio de sus productos. Asimismo se presentan otros casos para subrayar la diferencia existente entre el derecho inglés y los regímenes jurídicos de tradición codicista con relación a la buena fe y a los deberes de información⁽¹⁷⁾.

3. Al exponer la postura “clásica” del derecho inglés se ha observado que el sistema inglés y el francés divergen ampliamente en cuanto a la existencia de un deber general de información⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, la magnitud de esta diferencia debe ser considerada a la luz de un concepto claro de buena fe.

Volviendo a la pregunta de Cicerón, es dable considerar que la respuesta es negativa no sólo para los juristas ingleses sino también para los civilistas de la Europa continental.

En efecto, la buena fe no exige dar información sobre la “conveniencia” del acuerdo. En un sistema de libre mercado, cada parte con-

(16) Su questo passo vedi SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 20.

(17) NICHOLAS, in HARRIS a. TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 167, e GOODE, *The Concept of Good Faith in English Law*, in *Collana del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 1992, 10.

(18) NICHOLAS, *cit.*, 187. Sulla diversità dei due sistemi v. anche Pierre LEGRAND jr., *Pre-contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1986, 322, e Van ERP, *The Pre-contractual Stage*, in HARTKAMP et al (eds.), *Toward a European Civil Code*, *cit.*, 363.

Un'utile verifica comparativa dei sistemi contrattuali europei sul piano giurisprudenziale è condotta in ZIMMERMANN a. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

tratante tiene un interés considerable en aprovechar las condiciones favorables del momento. Por otro lado, cualquiera que desee celebrar un contrato debe tomar en cuenta el riesgo de que el negocio resulte menos ventajoso de lo esperado.

Pero si una parte no debe informar a la otra sobre la conveniencia del acuerdo, entonces ¿qué información está obligada a dar según el principio de buena fe?⁽¹⁹⁾ Al margen de las obligaciones específicas de dar información impuestas por ciertas normas imperativas, ¿hasta qué punto puede admitirse el deber de información en las tratativas contractuales?⁽²⁰⁾

El deber de información parece tener que admitirse cuando una parte, en razón de su posición, está en condiciones de conocer elementos que afectan a los bienes y servicios ofrecidos y que son objetivamente relevantes para el contrato.

Estos elementos, en principio, son las causas de invalidez y de ineficacia del contrato. Existe una disposición específica al respecto en el Código Civil italiano (art. 1.338). Pero incluso en ausencia de una disposición expresa, el deber de informar las causas de invalidez o de ineficacia del contrato emana del principio de buena fe, como un interés legítimo de la otra parte en evitar la celebración de un contrato cuya validez o eficacia puede ser impugnada en todo o en parte.

Con respecto al objeto del contrato —bienes y servicios—, el *Draft Common Frame of Reference* prevé un amplio deber de información que hace referencia al deber comercial (*business duty*) de dar al consumidor aquella información sobre bienes y servicios que el consumidor

(19) Sulla varietà degli scopi perseguiti dal dovere d'informazione vedi WILHELMSSON and TWIGG-FLESNER, *Precontractual Information Duties in the Acquis Communautaire*, in *ERCL (European Review of Contract Law)*, 2006, 441.

(20) SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 805, nota che mentre i fallimenti del mercato danno causa ad interventi legislativi anche nelle relazioni commerciali, la rimozione di ogni asimmetria informativa nei rapporti tra imprenditori potrebbe portare ad un pregiudizio collettivo. Il concetto è ribadito da Sirena in *Responsabilità precontrattuale e obblighi informativi*, in FREDIANI e SANTORO (a cura di), *L'attuazione della direttiva MiFID*, Milano, 2009, 101.

Questa prospettiva è evidente in GRUNDMANN, *La struttura europea dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 395, il quale nota che con una certa generalizzazione è possibile dire che trarre vantaggio dell'asimmetria informativa può essere il maggior incentivo per creare una valida informazione economica. V. anche GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e dir. privato*, 2001, 276.

promedio necesita para celebrar el contrato de manera responsable. La información incluye las principales características de los bienes y servicios, la identidad y la dirección del empresario, etc. (3.102)⁽²¹⁾.

Al margen de los contratos con los consumidores, no resulta posible formular hipótesis alguna sobre la existencia de una obligación jurídica de brindar información sobre los bienes y servicios que se ofrecen. Si bien el vendedor y el proveedor tienen interés en brindar todas la información posible para convencer a la clientela, la reticencia al respecto no parece generar responsabilidad alguna, salvo en caso de reticencia fraudulenta.

El vendedor y el proveedor están obligados a dar información sobre los bienes y servicios ofrecidos, pero sólo en relación con los vicios ocultos de los mismos. La violación de este deber impone el resarcimiento del daño, además de los remedios contractuales. El vendedor y el proveedor también tienen que informar acerca de la peligrosidad de los bienes y servicios. En este caso también pueden dar lugar a que entren en juego los remedios contractuales y a tener que resarcir el daño.

La información omitida puede asumir una relevancia específica cuando los bienes y servicios son los previstos en el contrato pero no satisfacen las legítimas expectativas del comprador o del usuario. El problema surge cuando, por ejemplo, el bien no está viciado pero no resulta idóneo para cumplir el uso específico para el cual el comprador lo adquirió.

De acuerdo con la Directiva relativa a la venta de bienes de consumo (1999/44/CE), el vendedor debe entregar bienes que sean apropiados para cumplir los objetivos particulares que el comprador ha dado a conocer al vendedor y que éste ha aceptado (art. 22 b).

Por lo tanto, si el vendedor no prometió la calidad específica que le interesa al comprador, no hay incumplimiento. Sin embargo, el vendedor que vende el bien que carece de esa calidad, no tiene en cuenta las expectativas del comprador que son legítimas si ha hecho conocer al vendedor el objetivo para el cual tiene la intención de comprar ese bien.

Entonces, si se excluye que la falta de calidad que el comprador espera obtener constituye un incumplimiento del contrato, es preciso

(21) Vedi HOWELLS, *Consumer Concepts for a European Code?*, in SCHULZE (ed.), *New Features in Contract Law*, Kempten, 2007, 119.

admitir que, de todas formas, el vendedor ha violado el principio de buena fe. De manera general, puede decirse que si una parte informa a la otra la finalidad para la cual pretende adquirir el bien o valerse del servicio ofrecido, el vendedor y el proveedor deben indicarle que el bien o el servicio son inútiles para tal fin.

La relevancia que de esta forma se le reconoce a la inutilidad de los bienes y los servicios para cumplir un objetivo particular del contratante, no compromete el principio de la seguridad del contrato por cuanto el fin particular es informado a quien vende el bien o brinda el servicio.

La oposición de los juristas ingleses a este asunto parece mostrar signos de un cambio de mentalidad. En un caso mencionado en un ensayo reciente, el cliente había solicitado un dispositivo eléctrico para cumplir un cierto propósito, pero el artefacto no resultó apto a esos efectos. El autor del ensayo considera que está fuera de discusión que el cliente tendría que haber sido informado de que el dispositivo no le sería útil⁽²²⁾.

La buena fe no exige informar a la otra parte sobre el futuro de los bienes o de los servicios.

Por ejemplo, la circunstancia que, en breve ingresarán en el mercado bienes tecnológicamente más avanzados, es una de las que influyen en la conveniencia del negocio y cuya ignorancia cada contratante debe asumir a su propio riesgo.

Dejar la información sobre la conveniencia del negocio al margen de los deberes precontractuales es una condición absoluta de coexistencia del principio de buena fe con los cánones de un sistema basado en la libertad contractual y en la competencia⁽²³⁾.

En pocas palabras, la buena fe requiere que una parte informe a la otra las causas que pueden invalidar o hacer ineficaz el contrato, los vicios de los bienes o del servicio, y la ausencia o la presencia de atributos que pueden hacer que los bienes o los servicios no sean aptos para satisfacer las legítimas expectativas del cliente, pero no exige comunicar los elementos relativos a los aspectos económicos de la transacción.

Delimitada en estos términos, la buena fe no pone en peligro el sistema jurídico basado en el principio de la libertad de iniciativa eco-

(22) NICHOLAS, cit., 187.

(23) Vedi RENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuale: il problema economico*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 675.

nómica⁽²⁴⁾. Por un lado, aquélla permite que la autonomía de las partes determine el contenido del contrato y saque provecho del conocimiento de las condiciones favorables del mercado. Por el otro, satisfaca una exigencia primaria de un sistema de libre mercado, a saber, que la negociación se lleva a cabo correctamente y que se llega al acuerdo sobre la base del consenso informado de las partes⁽²⁵⁾.

(24) Per una valutazione critica del dovere d'informazione quale attentato alla libertà contrattuale vedi FAGES, *Pre-contractual Duties in the Draft Common Frame of Reference — What Relevance of the Negotiation of Commercial Contracts?*, in *ERCL (European Review of Contract Law)*, 2008, 304,

Sulla difficile linea distintiva tra libertà contrattuale e correttezza, vedi LURGER, *The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice and Market Rationality*, *ivi*, 2005, 442,

(25) L'importanza dell'informazione nel moderno diritto dei contratti è sottolineata dal GRUNDMANN, *The Structure of the DCFR-Which Approach for Today's Contract Law*, *ivi*, 2008, 238.

LA ETAPA PRECONTRACTUAL

Por Horacio ROITMAN⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. La actualidad en materia de contratos. 1.2. Sistema del Código Civil. 1.3. Nuevas formas contractuales. 2. Etapa de formación del contrato. 2.1. La oferta. 2.2. Aceptación. 2.3. Etapa precontractual. 3. Efectos de esta modalidad. 4. Regímenes de responsabilidad en el Código Civil. 4.1. Prescripción. 4.2. La extensión del resarcimiento. 4.3. Divisibilidad de las obligaciones. 5. Responsabilidad precontractual. 5.1. La naturaleza de la responsabilidad precontractual. a) Teoría clásica: contractual. b) Teoría actual: extracontractual. 5.2. Particularidades. a) Principales casos. b) Presupuestos. c) Extensión de la reparación. 6. Los deberes en la negociación. 6.1. Información. 6.2. La buena fe. 6.3. El abuso de derecho. 7. Los efectos y la responsabilidad precontractual.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La actualidad en materia de contratos

El moderno derecho de los contratos persigue como objetivo esencial obtener reglas homogéneas que respondan al funcionamiento de una economía global como en la que vivimos⁽²⁾.

Se tiende a superar la discontinuidad jurídica provocada por la división política de los Estados, mediante un derecho uniforme y espontáneo (*lex mercatoria*), que acerque los usos del comercio con la jurisprudencia recomponiendo la relación entre el derecho y la economía⁽³⁾.

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ex Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y Fiscal de Estado de la Provincia.

(2) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 28.

(3) GALGANO, Francesco, *La globalización en el espejo del Derecho*, trad. Horacio Roitman y María de la Colina, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 34.

Existen así numerosos intentos de reglas comunes, especialmente en materia contractual como ser: (a) Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (b) Proyecto Mc Gregor (*common law*) (c) Principios sobre los contratos comerciales UNIDROIT (d) Principios de Derecho contractual de la Comisión Lando (e) Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (f) Principios del derecho latinoamericano de los contratos, entre otros.

1.2. Sistema del Código Civil

Según el artículo 1137 Cód. Civil, *hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*. Según este concepto, que Vélez toma de Savigny, lo más importante es el concurso de voluntades⁽⁴⁾.

Sin embargo, esa voluntad común no surge *de un prodigio metafísico ni de una manera instantánea, sino que requiere un período de gestación, que es el proceso de formación del contrato*⁽⁵⁾.

1.3. Nuevas formas contractuales

En el tráfico de bienes en la actualidad, tienen lugar los contratos masivos, cuasi-impersonales, no negociados.

Es una necesidad impuesta por la vida moderna utilizar formularios preimpresos, ya que resulta antieconómico que una empresa se permita discutir y negociar cada cláusula con cada cliente. Es preciso utilizar cláusulas prerredactas, estudiadas previamente⁽⁶⁾.

Lo que ocurre en estos *contratos no negociados*, es que su conclusión no va precedida por una discusión del posible contenido sino que las cláusulas del contrato no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas o rechazadas⁽⁷⁾.

(4) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil. Contratos*, 2ª ed., La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 12.

(5) BARBIER, Eduardo, *Tratativas preliminares y responsabilidad precontractual*, La Ley, 1993-D, 1081.

(6) ÁLVAREZ, Agustín – CORNET OLIVA, Victoria, “Cláusulas abusivas: soluciones de derecho comparado”, en *Liber amicorum Luis Moisset de Espanés*, T. I, Advocatus, Córdoba, 2010, p. 207.

(7) DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, T. I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 347.

2. ETAPA DE FORMACIÓN DEL CONTRATO

Fuera de la contratación masiva o mediante formularios, propia de la sociedad de consumo existe todavía una amplia franja dentro de la cual la discusión precontractual es importante, y que en definitiva se concreta en el negocio definitivo.

Ello se compone de varios pasos, que en el derecho civil argentino conserva un perfil clásico derivado del derecho francés, que no ha sufrido grandes modificaciones en los 140 años de vigencia.

Esos pasos previos, al igual que en la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos se compone de (i) la oferta (ii) la aceptación, y (iii) entre medio de ellas una etapa de discusión (los *pourparler*), que cada día han adquirido mayor relevancia, producto de las complejas negociaciones de la vida moderna (enajenación de establecimientos comerciales, empresas en marcha, proyectos llave en mano, obras de gran porte, etc.).

2.1. La oferta

La oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a otra para celebrar un contrato⁽⁸⁾.

Art. 1148. Según el artículo 1148 Cód. Civil, para que haya oferta, *ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos.*

Es necesaria la intención de concluir un contrato. Deber ser suficiente para que la otra parte emita sin más la aceptación⁽⁹⁾. Por lo que si la otra parte “devuelve” la oferta con alguna modificación u otra proposición, se tratará en realidad de una nueva oferta.

2.2. Aceptación

La aceptación constituye la manifestación de voluntad con la cual el destinatario de la oferta expresa su adhesión⁽¹⁰⁾. La aceptación de la oferta consuma el acuerdo de voluntades⁽¹¹⁾.

(8) BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil. Contratos*, 21ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 41.

(9) CIFUENTES, Santos, *Código Civil*, comentario al art. 1148.

(10) APARICIO, Juan Manuel. *Contratos I. Hammurabi*, Buenos Aires, 1997, p. 265.

(11) BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho civil. Contratos*, 21ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 46.

Como explicamos anteriormente, debe consistir en una aceptación sobre la oferta tal cual fue expresada, sino se trataría de una contraoferta (1152 Cód. Civil).

2.3. Etapa precontractual

Antes del perfeccionamiento del contrato, e incluso antes de que se realice formalmente la “oferta”, existe un período en el que las partes intercambian sus expectativas e intereses⁽¹²⁾ con miras a celebrar ese contrato.

Es cierto que por la dinámica moderna de la contratación, caracterizada por la celeridad y la masificación⁽¹³⁾, existen numerosísimos casos en los que esta etapa previa no existe. Se trata de contratos no negociados, que carecen de esta etapa previa⁽¹⁴⁾.

Durante esta fase —que llamaremos *etapa precontractual*— las partes realizan sondeos, averiguaciones, discusiones e intercambios de información⁽¹⁵⁾. También analizan, consideran, valoran, aprecian y estiman el contenido de una posible convención que pueda llegar a vincularlas⁽¹⁶⁾.

Por el solo hecho de relacionarse o entrar en contacto no están obligadas a mantenerse en las tratativas ni tampoco a celebrar el contrato. Esto es una consecuencia lógica del principio de la autonomía de la voluntad⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, aunque las partes no estén vinculadas contractualmente, asumen determinados deberes que los obligan a observar en sus tratos la lealtad y la buena fe⁽¹⁸⁾.

(12) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 287.

(13) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social. Tecnología y derecho privado (dos esbozos)*, 2ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1987, p. 44.

(14) FARINA, Juan M. *Contratos negociados y contratos no negociados*, La Ley, 1993-A, 853.

(15) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuelle, *La nueva responsabilidad precontractual*, artículo inédito, facilitado por el autor.

(16) LEIVA FERNÁNDEZ, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*, T. I, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 562.

(17) NICOLAU, Noemí L. *Fundamentos de Derecho Contractual*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 124.

(18) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, T. I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 271.

En las contrataciones complejas, una modalidad universalmente aceptada, y derivada del derecho anglosajón, es la que comienza con una “carta de intención”, o “manifestación de interés”, que contiene en sí misma una serie de compromisos, cuyas consecuencias son importantes.

Dicha carta de intención en general contiene:

- i. cláusula de confidencialidad;
- ii. el régimen al que se someterá la negociación previa;
- iii. la realización de una auditoria, para establecer las posibles contingencias, pasivos ocultos, y el estado general del negocio;
- iv. la forma de establecer el precio, si es que no se establece uno de antemano sujeto a los resultados de la auditoria,
- v. el ofrecimiento de compra y la forma y plazos para materializarlo (en realidad la verdadera *oferta* que referíamos recién);
- vi. las condiciones de discusión una vez formulada;
- vii. la aceptación;
- viii. el contrato definitivo;
- ix. la inclusión normalmente de una cláusula compromisoria, sometiendo el contrato a arbitraje.

3. EFECTOS DE ESTA MODALIDAD

La modificación más importante al régimen tradicional de celebración de los contratos está dada por esta compleja forma de negociación, derivada de la no menos complejidad de los negocios y la dimensión que ellos han adquirido en la vida moderna.

¿Dónde situarlos?, en regímenes que no han sufrido modificación a las reglas tradicionales. Las prácticas del comercio, y algunas decisiones jurisprudenciales aisladas han establecido algunas consecuencias, todas las cuales repercuten en el sistema de responsabilidad (por incumplimiento contractual, *rectius* “precontractual”? que en sí mismas constituyen una aplicación de los principios tradicionales.

Comenzamos por señalar que en nuestro ordenamiento no hay prevista consecuencias patrimoniales por los actos realizados durante la etapa precontractual.

Cabe preguntarse entonces, donde ubicar esta nueva responsabilidad precontractual, y cuales los efectos que se derivan de estas negociaciones previas.

4. REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1107 Cód. Civil establece la dualidad de regímenes de responsabilidad: la responsabilidad será contractual u obligacional cuando derive de la violación a una obligación preexistente⁽¹⁹⁾, mientras que la violación al deber general de no dañar generará responsabilidad extracontractual⁽²⁰⁾.

Las principales diferencias entre ambos regímenes son:

4.1. Prescripción

Según el Código Civil las obligaciones contractuales prescriben a los diez años (art. 4023 Cód. Civil) y las derivadas de fuentes extracontractuales a los dos (art. 4037 Cód. Civil).

4.2. La extensión del resarcimiento

En el caso del incumplimiento contractual, la reparación se extiende hasta las consecuencias inmediatas del obrar del agente que actúa culposamente, mientras que si su actuar fuera doloso, comprende también a las mediatas (art. 520 y 521 Cód. Civil).

En cambio, cuando la obligación violada fuera de fuente extracontractual, sean los hechos ilícitos culposos o dolosos se responderá siempre por las consecuencias inmediatas y de las mediatas, las previsibles (art. 903 y 904 Cód. Civil).

4.3. Divisibilidad de las obligaciones

Según el régimen del Código Civil, cuando haya pluralidad de coautores o partícipes, éstos responderán solidariamente si la obligación violada fuera de fuente extracontractual (arts. 1081 y 1109 Cód. Civil), mientras que si éstos incumplieran una obligación contractual la responsabilidad será simplemente mancomunada (arts. 675 y 691 Cód. Civil).

(19) Conf. Santos CIFUENTES (director) – Fernando A. SAGARNA (coordinador), *Código Civil. Comentado y anotado*, 2ª ed., T. II, La Ley, Buenos Aires, p. 474.

(20) Ramón D. PIZARRO – Carlos G. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 651.

Sin embargo, por expresa disposición legal o convencional inequívoca (art. 701 Cód. Civil), las obligaciones derivadas de la responsabilidad contractual puede convertirse en solidaria (art. 699 Cód. Civil).

5. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Surge por el daño provocado durante las tratativas precontractuales por la violación a un deber.

La responsabilidad precontractual trata principalmente sobre el problema de la distribución de las incertidumbres y costos de la negociación⁽²¹⁾.

5.1. La naturaleza de la responsabilidad precontractual

a) Teoría clásica: contractual

La teoría clásica, consideraba que tanto la oferta (von Ihering), como las tratativas previas y la negociación (Faggella), quedaban comprendidas en la etapa contractual⁽²²⁾.

Por tal motivo, la responsabilidad derivada de la violación a una obligación de la etapa precontractual, tenía naturaleza contractual.

b) Teoría actual: extracontractual

En realidad, cabe recordar que el primer requisito para que haya responsabilidad contractual, es la existencia de un contrato válido.

Entonces, cuando existe violación a un deber en la etapa de negociación, mal puede haber responsabilidad contractual, si todavía el contrato no existe.

La doctrina actual considera con razón que se trata de una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

(21) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 312.

(22) Ver por todos: MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André, *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, T. I.1, trad. de la 5ª ed. Luis Alcacá-Zamora y Castillo, EJE, Buenos Aires, 1961, p. 166. Aquí hay citas de todos los exégetas franceses y autores italianos del s. XIX sobre las distintas posturas.

Incluso ha sostenido la Corte de Casación italiana⁽²³⁾, que existe responsabilidad de tipo precontractual (de naturaleza extracontractual) en el caso en que habiéndose perfeccionado un contrato, uno de los co-contratantes, haya causado al otro algún daño derivado de su mala fe en el momento de la formación del contrato. Es decir que la obligación de resarcir subsiste en el caso de ruptura de tratativas, o cuando las partes hayan concluido el contrato⁽²⁴⁾.

Se trata de una fuente de obligaciones y no de una falta en el cumplimiento de una obligación preexistente, por lo que su naturaleza es extracontractual⁽²⁵⁾.

5.2. Particularidades

a) Principales casos

La responsabilidad precontractual, se da principalmente en los casos de: (1) abandono arbitrario de las negociaciones; (2) retractación de la oferta; (3) incumplimiento de los deberes precontractuales; (4) daños a la persona derivado de prestaciones precontractuales.

b) Presupuestos

Resulta útil sistematizar los presupuestos necesarios para que exista responsabilidad contractual. Estos son:

- Lapso de negociación: es aquél en el que las partes proponen y discuten sobre las posibilidades y alternativas de una eventual contratación.
- Expectativa razonable: es fundamental que la conducta desplegada por los contratantes sea razonablemente generadora de una expectativa tal que lleve a considerar que las negociaciones arribarán a un contrato.
- Que la expectativa haya servido de base de actuación.
- Un daño resarcible: sin daño, no hay responsabilidad civil, ya que el daño es el elemento activante de la tutela resarcitoria. Además, *el daño a resarcir debe haber sido originado por la situación de con-*

(23) Cass., 29/09/2005, N° 19.024.

(24) GUASTALLA, Emanuelle Lucchini, *La nueva responsabilidad precontractual*, artículo inédito, facilitado por el autor.

(25) BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho civil. Contratos*, 21ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 46.

fianza y guardar con ella una estrecha relación, por lo que no son resarcibles los gastos especulativos⁽²⁶⁾.

c) *Extensión de la reparación*

No puede reclamarse el cumplimiento, porque no se trata de una acción contractual.

Lo que debe resarcirse es la frustración de una expectativa razonable de que el contrato se celebraría⁽²⁷⁾. También deben indemnizarse los gastos —justificados— en los que haya incurrido quien razonablemente creyó que el contrato se celebraría.

Impera como principio rector la reparación integral. No existe motivo alguno para excluir ningún rubro, en la medida en que corresponda según las reglas generales de la responsabilidad civil⁽²⁸⁾.

6. LOS DEBERES EN LA NEGOCIACIÓN

En este apartado desarrollaremos el deber de información, la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, que constituyen en realidad actitudes indispensables de todos los que se desenvuelven de alguna manera en la vida jurídica. No se trata de valores sólo atendibles en la etapa precontractual, sino que deben observarse en toda intervención dentro del plano jurídico y extrajurídico.

6.1. Información

La obligación de informar, en este caso, queda instalada en etapa de tratativas y tiene por objeto que el informado transmita al eventual co-contratante lo que sabe y formule las aclaraciones que sean menester para evitar un consentimiento viciado⁽²⁹⁾.

El contenido del deber se limita a lo que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión⁽³⁰⁾. Este conocimiento es necesario

(26) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 279.

(27) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte General*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 330.

(28) APARICIO, Juan Manuel, *Contratos. I*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 390.

(29) STIGLITZ, Rubén S. *Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo*, JA, 2005-II-1403.

(30) STIGLITZ, Rubén S. *Cláusulas abusivas en las relaciones de consumo*, JA, 2005-II-1403.

para hacer elecciones bien fundadas y estar al tanto todo aquello capaz de influir en su decisión a la hora de contratar el bien o el servicio⁽³¹⁾.

Tiene una gran importancia en el ámbito de las relaciones de consumo y en las relaciones sanitarias⁽³²⁾. Ambas se caracterizan por el desnivel en el conocimiento que existe entre las partes. Tanto el proveedor en las relaciones de consumo, como el médico (o el ente asistencial) en las relaciones sanitarias, cuentan con todos los conocimientos técnicos del objeto de la relación, y tienen la obligación legal de comunicarlos a la otra parte de manera comprensible (art. 4º LDC y arts. 2º, 3º y 4º Ley de Derechos de los Pacientes).

6.2. La buena fe

El principio general de la buena fe exige que las partes no defrauden ni abusen de la confianza⁽³³⁾, que actúen con lealtad recíproca⁽³⁴⁾ y de modo transparente y coherente⁽³⁵⁾.

Durante las negociaciones previas, es fundamental que las partes actúen de buena fe, y quien despliegue conductas de mala fe será responsable de los daños que su actitud cause.

Si bien en el artículo 1198 parece referirse sólo a los contratos, se trata de un principio general del derecho, que debe ser observado en todo momento por todos los actores del campo jurídico⁽³⁶⁾. Incluso de aquí derivan otros principios, llamados secundarios de conducta, como el de cooperación, solidaridad, reciprocidad, trato digno etc.

6.3. El abuso de derecho

El artículo 1071 prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos, y considera como tal *al que contraríe los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*.

(31) ÁLVAREZ, Agustín, *El deber de información del proveedor*, elDial.com, Suplemento de Derecho del Consumidor, Febrero de 2009.

(32) OSSOLA, Federico A. – Carlos G. VALLESPINOS, *La obligación de informar en los contratos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

(33) CNCiv., sala L, 29/11/1996, “Vázquez, Esteban G. v. Huarte Empresa de Cemento Armado”, La Ley, 1997-D, 84.

(34) CNCiv., sala G, 06/03/1998, “Ravelli, Juan C. v. Asociación Mutual El Hogar Obrero”, DJ, 1999-2-451.

(35) CNCom., sala A, 21/05/2003, “Sena, Jorge A. y otro v. Provincia Seguros S. A.”, RCyS, 2004-I-144.

(36) Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, 12ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimpresión 2006, p. 23.

Consideramos que abandonar intempestivamente negociaciones que por sus circunstancias habían sido generadoras de confianza a la otra parte, constituye un abuso de la libertad de contratar.

7. LOS EFECTOS Y LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En este tipo de moderna negociación hay una modificación sustancial de aquella práctica decimonónica basada en la simple “oferta” y su “aceptación”.

Y esta sustancial diferencia está dada en que en esa “carta de intención” o “manifestación de interés”, varias de sus cláusulas constituyen un contrato en sí mismo, o por lo menos una obligación independiente, cuyo incumplimiento trae aparejado consecuencias jurídicas: el cumplimiento del pacto, o el resarcimiento de daños.

Tomemos por ejemplo el “deber de confidencialidad”. La negociación está basada en el secreto de los negocios mercantiles (clientes, facturación, porción del mercado, estrategia de ventas, y hasta la fórmula del producto en algunos casos). El interés en preservar ese ámbito de “reserva o secreto” se traduce en la “cláusula compromisoria”. Ambos en sí mismos son contratos definitivos, susceptibles de ser ejecutados su cumplimiento, y además del reclamo consiguiente de daños y perjuicios.

En otras situaciones, como por ejemplo las derivadas de la “auditoria”, de la “determinación de contingencias”, o el retiro intempestivo de las negociaciones, el límite de la reparación es discutible. Se deben todos los daños y perjuicios, y se puede incluso llegar hasta las consecuencias de los hechos, o por el contrario lo que en doctrina se denomina “daño negativo”, es decir el límite de los gastos incurridos. Es una variada franja en la cual la jurisprudencia debe todavía transitar un largo camino.

En definitiva, en nuestro derecho vigente no hay previsiones sobre responsabilidad precontractual. El sistema reconoce la “existencia” o “inexistencia de contrato”, y por ende, ante la falta de consentimiento que se traduzca en la expresión de voluntad común de las partes destinada a regir sus derechos, la indemnización estará sujeta a las particulares circunstancias del caso integradas con el deber de información, la buena fe y el eventual abuso de derecho en que una de las partes haya incurrido. En el Proyecto de Unificación del Código Civil con el de Comercio de 1998, se preveía la indemnización por el “daño negativo”.

Finalmente quedan las consecuencias extracontractuales derivadas de la actuación de las partes, y que no necesariamente pudieran consistir en el incumplimiento estricto de alguna de las cláusulas que como antes se indicaba pueden constituir un contrato en sí mismo. El incumplimiento en principio será contractual, derivado de una cláusula de esas características, pero podría haber casos en los cuales sin que haya una infracción específica a ese deber, pueda haber inferencias de la negociación, trascendidos no aclarados lo suficientemente, que pueden ocasionar un daño en el negocio. A nuestro juicio, los que resulten imputables a quien los hubiere ocasionado, quedan en el amplio marco de la indemnización debida de todo aquel que por su culpa o negligencia causa un daño a otro.

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR AL CONSUMIDOR: INCIDENCIA DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Por Andrés MARIÑO LÓPEZ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El paradigma de la prevención: derecho de daños y derecho del consumo. 2.1. Las bases del Derecho Privado Moderno. 2.2. El Derecho de Daños y el paradigma de la prevención. 2.3. El Derecho del Consumo y los daños al consumidor. 3. La construcción del paradigma de la precaución. 4. La presencia del paradigma precautorio en el derecho positivo y su expansión en el sistema jurídico. 4.1. La inserción del derecho ambiental en el sistema jurídico. Problemas planteados. 4.2. El principio de congruencia. 4.3. Aplicación de la precaución en el sistema normativo. 4.4. Incidencia especial de la precaución en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo. 5. La obligación de informar en el derecho del consumo y los defectos de información de productos y servicios. 5.1. La obligación de informar al consumidor. 5.2. Los defectos de información en la responsabilidad por productos y servicios defectuosos. 5.3. La información al consumidor desde el paradigma de la prevención. 6. Los cambios en la obligación de informar y nuevos contenidos de los defectos de información. 6.1. La forma de la información: advertencia e instrucciones formalmente correctas. 6.1.1. Información: advertencias e instrucciones. 6.1.2. Corrección formal de la advertencia de riesgo de daños. 6.1.3. La comprensibilidad de la advertencia y la instrucción. 6.2. Nuevos contenidos de la información. 6.2.1. Información específica sobre el riesgo posible. 6.2.2. Información para las acciones posteriores al daño. 6.2.3. Ampliación de los sujetos a informar. 6.2.3.1. Información a todos los consumidores posibles. 6.2.3.2. Información de los riesgos de daños aunque el producto vaya dirigido a profesionales y consumidores expertos. 6.2.4. Ampliación del elenco de sujetos obligados a informar. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

(1) Profesor e investigador de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

*Al Prof. Dr. Ricardo L. Lorenzetti, faro
que guía el Derecho Privado Latinoamericano.*

1. INTRODUCCIÓN

La obligación del proveedor de informar al consumidor es un aspecto básico del Derecho del Consumo. Dicha obligación se encuentra, actualmente, en un proceso de cambios.

La forma, el contenido y el alcance de la obligación de informar se modifican con la finalidad de aumentar la protección al consumidor.

Se diferencia la advertencia de la instrucción, se exige informar a todos los que participan en calidad de proveedores en la relación de consumo, se impone hacer conocer al consumidor el daño específico que causa el producto y las acciones inmediatas a adoptar con posterioridad a su producción.

Este proceso de cambios hacia una mayor protección se encuentra en todo el Derecho del Consumo. Una de las causas principales de dicha dinámica es la incorporación en los sistemas jurídicos del principio precautorio, el cual, ingresa por las normas que regulan (y protegen) el medio ambiente.

En efecto, la introducción del paradigma precautorio en el derecho positivo por las normas de protección del medio ambiente, ha impactado en diversas áreas del sistema jurídico, especialmente en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo. En éste, la incorporación de la precaución en el sistema jurídico ha incidido en diferentes aspectos, produciendo cambios, entre los que se encuentra, la transformación de la forma y el contenido de la obligación de informar.

2. EL PARADIGMA DE LA PREVENCIÓN: DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DEL CONSUMO

2.1. Las bases del Derecho Privado Moderno

El sistema del Derecho Privado moderno, construido sobre las bases del Liberalismo, la Ilustración, el Humanismo y el Racionalismo, se compone de un conjunto de elementos básicos interrelacionados: la propiedad privada individual, la libertad de elección racional, el negocio jurí-

dico como expresión de libertad individual, la lógica contractual de atribución de bienes, la reparación del daño, la prevención del daño cierto⁽²⁾.

Dicho sistema del Derecho privado moderno se configura de acuerdo con los lineamientos básicos del paradigma de la Modernidad con respecto al Conocimiento: (i) la ciencia descubre causalidades y construye leyes explicativas objetivas; (ii) el desarrollo del conocimiento científico conduce al progreso y el bienestar⁽³⁾.

2.2. El Derecho de Daños y el paradigma de la prevención

El sistema jurídico ha debido adaptarse a la realidad que plantea la sociedad posmoderna. Ésta presenta, como una de sus características fundamentales, la multiplicación de los daños a las personas. Los daños se hacen altamente probables, incontrolables e incalculables; asumen nuevas dimensiones en diferentes escenarios⁽⁴⁾.

Las herramientas del derecho privado clásico, y específicamente de la responsabilidad civil como era concebida por éste, fueron insuficientes para hacer frente a los cambios ocurridos.

El paradigma de la responsabilidad civil clásica estaba fundamentado en la sanción al sujeto que había cometido un hecho ilícito, sobre la base de la culpa. Su función principal era sancionar al culpable del hecho ilícito que había producido un daño. Se concebía a la responsabilidad civil como deuda. La reparación de la víctima quedaba en un segundo plano. Era ella quien debía probar el actuar culpable del sujeto que había ocasionado el daño⁽⁵⁾. La responsabilidad civil era una respuesta, ex

(2) SOZZO G. "Riesgo de desarrollo y Sistema de derecho de daños", *Revista Crítica Derecho Privado* N° 5-2008, p. 544.

(3) SOZZO (n. 1), p. 552.

(4) MARIÑO LÓPEZ, A. *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 2005, ps. 30/31. En dicho lugar, se señalan daños relevantes en las sociedades actuales: "contaminación del agua y del aire por el vertido de residuos, incluyendo en esta categoría a la lluvia ácida, el efecto invernadero, la destrucción de la capa de ozono, el envenenamiento del agua potable; accidentes de circulación de transportes en masa por tierra, aire y agua; intoxicación derivada de la ingesta de alimentos industrialmente manufacturados o producidos con procedimientos inadecuados (salmonelosis, pesticidas, vaca loca, etc.); efectos colaterales por consumo de productos químicos; accidentes por fallos técnicos de productos y/o servicios defectuosos; inestabilidad del mercado de cambios; pérdida de empleo por fluctuaciones en el mercado de trabajo, etc. Y a ello se suman la aparición de los riesgos globales: hecatombe del sistema financiero mundial, el estallido de un invierno nuclear, la consolidación de un estado totalitario mundial".

(5) Los trabajos del civilista uruguayo Juan José Amézaga son un claro ejemplo. En efecto, llama Culpa contractual a la responsabilidad contractual, analizan-

post, actuaba cuando el daño ya se había producido. No se consideraban los bienes colectivos, la legitimación para accionar estaba restringida, el daño resarcible se encontraba limitado a un ámbito estrecho⁽⁶⁾.

El Derecho de Daños configura una reforma del derecho privado. Se modifica el eje del sistema regulador de los daños ante la multiplicación progresiva de éstos en las sociedades de las últimas décadas del siglo pasado. La reparación a la víctima pasa a ser el objetivo, dejando atrás el de sancionar al agresor, propio de la etapa anterior. Se busca la prevención del daño, antes que su reparación. Se formulan sistemas alternativos de indemnización.

No obstante, las bases del paradigma moderno con respecto al conocimiento científico continúan en el Derecho de Daños. La causalidad adecuada y la prevención del daño cierto se basan en el conocimiento científico positivo: el daño es producido por la causa probable, ésta es la causa previsible y ésta, a su vez, es la que señale la ciencia (causalidad adecuada). El conocimiento científico determina las relaciones causa-efecto. Como consecuencia, se previene el daño respecto al cual existe certeza científica de su ocurrencia. El Derecho de Daños consagra el *paradigma de la prevención*.

2.3. El Derecho del Consumo y los daños al consumidor

El Derecho del Consumo se construye también como una reforma del Derecho privado. Su objetivo es la protección del consumidor, cuyos derechos se ven vulnerados en la dinámica de la sociedad del consumo. Las herramientas del derecho privado no funcionan adecuadamente en dicho ámbito.

El Derecho del Consumo es una modificación del Derecho privado clásico: mejora del consentimiento, mayor información, ampliación de garantías, reglas especiales de interpretación, control de cláusulas abusivas, responsabilidad objetiva⁽⁷⁾.

El paradigma del Derecho del Consumo es también el de la Modernidad. En efecto, el Derecho del Consumo se sustenta en la racionalidad

do sus diferentes elementos y relaciones. Lo mismo hace en su obra *Culpa Aquiliana*, en la cual estudia a la responsabilidad extracontractual. En definitiva, para él, culpa y responsabilidad son sinónimos.

(6) LORENZETTI, R. L. "La responsabilidad civil", *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 1-2004, ps. 74/79.

(7) CALAIS-AULOY, J. "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *RTD civ.* (2), abril-junio 1994, ps. 239/254.

dad contractual liberal: la información permite al consumidor elegir en forma eficiente. Se impone expresamente la obligación de informar y el control de contenido de las condiciones generales. Con ello, continuando con la perspectiva liberal, el Derecho del Consumo permitiría actuar al consumidor en situación de igualdad con el proveedor, lo cual tendría como consecuencia que el contrato retome la función de asignar en forma eficiente los recursos en el mercado.

El Derecho de Daños ha incido en la regulación de los daños al consumidor. En el Derecho del Consumo, se establece un régimen de mayor protección para el sujeto vulnerable. Así, por ejemplo, se prevé un régimen de responsabilidad objetiva en caso de daños al consumidor y se permite a éste pedir la resolución del contrato si el proveedor incumple la obligación de actuar de buena fe. Pero, no obstante, el conocimiento científico positivo permanece como el sustento básico de su formulación: tienen vigencia la causalidad adecuada y la prevención del daño cierto.

La admisión de la “excepción de riesgo de desarrollo” como eximente de responsabilidad del fabricante por los daños ocasionados por un defecto del producto que no era conocido por la ciencia al tiempo de introducirlo al mercado, es un ejemplo de lo recién expresado.

Si el producto tiene un defecto no conocido por la comunidad científica al momento de ser introducido al mercado, se plantea la responsabilidad o no del proveedor. Por una parte, el proveedor no puede informar porque lo desconoce. Por otra, el consumidor no es informado del riesgo⁽⁸⁾.

El Derecho del Consumo admite la exoneración por la “excepción de riesgo de desarrollo”, con algunas limitaciones en productos sensibles (medicamentos, alimentos). Así se plasma en la Directiva europea de responsabilidad por productos defectuosos (art. 7º lit. e de la Directiva UE 85/374, de 25/07/1985), traspolado con matices a las legislaciones de los países de la UE, y en la Sección 2 *Restatement (Third) of Torts: Product Liability*, el cual recoge la jurisprudencia mayoritaria norteamericana. El proveedor no responde si prueba que no podía conocer el riesgo cierto (certeza científica) de producción de daños en el estado de la ciencia al momento de introducción del producto en el mercado. Si no existe conocimiento accesible sobre la certeza científ-

(8) SALVADOR CODERCH, P. y SOLÉ FELIÚ, J. *Brujos y aprendices*, Marcial PONS, Madrid, 1999, ps. 30/35.

fica de riesgo de producción de daños, el proveedor no está obligado a informar. El producto no es defectuoso por falta de información y el proveedor no es responsable⁽⁹⁾.

Desde el paradigma moderno, que el Derecho del Consumo mantiene, responde quien ha causado el daño según lo haya determinado el conocimiento científico. Si la ciencia no determina la existencia de una conexión causal, no hay responsabilidad. Se previene el daño científicamente cierto. No existe obligación de informar sobre riesgos potenciales o plausibles que la ciencia no ha determinado con certeza.

3. LA CONSTRUCCIÓN DEL PARADIGMA DE LA PRECAUCIÓN

Los pilares básicos de la Modernidad respecto del Conocimiento son controvertidos y entran en crisis. La ciencia no llega certezas absolutas, sino, tan sólo a conclusiones respecto a probabilidades. El conocimiento científico no disminuye los riesgos; los aumenta exponencialmente.

Cae el fundamento central de la modernidad: la ciencia no conduce a un progreso, sino que multiplica los daños y sus riesgos; sólo llega a conclusiones relativas.

Se producen dos cambios paradigmáticos en la conceptualización del conocimiento: (i) el “avance” científico-tecnológico conlleva destrucción; (ii) la ciencia moderna se limita a juicios probabilísticos⁽¹⁰⁾.

En el ámbito jurídico, y particularmente en el sistema de Derecho de daños, las nuevas bases del conocimiento científico producen la crisis de la “prevención del daño cierto”, cuyo postulado central es la inhibición de las conductas que, de acuerdo con el conocimiento científico, produzcan daños. Como consecuencia, el paradigma de la prevención es puesto en cuestionamiento, al ser socavadas las bases del conocimiento científico sobre el cual se construye.

(9) El producto puede contener defectos de fabricación, de diseño, de información y de conservación. Sobre dichos aspectos, véase: MARIÑO LÓPEZ, A. “Responsabilidad por daños en el Derecho del Consumo”, *Anuario Derecho Civil uruguayo* T. XXXVI, ps. 662/663; SALVADOR CODERCH, P. – PIÑEIRO SALGUERO, J. – RUBÍ PUIG, A. “Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, N° 4/2007, p. 17.

(10) BECK, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998, ps. 60 ss.; HERMITTE, M. A. “Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo. Un análisis de U. Beck”, en SOZZO, G. (coord.), *El Gobierno de los riesgos*, Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 2007, ps. 21/40; SOZZO (n. 1), p. 544.

Si la ciencia no puede determinar con certeza los riesgos de daños, entonces se deben impedir las conductas que sean causa plausible o potencial de éstos.

Se construye el *paradigma de la precaución*, el cual sustituye al paradigma de la prevención.

Se debe impedir la acción que sea causa probable de daños para una parte relevante de la comunidad científica (riesgo plausible o potencial), aun cuando no exista certeza sobre ello⁽¹¹⁾.

En conexión con lo anterior, otro postulado central del paradigma de la prevención entra en crisis: la teoría de la causalidad adecuada. Según dicha postura, la causa que produce el daño es la más probable y ésta es la previsible de acuerdo con el conocimiento científico. Sin embargo, como se indicó, la ciencia no puede determinar con certeza que un hecho causa un efecto, sino sólo probabilidades que ello ocurra.

Surge, entonces, la teoría de la causalidad verosímil o probable. De acuerdo con ella, para la imputación causal basta la causa plausible o potencial para una parte significativa de la comunidad científica⁽¹²⁾. No es necesaria una certeza científica total respecto a que un determinado hecho produce daños para imputar causalmente la responsabilidad civil.

4. LA PRESENCIA DEL PARADIGMA PRECAUTORIO EN EL DERECHO POSITIVO Y SU EXPANSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO

La precaución ingresa al derecho positivo por la puerta que abre la regulación del medio ambiente. Las particularidades que éste presenta generan la construcción de un subsistema normativo construido sobre nuevas bases⁽¹³⁾. La inserción de un subsistema normativo ambiental con regulaciones especiales diferentes a las reglas generales

(11) Sobre principio de precaución, véase NOIVILLE, C. "Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno al principio de precaución", en SOZZO, G. (coord.), *El Gobierno de los riesgos*, Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 2007, ps. 51/67; HERMITTE, M. A. "Fundación jurídica de una Sociedad de las Ciencias y de la Técnica a través de las Crisis y los Riesgos", en DÍAS VARELA, M. (org.), *Derecho, sociedad y riesgos: la sociedad contemporánea vista a través de la idea de riesgo*, Rev. Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de los riesgos, UniCEUB-UNITAR, Brasilia, 2007, ps. 37/40.

(12) SOZZO (n. 1), p. 560.

(13) MARIÑO LÓPEZ, A. "Bases del Derecho de Daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina", *Anuario Derecho Civil uruguayo* T. XXXVII, ps. 652/658; DÍAZ FERNÁNDEZ, HUGO S. "Aspectos básicos de la responsabilidad por daño ambiental en el derecho uruguayo", *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 3-2006 ps. 727/740.

del sistema jurídico genera el problema de la falta de coherencia de éste. En efecto, si existe una determinada regulación especial para el ámbito medioambiental, una solución coherente es que en otros ámbitos se den regímenes similares a aquél.

Entre dichos aspectos especiales de la normativa sobre el medio ambiente se encuentra, precisamente, la precaución. Ésta ingresa al derecho positivo por la regulación medioambiental y, en algunos países, como en España, según se verá *supra*, se extiende a ciertos aspectos del Derecho del consumidor.

La interrogante se plantea para el operador jurídico: si una conducta puede ser inhibida por la probabilidad que ocasione daño al medio ambiente, aún sin certeza científica total sobre ello, otras conductas que presentan un similar grado de certeza científica de ocasionar daños, también deben ser impedidas.

4.1. La inserción del derecho ambiental en el sistema jurídico. Problemas planteados

El Derecho ambiental se construye sobre bases diferentes a las del Derecho del Consumo y del Derecho de Daños. Como se indicó, estos últimos surgen como reformas del derecho privado, que lo adecuan a los cambios sociales, pero lo mantienen intacto en su estructura.

Por su parte, el Derecho ambiental, edificado sobre un nuevo paradigma, se conforma por un conjunto de elementos diferentes a los del derecho privado clásico: bienes colectivos⁽¹⁴⁾, legitimación colectiva⁽¹⁵⁾, acciones colectivas⁽¹⁶⁾, generaciones futuras⁽¹⁷⁾, pre-

(14) Se considera al medio ambiente como un bien colectivo: no es de nadie en particular, sino de todos los individuos (En el derecho uruguayo: art. 47 Constitución de la República; arts. 1, 2 y 3 L. 16.466, de evaluación de impacto ambiental, de 19/01/1994; art. 3° L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

(15) Se expande la legitimación activa ante daños colectivos a cualquier individuo, organizaciones sociales, instituciones públicas y privadas (En el derecho uruguayo: arts. 42 y 202 CGP; art. 6° lit. D, L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

(16) En concordancia, son admitidas las acciones colectivas, a las cuales, los legitimados mencionados en la nota al pie de página anterior, pueden acceder para proteger al medio ambiente y otros posibles bienes colectivos.

(17) La concepción de un tiempo lineal, propia de la Modernidad, deja su lugar a un tiempo circular: pasan a tener relevancia las generaciones futuras, en cuyo interés, se debe conservar el medio ambiente en el presente. Un sujeto futuro es considerado para determinar si una conducta pueda realizarse o no. (En el derecho

caución, causalidad verosímil⁽¹⁸⁾, moratorias⁽¹⁹⁾, recomposición del daño⁽²⁰⁾.

La inserción del Derecho ambiental en el sistema jurídico plantea problemas de urgente solución.

La precaución, en particular, dejó de ser un postulado teórico o contenido político de declaraciones internacionales. El paradigma precautorio se plasma en normas de derecho positivo, al cual ingresaron desde la regulación medioambiental.

En el Uruguay, el art. 6º lit. B L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000, establece que las actividades pasibles de producir un daño ambiental, deben ser inhibidas, aun cuando no haya certeza científica sobre dicho riesgo.

4.2. El principio de congruencia

El sistema jurídico debe tener coherencia y consistencia. Como consecuencia, en diversos órdenes jurídicos, se consagra el *principio de congruencia*⁽²¹⁾.

Luego de enumerar los que denomina principios de política ambiental (entre los cuales se encuentra el principio precautorio y de información ambiental), dicha disposición expresa: “Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de las normas y competencias de protección del ambiente y en su relación con otras normas y competencias”.

uruguayo: art. 47 N° 1, lit. b, Constitución de la República; art. 1º inciso final 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

(18) No es necesario que haya certeza científica respecto a que un hecho causó un daño (relación causa-efecto) para determinar la relación de causalidad. Basta que la acción sea la causa plausible o potencial (causa verosímil) para imputar la responsabilidad. La causalidad verosímil es un corolario del principio precautorio.

(19) En conexión con lo anterior, se prevén las moratorias: las acciones presuntamente peligrosas se suspenden hasta que se desarrollen investigaciones científicas que determinen su inocuidad (En el derecho uruguayo: art. 14 literal D, L. 17.283, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000).

(20) Se establecen nuevas respuestas del sistema jurídico ante el daño ambiental: la reparación pasa a ser el último recurso, luego de la precaución, la recomposición y la mitigación (En el derecho uruguayo: art. 4º L. 16.466, de evaluación de impacto ambiental, de 19/01/1994).

(21) En el derecho uruguayo, la congruencia es consagrada por el art. 6º inc. final L. 17.223, de protección del medio ambiente, de 28/11/2000.

La interpretación normativa debe hacerse sobre la base de las normas medioambientales. El principio de congruencia, también denominado de integración, es una regla de coordinación. Las normas previstas por el subsistema del derecho ambiental deben respetarse por el resto del sistema jurídico. Entre las normas que conforman a éste y las normas ambientales debe existir coherencia. Las disposiciones normativas ambientales tienen fuerza expansiva⁽²²⁾.

4.3. Aplicación de la precaución en el sistema normativo

De acuerdo con lo anterior, si una acción, considerada por parte significativa de la comunidad científica con riesgo potencial o plausible de causar un daño medioambiental, se debe inhibir, entonces, también se deben prohibir aquellas conductas potencial o plausiblemente causantes de daños en otras áreas reguladas por el sistema jurídico.

La expansión de las soluciones precautorias medioambientales hacia otras zonas del sistema jurídico, en particular del Derecho de Daños y el Derecho del Consumo, es problemática. El derecho privado moderno se construye sobre la base del paradigma de la modernidad, mientras que el derecho ambiental sobre la racionalidad de la posmodernidad.

Ante dicha cuestión, una posición teórica afirma que los pilares sobre las cuales se edifica el Derecho ambiental presentan diferencias epistemológicas de tal entidad, que no es posible la expansión hacia otras zonas del sistema jurídico. Según dicha postura, hay que construir nuevos sistemas normativos para el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo⁽²³⁾.

No obstante, la norma que plasma el principio de precaución puede ser aplicada en otras zonas del sistema jurídico.

Es cierto que hay bases epistemológicas distintas entre el subsistema normativo ambiental y el resto de los subsistemas que lo com-

(22) Sozzo, G. "Entre ser prudentes y estar informados. Sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio", *Revista Crítica Derecho Privado* N° 5-2008, p. 663.

(23) Sozzo (n. 21), ps. 633/666. Allí dicho autor señala en la página 659: "...la estrategia de algunos juristas progresistas consistente en transformar el Derecho de Daños en una regulación polifuncional en la que conviven reparación de los daños, prevención en sentido propio y precaución... lleva a una profunda incoherencia sistémica y enfrenta un valladar epistemológico infranqueable que no puede ser superado sin sacrificios".

ponen. Pero, la norma precautoria debe tener aplicación en aquellos ámbitos normativos en los cuales el conocimiento científico determine situaciones jurídicas para los sujetos. Así, se debe inhibir toda conducta que potencial o conjeturalmente (para una parte significativa de la comunidad de la ciencia) pueda causar un daño (sea éste ambiental o no), aun cuando no haya certeza científica absoluta.

4.4. Incidencia especial de la precaución en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo

Las bases del paradigma precautorio contenidas en el Derecho ambiental, más adeudadas a la realidad posmoderna, deben aplicarse, cuando fuere posible, en todo el sistema jurídico y, en particular, por su conexión con la problemática medioambiental, en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo.

El Derecho de Daños pretende regular el daño en todas sus manifestaciones, incluido el ambiental. El Derecho del Consumo tiene múltiples puntos de contacto con el Derecho ambiental. Son claros ejemplos de esa conexión, los alimentos que incorporan organismos genéticamente modificados y los producidos con agroquímicos.

La incidencia de las normas ambientales en el sistema jurídico, y en especial en el Derecho de Daños y el Derecho del Consumo, hace que, en dichos ámbitos, impacte el paradigma de la precaución con mayor fuerza que en el resto del sistema jurídico.

En España, el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos (BOE Nº 9, de 10 de enero de 2004) incorpora en el Derecho español la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos. Dicha regulación introduce el principio de precaución, que el Real Decreto denomina “de cautela” (art. 8.2.2), mediante el cual la Administración podrá adoptar las medidas que considere oportunas cuando, tras haber evaluado la información disponible y aunque subsista incertidumbre científica, se observe la posibilidad de que los productos presenten efectos nocivos para la salud o la seguridad⁽²⁴⁾.

(24) Sobre dicha regulación, véase: SALVADOR CODERCH, P. – SEUBA TORREBLANCA, J. C. – RAMOS GONZÁLEZ, S. – LUNA YERGA, A. “*Neminem laedere*, principio de cautela y red de alerta. Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos”, Working Paper Nº 190, enero de 2004, *www.indret.com*.

5. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN EL DERECHO DEL CONSUMO Y LOS DEFECTOS DE INFORMACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

La obligación de informar ha sido uno de los postulados básicos del Derecho del Consumo. Sobre la base de una lógica contractualista y liberal, busca equilibrar la situación desfavorable del consumidor. En efecto, si el individuo es informado adecuadamente adoptara la elección racional más eficiente para el mercado.

Con respecto a los daños al consumidor, la obligación de informar configura un elemento central del paradigma de la prevención. Se deben informar los riesgos de daños que se hayan determinado científicamente y, en consecuencia, no contiene un defecto de información el producto respecto del cual no se haya informado un riesgo no conocido o sólo potencial o plausible (sin certeza absoluta) para el conocimiento científico.

5.1. La obligación de informar al consumidor

Las normas de defensa del consumidor plasman el paradigma de la prevención. La obligación de informar forma parte de la obligación de actuar de buena fe. Ésta comprende otras conductas, además de informar.

En diversas disposiciones normativas se establece el derecho del consumidor a una información suficiente, veraz y comprensible⁽²⁵⁾. En otras, se prevé el contenido de la obligación de informar en las diversas ofertas de productos y servicios⁽²⁶⁾. La obligación de informar continúa en la etapa posconsumo, es decir, luego de la comercialización del producto o servicio⁽²⁷⁾.

(25) En el derecho uruguayo, el art. 6° lit. C) L. 17.250, Ley de Defensa del Consumidor, establece del derecho del consumidor a una “información suficiente, clara, veraz, en idioma español...”; el art. 8° de dicha ley dispone que los “productos o servicios peligrosos o nocivos para la salud o seguridad deberán informar en forma clara y visible sobre su peligrosidad o nocividad...”; el art. 10, al referir a “productos industriales”, establece que el fabricante debe informar y la información acompañar al producto en su comercialización.

(26) Así sucede, en el derecho uruguayo, en los arts. 15 (información en la oferta en general), art. 17 (información en la oferta de productos), art. 19 (información en la oferta de productos defectuosos, usados o reconstituidos), art. 20 (información en la oferta de servicios).

(27) El art. 11 señala que si el proveedor toma conocimiento de la nocividad o peligrosidad del producto o servicio luego de su introducción en el mercado, deberá comunicarlo inmediatamente a las autoridades competentes y a los consumidores. Como consecuencia, la obligación de informar sobre los riesgos del producto o servicio perdura con posterioridad al acto de consumo. Sobre dicho aspecto, véanse:

La obligación de informar incide también en el control de las cláusulas abusivas: si una cláusula es contraria a la buena fe, puede ser declarada abusiva y, por consecuencia, nula⁽²⁸⁾.

Se prevé en forma expresa el incumplimiento de la obligación de informar y se disponen las acciones del consumidor frente al proveedor⁽²⁹⁾.

5.2. Los defectos de información en la responsabilidad por productos y servicios defectuosos

La obligación de informar también incide en la responsabilidad por productos y servicios defectuosos. Las normas de Derecho del consumo prevén la responsabilidad objetiva en dicho ámbito. Si el producto o servicio causa un daño que no ha sido informado por el proveedor al consumidor, entonces existe un defecto de información. El producto es defectuoso y se aplican las reglas de la responsabilidad objetiva en contra del proveedor⁽³⁰⁾.

En efecto, los *defectos* de productos se categorizan en defectos de *fabricación*, de *diseño*, de *información* y de *conservación*⁽³¹⁾. El criterio de distinción de esta categorización es el origen del defecto. La clasificación, originariamente creada para los productos, es aplicable también a los defectos de los servicios.

Los *defectos de fabricación* afectan a una o más unidades pero no al conjunto de la serie producida. Los *defectos de diseño*, en cambio,

MARIÑO LÓPEZ (n. 8), p. 671; MIRANDE, S. "El riesgo de desarrollo en el Derecho de Daños: nueva paradoja con relación al fundamento de la responsabilidad civil", *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 5-2008, ps. 520/522.

(28) Según lo dispone el art. 30 de la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo, es abusiva, y por consecuencia nula por lo previsto en el art. 31 inc. final, la cláusula del contrato de adhesión celebrado entre proveedor y consumidor que viole la obligación de actuar de buena fe.

(29) En el derecho uruguayo, el art. 32 de la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo, en caso de incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe "da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato, en todos los casos más los daños y perjuicios que correspondan".

(30) El art. 34 de la Ley de Defensa del Consumidor uruguayo prevé la responsabilidad objetiva del proveedor (en sentido amplio, pues la legitimación pasiva está específicamente determinada en dicha disposición) en caso de vicio o riesgo del producto o el servicio. MARIÑO LÓPEZ (n. 8), ps. 666/668; PICASSO, S. "Responsabilidad por daños al consumidor", *Anuario Derecho Civil uruguayo* T. XXXI, ps. 768/769.

(31) S. PICASSO (n. 29), p. 764; M. J. REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante. Otro supuesto de responsabilidad civil especial: la del fabricante por productos defectuosos (Análisis de la ley 22/1994 de 6 de julio)*, Editorial práctica de Derecho, Valencia, 1998, ps. 84/93.

afectan a toda la serie de producción y no a un producto en particular⁽³²⁾. Los *defectos de conservación* son los producidos por la falta de cuidado del producto⁽³³⁾. Los *defectos de información* consisten en la insuficiencia de la información que, de haber existido, hubiera evitado el daño. Se debe suministrar al consumidor instrucciones sobre el uso del producto y dar cuenta de los riesgos que el producto conlleva⁽³⁴⁾. Si el producto o servicio no presentan la información suficiente y adecuada presenta un defecto de información y es defectuoso. Como consecuencia, se aplica el régimen de responsabilidad objetiva. Tiene especial importancia en los productos riesgosos o peligrosos⁽³⁵⁾.

5.3. La información al consumidor desde el paradigma de la prevención

La regulación señalada en los numerales anteriores queda comprendida en el paradigma de la prevención, al cual el Derecho del Consumo clásico pertenece. Se informa al consumidor para reequilibrar su relación con el proveedor y obtener intercambios eficientes⁽³⁶⁾. El mejoramiento del consentimiento requiere que el consumidor sea informado⁽³⁷⁾.

En el paradigma de la prevención, el proveedor está obligado a informar el riesgo de daño respecto a cual haya certeza científica. Cuando el riesgo es sólo plausible, no hay obligación de informar. Como consecuencia, si el producto o servicio se introduce en el mercado con las advertencias e instrucciones suficientes y adecuadas, no existe el defecto de información del producto o servicio. Si no hay obligación de informar, tampoco defecto de información del producto o servicio.

A su vez, para completar el paradigma preventivo del Derecho del Consumo clásico, si se ha producido un daño al consumidor, es nece-

(32) Como, por ejemplo, el caso del Ford Pinto: por un defecto de diseño el coche se incendiaba al ser embestido en la parte trasera en determinadas condiciones. Ver S. PICASSO (n. 29), p. 764.

(33) Como se señala más adelante, los defectos de *conservación* han sido específicamente contemplados por el artículo 34 ley 17.250 para hacer responsable al comerciante o distribuidor aun cuando identifiquen al fabricante o importador.

(34) RUIZ MUÑOZ, M. "Responsabilidad civil del empresario/fabricante", en G. BOTANA GARCÍA - M. RUIZ MUÑOZ (Coordinadores), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 515.

(35) REYES, M. J. (n. 29), p. 89.

(36) LORENZETTI, R. L. *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 170/171; YZQUIERDO TOLSADA, M. - NAVARRO MENDIZABAL, I., - ACOSTA MÉRIDA, M. *Derecho del Consumo*, Cálamo, Barcelona, 2005, ps. 75/76.

(37) CALAIS-AULOY, J. (n. 6), p. 242.

sario acreditar la causalidad adecuada (la científicamente previsible) entre el perjuicio y la conducta del proveedor o el defecto del producto o servicio. El proveedor se exonera de responsabilidad probando que ha informado aquello con relación a lo cual existe certeza científica.

6. LOS CAMBIOS EN LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR Y NUEVOS CONTENIDOS DE LOS DEFECTOS DE INFORMACIÓN

La precaución lleva a una mayor protección. La información adquiere nuevas perspectivas. Ya no se informa sólo para que el consumidor se encuentre en pie de igualdad con el proveedor y puede elegir racionalmente (en forma eficiente) el producto. Se informa para proteger la vida y la integridad física del consumidor.

Se plantean nuevas funciones para la información. Se debe advertir en forma destacada al consumidor de todas las probabilidades, incluso conjeturas, de daños que el producto puede ocasionar. La información, dirigida a todos los consumidores posibles, no se detiene en el daño, sino que debe continuar señalando las acciones a adoptar luego de su producción. Todos los sujetos que participan de la relación de consumo frente al consumidor se encuentran obligados a informar.

6.1. La forma de la información: advertencia e instrucciones formalmente correctas

6.1.1. Información: advertencias e instrucciones

Debe diferenciarse la advertencia de la instrucción.

La advertencia tiene por función llamar la atención del consumidor respecto a los riesgos de daños que conlleva el producto. La instrucción, en cambio, indica la forma adecuada de utilización.

Para cumplir su finalidad, la advertencia debe transmitir en forma clara, fácil e inmediatamente accesible al consumidor o afectado potencial el riesgo de daño que conlleva el producto o servicio⁽³⁸⁾.

Debe ser visible, en una ubicación que la haga ineludible (en el manual de instrucciones, en el producto mismo, en el embalaje), en

(38) SALVADOR CODERCH, P. – RAMOS, S. “Avance del Comentario InDret a la ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto”, InDret. Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com, octubre de 2006, p. 16.

lenguaje natural, concisa (para evitar la saturación del mensaje), utilizando símbolos.

En la sentencia del Tribunal Supremo de España, sección 1ª, 22/05/2001, se estima que la advertencia e instrucciones de uso del producto eran adecuadas, pues en el envase figuraba el dibujo de una calavera con dos tibias cruzadas por detrás que informaban suficientemente la peligrosidad del contenido. En el caso, el consumidor había sufrido quemaduras importantes al utilizar sin protección un producto de limpieza con ácido sulfúrico concentrado. Se absuelve al fabricante y se condena al comerciante que introdujo un producto industrial en el mercado del consumo.

Si la advertencia no cumple con estos requisitos, la información no ha sido dada en la forma debida y el producto o servicio padece de un defecto de información.

6.1.2. *Corrección formal de la advertencia de riesgo de daños*

Para determinar la corrección formal de las advertencias se deben seguir tres criterios razonables: a) El diseño debe permitir captar razonablemente la atención del consumidor; b) La intensidad —apariencia, visibilidad— debe ser acorde a la magnitud del riesgo, aun cuando en éste sólo sea potencial; c) La redacción ha de ser comprensible.

Dichas pautas pueden verse aplicadas en el fallo de la Suprema Corte de Nevada, *Lewis v. Sea Ray Boats Inc.* (65 P.3d 245, Nev. 2003), en el cual, dos ocupantes de una embarcación de recreo sufren una intoxicación de monóxido de carbono mientras dormían. Uno falleció y el otro resultó gravemente herido. Las víctimas dejaron encendido el generador de gasolina que alimentaba el aire acondicionado. Sobre dicho riesgo, el demandado había informado en persona a las víctimas al venderles el barco. El tribunal consideró que la advertencia no había sido formulada correctamente de acuerdo con los criterios expuestos⁽³⁹⁾.

6.1.3. *La comprensibilidad de la advertencia y la instrucción*

Respecto la exigencia de comprensibilidad, un ejemplo clásico es el fallo de la Corte de Apelaciones de Minnesota, *Tesner v. Rich Ladder* (380 N.W 2d. 203; Minn, Ct. Aps. 1986). Una persona cae de una escalera de un solo tramo a 7 mts. de altura cuando ésta se vino abajo en el momento que estaba pintando la fachada de su casa. La instrucción

(39) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), ps. 17/18.

en la etiqueta decía: “Apoye la escalera en ángulo de 75 grados y medio situando su base a una distancia de la vertical de su punto de apoyo igual a la cuarta parte de la longitud utilizada de la escalera” (“*Set up single or extension ladders at 75 ½ negrees by placing the bottom ¼ of the lenght being used out from the vertical resting point*”).

El tribunal consideró inadecuada la instrucción por ser incomprendible, en especial, las expresiones “vertical de su punto de apoyo” y “longitud utilizada”. Además, sostuvo la necesidad de una advertencia y la identificación en ésta del riesgo específico que la escalera basculara hacia atrás⁽⁴⁰⁾.

6.2. Nuevos contenidos de la información

Se exigen nuevos contenidos para la obligación de informar. No sólo se requiere una información genérica sobre los riesgos de daños que el producto o servicio conlleven.

Es necesario informar, en primer lugar, de todo riesgo posible y, en segundo término, de los riesgos específicos que puede producir el producto o servicio.

Por otra parte, se requiere la información de las medidas a adoptar en forma inmediata de producido el daño.

6.2.1. Información específica sobre el riesgo posible

Se exige que la información contenga el riesgo de daño específico. No basta con que la advertencia refiera genéricamente a daños que puedan suceder. Se debe informar sobre los riesgos concretos del producto, no sólo sobre los genéricos.

Una interpretación en esta línea puede apreciarse en el fallo *Ayers v. Johnson & Johnson* (Co. 797, p2d 527; Wash. Ct. Aps. 1990). En dicho caso, una niña de 15 meses inhaló e ingirió aceite corporal para niños de una botella que su hermana mayor había guardado en un bolso que, por descuido, estaba en el suelo. La niña sufre graves daños cerebrales por hipoxia. Los padres demandan sobre la base que el fabricante debió haber advertido de los riesgos en cuestión. El tribunal afirma: “...el producto no contenía tal advertencia, los miembros de la familia no sabían que aquél era peligroso y por lo tanto no lo trataron como tal [...]. No conocían el daño concreto que podía resultar de inhalar aceite mineral”. Hoy la advertencia del producto indica: “Man-

(40) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 18, nota al pie 29.

tenga este producto fuera del alcance de los niños para evitar que lo inhalen o ingieran, pues ello podría causarles daños graves” (*Keep out of children’s reach to avoid drinking and accidental inhalation which can cause serious injury*). Dicha línea ha sido expuesta expresamente como requisito necesario para la determinación de la corrección de las advertencias en el antes citado fallo *Lewis v. Sea Ray Boats Inc.* (65 P.3d 245, Nev. 2003)⁽⁴¹⁾.

El fallo de la Corte de Apelaciones de Minnesota, *Tesner v. Rich Ladder* citado al final del numeral anterior (daños producidos a una persona que se encuentra pintando una pared por la caída de la escalera de 7 mts. que estaba utilizando) es pionero en esta línea. Allí, el tribunal sostuvo la necesidad de una advertencia y la identificación en ésta del riesgo específico que la escalera basculara hacia atrás.

En la jurisprudencia española, también encontramos marcada esta tendencia. La sentencia de la *Audiencia Provincial de Asturias*, Sección 7ª, 252/2009, de 24 de abril, resuelve un caso en el cual una persona sufre lesiones oculares por la explosión con llamarada de una máquina a gasolina. El accidente se produjo, según la prueba pericial, por el uso de un lubricante inflamable, inadecuado para la utilización normal del producto. El fabricante se defiende afirmando que en las instrucciones del producto se encuentra la indicación de no emplear lubricantes inflamables. La Audiencia condena al fabricante, pues señala que “no hubo instrucciones de mantenimiento específicas sobre el uso del lubricante y las características del aceite a emplear” y “nada se informa al consumidor sobre el material a emplear para su lubricación, con descripción de los productos permitidos y de los inadecuados”. No basta una indicación genérica sobre el riesgo posible, sino que debe existir una mención precisa de éste y de la forma de emplear el producto para evitarlo⁽⁴²⁾.

6.2.2. Información para las acciones posteriores al daño

La información no se debe limitar a las medidas a adoptar ante un riesgo específico de daño. Es necesario informar sobre las medidas a tomar una vez acaecido éste.

Se exige informar las acciones inmediatas a adoptar en caso de producirse el daño por el riesgo advertido o informado⁽⁴³⁾.

(41) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), ps. 19/20.

(42) En Westlaw España, JUR\2009\283840.

(43) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 18.

La adopción de este criterio se observa en la jurisprudencia española. Así lo hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 5ª, 16/12/2003 (AC 2003/822). Dos hermanas gemelas de dos años de edad sufrieron quemaduras de tercer grado en ambas piernas como consecuencia del contacto con detergente limpiador concentrado desengrasante de baterías que se derramó al caerse el envase y abrirse el tapón con algunas muescas rotas. No contenía ninguna indicación de cómo actuar en caso de contacto o ingestión. La sentencia expresa: “El producto no advertía en su etiquetado acerca de qué hacer en caso de contacto con la piel, y por lo tanto... debe reputarse defectuoso por cuanto no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar para el caso de producirse un derrame del mismo”⁽⁴⁴⁾.

6.2.3. Ampliación de los sujetos a informar

Se amplía la cantidad de sujetos a los cuales va dirigida la información. Su busca informar a todo el espectro de consumidores, comprendiendo al consumidor vulnerable o subconsumidor, al afectado en proporciones mínimas (como alérgicos a una sustancia que compone un medicamento), al consumidor experto en el uso del producto o servicio.

6.2.3.1. Información a todos los consumidores posibles

La información debe dirigirse a todos los consumidores. Esto significa que deben contemplarse a los *consumidores especialmente sensibles*⁽⁴⁵⁾.

El producto o servicio está destinado, no sólo a un consumidor promedio, sino también, a personas especialmente “sensibles”. Se deben considerar aquellas personas más débiles o menos cultas que el consumidor medio⁽⁴⁶⁾.

La información debe abarcar los riesgos posibles de daños a padecer por todo el espectro de consumidores.

6.2.3.2. Información de los riesgos de daños aunque el producto vaya dirigido a profesionales y consumidores expertos

La información debe proporcionarse aunque el producto pueda ser adquirido por consumidores con versación en su utilización.

(44) Cf. HERNÁNDEZ, C. A. “Horizontes actuales de la defensa del consumidor en Argentina: la tensión de fuentes”; *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 5-2008, ps. 680/684; SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), ps. 18/19.

(45) SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 11.

(46) LORENZETTI (n. 33), p. 169; SALVADOR CODERCH-PIÑEIRO SALGUERO-RUBÍ PUIG (n. 8), p. 18.

Existe un conjunto de productos de venta libre destinados a usuarios profesionales, consumidores o no. Aun cuando el producto requiera experticia para su utilización y como consecuencia su segmento habitual de destinatarios sean profesionales o consumidores expertos, debe contener la información suficiente sobre los riesgos de daños.

Retrocede la doctrina del consumidor experto (*sophisticated user doctrine*), originada en la jurisprudencia norteamericana⁽⁴⁷⁾. Dicha doctrina es propia del paradigma de la prevención: se informa para equilibrar la situación deficitaria del consumidor, pues si éste es experto en el uso del producto, la información no es necesaria.

La penetración del paradigma de la precaución genera una nueva corriente. El proveedor debe informar sobre riesgos de daños del producto aun cuando éste se encuentre destinado a usuarios con experticia en su utilización. No se admite la exoneración de responsabilidad por el uso del producto por un consumidor experto.

En la jurisprudencia española se ha abandonado la regla del consumidor experto. Así, por ejemplo, en dicha línea se puede observar la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Civil sección 1ª, 2/11/2005 (AC 2006/105). En dicho caso, dos hermanos, quienes trabajaban en una obra en la casa de uno de ellos y que habitualmente realizaban tareas de albañilería, sufren quemaduras por contacto con cemento portland. Demandan a la cementera, dado que el producto no contenía información sobre la causticidad de sus componentes químicos. El juzgado de 1ª instancia (SJPI, 4, Palencia, 28/02/2005) considera que no son consumidores y rechaza la demanda. El tribunal revoca, dado que el producto era de venta al público en general, las víctimas lo habían adquirido para un destino privado y familiar y no contenía información alguna, mucho menos advertencia, sobre los riesgos de daños⁽⁴⁸⁾.

6.2.4. Ampliación del elenco de sujetos obligados a informar

Se amplía el espectro de los sujetos que deben informar (advertir e instruir). Todos los sujetos que participan en la relación de consumo como proveedores deben informar al consumidor. En particular, se abandona la regla de intermediario experto.

En el derecho norteamericano, está consolidada la regla de jurisprudencia denominada “regla del intermediario experto” (*learned*

(47) SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 11, nota al pie 15.

(48) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 12.

intermediary rule”). Dicha regla es recogida por el art. 6º lit. d del *Restatement (Third)*⁽⁴⁹⁾.

Según dicha doctrina, el fabricante se exonera de responsabilidad si ha suministrado la información adecuada al intermediario experto que lo provee al consumidor. Esta regla de conducta, basada en la culpa (*negligence*), considera el consumo desde una lógica contractualista. De acuerdo con ella, el fabricante actúa sin culpa, pues informa a quien directamente suministra el producto al consumidor y que, como consecuencia, es el sujeto que está obligado a informar.

En el derecho norteamericano, la regla opera en el ámbito de los medicamentos. El fabricante de un medicamento sujeto a prescripción médica se exonera de responsabilidad si ha informado suficientemente al médico que lo prescribe al paciente. Se aplica desde 1966, a partir del caso *Sterling Drug v. Cornish*, 370 F.2d 82, 85 (8th Cir. 1966): un paciente contrae retinopatía luego de consumir un medicamento para la artritis, uno de cuyos componentes era *fosfato de cloroquina*, el cual, había causado dicha enfermedad en un porcentaje de pacientes. Se exonera al laboratorio y se condena al médico⁽⁵⁰⁾.

El paradigma de la precaución golpea esta doctrina. El producto que presenta un riesgo de daño debe incluir la información sobre éste al consumidor. De lo contrario, presenta un defecto de información y es defectuoso⁽⁵¹⁾.

Todos los sujetos que participan en la relación de consumo se encuentran obligados a proporcionar la información que posean sobre los riesgos de daños que puede producir el producto.

Esta postura se aprecia en la jurisprudencia española. La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, civil, secc. 4ª, de 19/07/2000 (JUR 2000/296591) distingue la obligación de información del laboratorio y del médico y se desmarca de la *regla del intermediario experto* que había seguido la sentencia de 1ª instancia. El Vademécum y la ficha técnica informaban de la aparición infrecuente (0,02%-1%) de la pérdida del sentido del gusto, pero el prospecto no lo indicaba. El paciente perdió el gusto por siete meses y demandó al fabricante y al médico. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia (JPL, 11, de Palma de Mallorca, 17/11/1998) desestimó la demanda. La Audiencia

(49) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 14.

(50) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), p. 14, nota al pie 19.

(51) MARIÑO LÓPEZ (n. 8), ps. 663/664.

revocó dicha sentencia, condenó al laboratorio y absolvió al médico, pues la omisión era imputable al fabricante⁽⁵²⁾.

Respecto a este último fallo, es correcta la atribución de responsabilidad al laboratorio, pero parece excesivo exonerar al médico, pues él disponía de la información que, como experto, debió proporcionar. Correspondía una condena *in solidum* al laboratorio y el médico.

7. CONCLUSIONES

7.1. El paradigma de la precaución se ha impuesto en el sistema de normas de Derecho ambiental. La especial sensibilidad del bien jurídico protegido lleva a adoptar un sistema normativo que profundiza la función de protección planteada por el paradigma de la prevención. Basta la probabilidad que una conducta produzca un daño, para que deba ser inhibida. Ya no se exige la certeza científica de la causalidad. Se postula la precaución frente a la prevención.

7.2. Si bien las bases epistemológicas de la precaución son diferentes de la prevención, su incorporación en el derecho positivo ambiental ha potenciado su incidencia en el resto del sistema jurídico, pues la coherencia que deben tener los diferentes elementos normativos que lo componen, es un elemento indispensable para su funcionamiento adecuado.

7.3. En el Derecho del Consumo, el paradigma de la precaución incide con particular fuerza. No sólo en la específica inhibición de conductas potencialmente dañosas (tutela inhibitoria) y en la imputación causal sin certeza científica absoluta (causalidad verosímil), sino también, en la obligación de informar al consumidor, profundizando una línea de mayor protección de los derechos de éste. Se amplía el elenco de sujetos que están obligados a informar, así como el de los individuos que deben ser informados. Se modifica su contenido: la información debe comprender los daños plausibles o potenciales para una parte significativa de la comunidad científica. Y en concordancia con esta perspectiva tuitiva, se exige que se informe el riesgo específico y las acciones a seguir una vez acaecido el daño para minimizar sus efectos.

8. BIBLIOGRAFÍA

Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

(52) Cf. SALVADOR CODERCH-RAMOS (n. 37), ps. 15/16.

- Calais-Auloy, J., "L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats", *Revue Trimestrielle du Droit Civil* (2), abril-junio 1994, ps. 239/254.
- Díaz Fernández, Hugo S., "Aspectos básicos de la responsabilidad por daño ambiental en el derecho uruguayo", *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 3-2006.
- Gamarra, J., *Tratado de Derecho Civil uruguayo* T. XXVI, FCU, Montevideo, 2009.
- Hermitte, M. A., "Los fundamentos jurídicos de la sociedad del riesgo. Un análisis de U. Beck", en SOZZO, G. (coord.), *El Gobierno de los riesgos*, Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 2007.
- Hermitte, M. A., "Fundación jurídica de una Sociedad de las Ciencias y de la Técnica a través de las Crisis y los Riesgos", en Días Varela, M. (org.), *Derecho, sociedad y riesgos: la sociedad contemporánea vista a través de la idea de riesgo*, Red Latinoamericana y Europea sobre Gobierno de los riesgos, UniCEUB-UNITAR, Brasilia, 2007.
- Hernández, C. A., "Horizontes actuales de la defensa del consumidor en Argentina: la tensión de fuentes", *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 5-2008.
- Lorenzetti, R. L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- Lorenzetti, R. L., "La responsabilidad civil"; *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 1-2004.
- Lorenzetti, R. L.-Lima Márques, C., *Contratos de servicios a los consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- Lorenzetti, R. L., "Problemas actuales de la Teoría contractual", *Revista Crítica de Derecho Privado*, N° 2-2005.
- Mariño López, A., "Bases del Derecho de Daños al medio ambiente. Aportes para la construcción de acuerdos regionales en América Latina", *Anuario Derecho Civil uruguayo*, T. XXXVII.
- Mariño López, A., "Responsabilidad por daños en el Derecho del Consumo", *Anuario Derecho Civil uruguayo*, T. XXXVI.
- Mirande, S., "El riesgo de desarrollo en el Derecho de Daños: nueva paradoja con relación al fundamento de la responsabilidad civil", *Revista Crítica de Derecho Privado* N° 5-2008.

- Noiville, C., "Ciencia, decisión, acción: tres observaciones en torno al principio de precaución", en Sozzo, G (coord.), *El Gobierno de los riesgos*, Universidad Nacional de Litoral, Santa Fe, 2007.
- Picasso, S., "Responsabilidad por daños al consumidor", *Anuario Derecho Civil uruguayo* T. XXXI.
- Salvador Coderch P.-Gómez Pomar, F., *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- Salvador Coderch, P. Piñeiro Salguero, J.-Rubí Puig, A., "Responsabilidad civil del fabricante y teoría general de la aplicación del derecho (Law enforcement)", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, N° 4/2007.
- Salvador Coderch, P.-Ramos, S., "Avance del Comentario InDret a la ley 22/1994, de 6 de julio: el defecto en las instrucciones y advertencias en la responsabilidad de producto", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, octubre de 2006.
- Salvador Coderch, P.-Seuba Torreblanca, J. C.-Ramos González, S. y Luna Yerga, A., "*Neminem laedere*, principio de cautela y red de alerta. Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos", Working Paper N° 190, enero de 2004, www.indret.com.
- Salvador Coderch, P.-Solé Feliú, J., *Brujos y aprendices*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Sozzo, G., "Entre ser prudentes y estar informados. Sobre la diferente racionalidad del deber de información y el principio precautorio", *Revista Crítica Derecho Privado* N° 5-2008.
- Sozzo, G., "Riesgo de desarrollo y Sistema de derecho de daños", *Revista Crítica Derecho Privado* N° 5-2008.
- Yzquierdo Tolsada, M. - Navarro Mendizábal, I., y Acosta Mérida, M., *Derecho del Consumo*, Cálamo, Barcelona, 2005.

CAPÍTULO V

CONTRATOS PREPARATORIOS. COMPROMISO DE CONTRATAR. CONTRATO DE OPCIÓN



LA DENOMINADA PROMESA DE CONTRATAR BAJO EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Por Eduardo BARBOZA BERAÚN⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Obligaciones y responsabilidad de las partes.
2.1. El deber de buena fe en la Promesa de Contratar. 3. Indemnización
por daños. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Es un principio general del Derecho que la naturaleza jurídica de las cosas no obedece a su simple denominación, sino más bien a su contenido. Llevando este principio al ámbito del derecho contractual concluimos que los contratos no son como las partes los denominan, sino que responden a su propia naturaleza. En efecto, como bien señala Lorenzetti⁽²⁾ “este análisis no se basa sólo en las palabras, ni en la designación dada por las partes, las que no son relevantes, ni obligan al juez, sino en las obligaciones y en la finalidad perseguida”.

Refiriéndonos a las denominaciones que corrientemente se dan a la promesa de contratar, De La Puente⁽³⁾ destaca que “la doctrina y las legislaciones utilizan los nombres de precontrato, antecontrato, promesa de contrato, contrato de promesa, contrato preliminar (...)” para denominar a este tipo contractual.

La denominada promesa de contratar tiene la naturaleza jurídica de un compromiso de contratar, pues el objeto de ésta es celebrar un

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Echecopar Abogados.

(2) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Derecho contractual. Nuevas formas contractuales*. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 32.

(3) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, T. IV, p. 27.

contrato definitivo. La promesa de contratar denota una declaración conjunta de voluntad común que tiene por objeto crear una relación jurídica patrimonial (celebrar el contrato definitivo).

Por ello, se trata de un contrato en todo el sentido de la palabra, conforme con el artículo 1351 del Código Civil peruano de 1984 (en adelante, el “Código”). Como señala Barassi⁽⁴⁾ “la promesa de contrato es un verdadero acuerdo contractual que crea a cargo del prominente sólo la obligación de llegar después a la estipulación del contrato definitivo”. Debe resaltarse que en el contrato preparatorio se dan un conjunto de elementos, tales como el concierto de voluntades y el objeto, tratándose, entonces, realmente de verdaderos contratos, no siendo exacto, entonces, calificarlos tan sólo como un simple acuerdo, meras tratativas o como una simple fase de la formación del contrato (como podrían ser una carta de intención o un *memorandum of understanding*), para así sustraerse de su obligatorio cumplimiento y exigibilidad.

En efecto, nuestra Jurisprudencia⁽⁵⁾ ya ha señalado que “por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato preparatorio, en el que existen los elementos inherentes a la contratación, como son el concierto de voluntades, el consentimiento, el objeto y la causa; se trata de un verdadero contrato, cuya finalidad consiste en el compromiso de celebrar otro a futuro”.

Ahora bien, de conformidad con el Código, el compromiso de contratar es una especie del genero contrato preparatorio, cuyo objeto en definitiva es servir de medio para preparar otro contrato, cualquiera sea su propósito. Este carácter preparatorio como su nombre lo indica, es una característica consustancial a este tipo de contrato, pues, se celebra para asegurar la celebración de otro contrato, y en tal sentido, es preparatorio de este otro contrato, el definitivo. Es más, con la usual precisión que lo caracteriza De La Puente⁽⁶⁾ concluye que: “(...) mediante el contrato preparatorio, las partes no se limitan a obligarse a celebrar un futuro contrato, sino, a celebrar un individualizado contrato futuro, con determinado contenido”.

Por último, es importante mencionar lo relativo al trabajo de redacción del objeto de todo compromiso de contratar. Nos explicamos.

(4) BARASSI, Lodovico. *La teoría generale delle obbligazioni*. Milano, 1948, T. II, p. 136.

(5) Casación N° 1097-95. Diálogo con la Jurisprudencia N° 41. Febrero 2002, p. 230.

(6) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, ob. cit., p. 30.

Debe quedar con meridiana claridad que ambas partes se están obligando a celebrar en el futuro (dentro del plazo convencional, o en su defecto, el legal) un contrato definitivo (cualquiera que fuera éste, toda vez que de acuerdo con el Código el compromiso de contratar tiene como característica ser uno de tipo general, a diferencia del Código Civil anterior que reducía su uso sólo para la compraventa). En otras palabras, el término obligación debe quedar expresado en el objeto del compromiso. Por ejemplo: “Por el presente documento, ambas partes *se obligan* a celebrar en el futuro un contrato de distribución, sobre la base de lo pactado en este contrato”. Desde luego, puede utilizarse términos que impliquen lo mismo, tales como, “se comprometen”, “quedan vinculados”, “celebrarán”. Ello quiere decir que aquellos términos que no implican el asumir una obligación en dicho sentido, no cumplen con este requisito central⁽⁷⁾, y por tanto, el acto que se celebra no tiene naturaleza de compromiso de contratar. Con ello me refiero por ejemplo al siguiente pacto: “Por el presente documento, ambas partes *podrán* celebrar en el futuro un contrato de distribución, sobre la base de lo pactado en este contrato”. No sólo resulta inadecuado como pacto, sino que no califica jurídicamente como compromiso de contratar. En efecto, nuestra Jurisprudencia⁽⁸⁾ se ha encargado de decirlo así, al

(7) Adicionalmente a ello, debe tenerse presente que, según el Código, es necesario que se haya acordado los elementos esenciales del contrato definitivo (por ejemplo, si el target es una compraventa, bastará que las partes convengan en el compromiso de contratar, el bien materia de la venta y el precio).

Por cierto, aun cuando ello es jurídicamente necesario, podrían ciertos términos no esenciales (desde el punto de vista jurídico) ser comercialmente cruciales para la operación. Y por esta razón resultará de la mayor importancia que, en cada caso concreto, las partes no sólo cumplan con los dos requisitos legales bajo comentario para tener un compromiso de contratar, sino que también convengan, en la medida de lo posible, todas aquellas condiciones comerciales (como podría ser la forma de pago en una futura compraventa, o el lugar de entrega de un bien en un suministro) que, desde el punto de vista de la operación comercial sean, pues, esenciales para el contrato definitivo. De hecho, no sería nada inusual que el proyecto de contrato definitivo figure como anexo al compromiso de contratar.

En consecuencia, no basta que el compromiso de contratar sea perfecto desde el punto de vista jurídico. Dicho de otra manera, no es suficiente que se cumpla con los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para que un acto califique como un compromiso de contratar, sino que hay que tomar en cuenta casuísticamente los elementos no esenciales (jurídicamente hablando) que desde el punto de vista comercial pueden resultar centrales.

Desde luego, habrá que cumplirse también con la misma formalidad *ad solemnitatem* del contrato definitivo (cuando éste sea formal) en virtud de lo dispuesto por el artículo 1425 del Código.

(8) Expediente N° 3110-97, Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Ledesma Narváez, Marianella, “Jurisprudencia Actual”, T. N° 2, N° 112.

indicar que “no existe un contrato preparatorio si es que no se señala la obligación de celebrar un contrato a futuro”.

2. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

Según la teoría tradicional que mejor explica los contratos preparatorios el objeto del compromiso de contratar es una obligación con prestación de hacer dirigida a la celebración del contrato futuro.

En efecto, como indica Santos Briz⁽⁹⁾, “el objeto del contrato preparatorio es una obligación con prestación de hacer, consistente en una actividad dirigida a asentir o a prestarse a cuanto precise para la celebración de un sucesivo contrato (el definitivo)”.

De igual forma apunta Barassi⁽¹⁰⁾, al señalar que “es una obligación de hacer, porque la prestación del consentimiento es un forma de actividad personal, más aún eminentemente personal; una obligación dirigida a la formación de un contrato que se suele llamar “principal” porque será la fuente reguladora de la situación jurídica que aspiran las partes. Fuente principal, más bien exclusiva: no la simple ejecución de la promesa. Por tanto, no es promesa de contrato la venta en relación a la tradición sucesiva de la cosa vendida, como se ha opinado”.

En el mismo sentido se pronuncia Cerruti⁽¹¹⁾, diciendo que del compromiso de contratar “nacen obligaciones de hacer que se concretan en hacer una declaración de voluntad”.

Finalmente, en opinión de Fueyo⁽¹²⁾, coincidiendo entre otros, con Messineo⁽¹³⁾, Carrara⁽¹⁴⁾, Ruggiero⁽¹⁵⁾, “hay, pues, una **asimilación** perfecta del contrato preparatorio incumplido con la obligación de hacer que se ejecuta forzosamente, como consecuencia de nacer de este

(9) SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, T. IV, p. 22.

(10) BARASSI, Lodovico. *La teoría generale delle obbligazioni*, ob. cit., p. 137.

(11) CERRUTI AICARDI, Héctor J. *La promesa de contratar*. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo. Montevideo, 1952, p. 29.

(12) FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. Santiago de Chile. 1963, vol. II-1, p. 227.

(13) MESSINEO, Francesco. *II Contratto in Genere*. Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, T. I, p. 528.

(14) CARRARA, Giovanni. *Formazione dei Contratto*. Dott. Francesco Vallardi, Milano, p. 57.

(15) RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Instituto Editorial Reus, T. II, Madrid, p. 289.

contrato una obligación de hacer, justamente la de celebrar un contrato prometido. Por lo mismo, en nuestra legislación no cabría discutir, de modo alguno, el nacimiento de una obligación de hacer con motivo de la promesa de contrato; diferente e independiente de las obligaciones que nacerán más tarde del contrato prometido, y cuya naturaleza puede ser, indistintamente, de dar, de hacer o de no hacer”.

Pues bien, mediante una obligación con prestación de hacer se promete la ejecución de un servicio, que de acuerdo con el artículo 1148 del Código, debe cumplirse en el plazo y modo pactados. Es por ello que al comentar este artículo, Osterling y Castillo⁽¹⁶⁾ resaltan que “la prestación de hacer impone al deudor el desarrollo de una actividad que permita al acreedor la satisfacción de su interés (prestar un trabajo, ejecutar alguna obra, gestionar un asunto)”.

Debe precisarse al respecto que las obligaciones con prestación de hacer pueden ser tanto de resultado como de medios, diferencia que ya se esbozaba en el Derecho Romano y que posteriormente ha sido atribuida a Demogue⁽¹⁷⁾. Dicha diferencia es defendida autoridades como Josserand⁽¹⁸⁾, Galgano⁽¹⁹⁾ y Spota⁽²⁰⁾, quienes coinciden en señalar que por las obligaciones de resultado, conocidas también como las de responsabilidad objetiva, el deudor promete ejecutar un acto determinado positivo o negativo que deberá cumplir, pues, es ello lo que promete, mientras que por las obligaciones de medios, denominadas también responsabilidad por culpa, el deudor se compromete solamente a portarse de tal modo, en tal dirección, suministrando sus esfuerzos, su diligencia, en orden a un resultado sin duda, pero sin poder garantizar el éxito del mismo⁽²¹⁾.

(16) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, Primera Parte, T. II, p. 183.

(17) DEMOGUE, Rene. *Traité des Obligations en Général*. V-1, *Sources des obligations*, París, 1925, p. 538, nota 4.

(18) JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*, Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires 1950, T. II, vol. I, p. 83.

(19) GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, vol. II, T. I, p. 10.

(20) SPOTA, Alberto G. *Tratado de Locación de Obra*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, T. I, p. 24.

(21) Desde luego, no coincidimos con aquél sector de la doctrina, minoritario a nuestro modo de ver, que sostiene que no hay diferencia entre obligaciones de resultado y las de medios, argumentando que en ambas se está prometiendo un resultado (el propio resultado en unas y los mismos medios en otras). No puede ser correcto señalar que en las obligaciones de medios el propio medio es el resultado

En este orden de ideas, y de acuerdo con su propia naturaleza, la obligación con prestación de hacer producto de un contrato preparatorio es una de resultado. En otras palabras, las partes no comprometen sus mejores esfuerzos o su actividad para celebrar el contrato definitivo, sino que prometen el resultado mismo, es decir, prometen la concertación del contrato futuro o definitivo.

Una interpretación sistemática⁽²²⁾ de su regulación, nos lleva necesariamente a concluir ello. Nos referimos esencialmente tanto a su definición (artículo 1414), como a las medidas de tutela que tiene la parte fiel de un contrato preparatorio ante la negativa injustificada de la contraparte de celebrar el contrato definitivo. Tales medidas, previstas en el artículo 1418, son las siguientes: (i) exigir judicialmente la celebración del contrato definitivo⁽²³⁾, o (ii) dejar sin efecto el contrato

prometido, pues el fin primario en estas clase de promesa (al igual que en las obligaciones de resultado) es el resultado al que se quiere llegar comprometiéndose los medios, lo cual no sólo es obvio, sino lógico.

(22) “En el ordenamiento, cada norma está dispuesta de tal manera que la una se apoya en otra u otras y, a su vez, sirve de apoyo a otras; o, lo que es lo mismo, las normas que integran el ordenamiento son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de suerte que las unas se explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, ésta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico, y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del ordenamiento. Una norma sólo tiene sentido en función del conjunto del ordenamiento. Por ello, para encontrar el sentido y alcance de las diversas normas hay que relacionarlas con las otras que componen el ordenamiento, sobre todo con las que tratan de la misma institución.” (TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Introducción al Derecho - Teoría General del Derecho*. II edición, p. 565).

(23) Hay quienes se han pronunciado en contra de este remedio, alegando que “el juez no puede celebrar el contrato por una de las partes”; y que ello rompe la dogmática contractual toda vez que se estaría vulnerando la libertad de contratar.

Por nuestra parte, creemos que ello no es así; y que además el remedio resulta sumamente conveniente. No es así porque la libertad de contratar no ha sido vulnerada en absoluto. No puede perderse de vista que dicha libertad de contratar fue plenamente ejercida al momento de celebrar el compromiso de contratar. Si ello fue así, ¿cómo puede decirse que se está conculcando la libertad de contratar cuando es el mismo agente quien voluntariamente asumió la obligación de contratar a futuro? Más aún, lo que corresponderá en ese caso será dar estricto cumplimiento a dicho contrato preliminar, en virtud del *pacta sunt servanda* (artículo 1361 del Código). El cumplimiento de dicho contrato preliminar consiste en que la parte que asumió la obligación de celebrar el contrato futuro (y que ya no desea luego hacerlo), sea forzada por juzgador a hacerlo, como sucede con cualquier remedio de ejecución forzada de todo contrato. El cumplimiento de la palabra empeñada tiene como base elemental el principio de seguridad jurídica.

Cabe recordar que la propia Exposición de Motivos de este artículo 1418 redactada por la Comisión Reformadora se ha pronunciado al respecto en su defensa. En efecto, dicha Exposición de Motivos señala a la letra lo siguiente:

preparatorio; teniendo, en ambos casos, derecho a una indemnización por daños. De igual manera, los artículos 1150, numerales 1) y 3) y 1152 del Código, disponen que “el incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a “(...) exigir la ejecución forzada o dejar sin efecto la obligación”, y en uno u otro caso, (...) “a exigir el pago de la indemnización que corresponda”.

En relación a los mencionados derechos que otorga el artículo 1418 del Código, es necesario precisar que para que una parte pueda ejercerlos, la otra debe haberse negado injustificadamente a celebrar el contrato definitivo. En efecto, nótese que el supuesto de la norma es “la injustificada negativa (...)”.

Ello quiere decir que si una de las partes formula una oferta a la otra dentro del plazo del compromiso de contratar y sobre la base de éste, el destinatario (al haber suscrito el compromiso de contratar) no podrá rechazar la misma. En otras palabras, este último se encontrará obligado a aceptar. Desde luego, si la oferta no es oportuna y/o no se formula sobre la base del compromiso de contratar, el rechazo de la misma será justificado, y por ende, no podrá gatillarse los derechos que aparecen en el artículo 1418.

En tal sentido, cualquier respuesta que no sea una aceptación de la oferta, se entenderá como un rechazo de la misma, y por tanto, injustificado a la vez.

“El criterio del nuevo Código ha sido emplear un sistema que permita obtener al máximo provecho del compromiso de contratar y por eso se ha recurrido en el artículo 1418 a una fórmula mixta, que deja hasta dos posibilidades, a elección del acreedor, todo ello sin desmedro del derecho de solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios.... La solución dada, si bien podría merecer objeciones doctrinarias, es la que mejor responde al fundamento del compromiso de contratar y a la utilidad de esta institución. De no haberse seguido este camino y si el legislador se hubiese limitado a sostener la teoría de que el incumpliendo sólo permite el resarcimiento de los daños y perjuicios, los alcances del compromiso de contratar habrían sido limitados y se habría perdido, la enorme riqueza práctica que contiene esta nueva institución”. (*Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios*, Compiladora: Delia REVOREDO DE DEBAKEY, Okura Editores SA, Lima, 1985, T. VI, p. 79.).

En buena cuenta, el Juez busca remediar el incumplimiento mediante una sentencia que producirá iguales efectos que el contrato definitivo no celebrado. Al respecto, autoridades como DEMOGUE, SACCO, MESSINEO, AGUILAR, BARASSI y CERRUTI se pronuncian en defensa de ello (DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*, ob. cit., T. II, p. 92; SACCO, Rodolfo. *Il contratto*. Torino, 1975, p. 694; MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, T. I, p. 365; AGUILAR G. Antonio. *El contrato preparatorio o la promesa de contrato*, México D. F. 1948, Boletín del Instituto de Derecho Comparado, año I, Nº 2, p. 50; BARASSI, Ludovico. *Instituciones de Derecho civil*, ob. cit., p. 148; CERRUTI AICARDI, Héctor J. *La promesa de contratar*, ob. cit., p. 32.).

La duda que puede generarse es en el caso de que el destinatario de la oferta guarde silencio, vale decir, que no se pronuncie ante la oferta que recibe. La pregunta, entonces, es si su silencio debe interpretarse como un rechazo, y además, considerarse uno de tipo injustificado. Más aún, cuando el oferente reitera su oferta y no encuentra respuesta del destinatario.

Como se sabe, el silencio no es manifestación de voluntad, salvo que la ley o el convenio le atribuyan algún significado. Dado que las normas que regulan el compromiso de contratar no tratan específicamente el tema del silencio, y como es usual en la práctica, los compromisos de contratar no contienen una cláusula que regule el silencio (lo cual, sin duda, es aconsejable convenir siempre), parecería que la respuesta es que no hay negativa injustificada.

Sin embargo, una conducta de este tipo por parte del destinatario resulta contradictoria, o al menos poco consecuente, con la obligación que asumen ambas partes al celebrarse un compromiso de contratar, sin perjuicio de poder alegarse una violación de la obligación de actuar de buena fe⁽²⁴⁾. Dicho de otra forma, el silencio de la parte que recibe oportunamente la oferta de la otra sobre la base del compromiso debe entenderse como una negativa injustificada en los hechos. En otras palabras, una injustificada negativa tácita, y que por tanto, dicha conducta habilita a la parte fiel a ejercer cualquiera de los dos derechos que le franquea el artículo 1418.

En este orden de ideas, los contratos preparatorios no sólo aspiran o buscan retóricamente la suscripción definitiva del futuro contrato, pues de lo contrario no se celebrarían, sino que además aseguran dicha celebración definitiva.

La misma Exposición de Motivos del Código⁽²⁵⁾ indica claramente que “(...) **la función de un contrato preparatorio es de garantía o aseguramiento contractual**”. (El resaltado es nuestro) En esta misma línea apunta De Cupis⁽²⁶⁾ al precisar que: “la parte que frente a otra ha adquirido el derecho a que la misma concorra a otorgar el contrato definitivo, está jurídicamente garantizada por una prestación que consti-

(24) Nos referimos a la buena fe durante la ejecución del compromiso de contratar, y al mismo tiempo, a la buena fe durante la celebración del contrato definitivo.

(25) *Exposición de motivos del Código Civil*. Compiladora: Delia Revoredo de Debakey, T. VI, p. 74.

(26) DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1975, ps. 357/358.

tuye el medio para obtener otra ulterior prestación, que es la que será objeto del contrato definitivo (...).”

Cabe añadir que la referida Exposición de Motivos del Código⁽²⁷⁾ resalta luego el hecho de que “la utilidad práctica de los contratos preparatorios es indiscutible. En efecto, sucede con frecuencia que por dificultades u obstáculos de hecho o derecho, no sea factible o conveniente concluir un contrato, pero **sí resulta recomendable que las partes aseguren su celebración futura.**” (El resaltado es nuestro) Como se puede apreciar, vuelve a destacarse la función de garantía que cumplen estos contratos⁽²⁸⁾.

En consecuencia, resulta claro que al negarse injustificadamente una de las partes a suscribir el contrato definitivo, se estaría incumpliendo abiertamente la Promesa de Contratar.

Como se ha visto, la obligación esencial en la Promesa de Contratar es que las partes se comprometen a suscribir el contrato definitivo.

Sobre el particular, debemos hacer una precisión. Ambas partes deben tener presente que el celebrar un contrato preparatorio lleva obligatoriamente a la suscripción del contrato definitivo si una de las partes así lo quiere o a las consecuencias que sufrirá la parte que se niega a ello.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que una de las partes tendría que exigir a la otra la celebración del contrato objetivo, pues de no ha-

(27) Exposición de Motivos del Código Civil, ob. cit., p. 74.

(28) Al respecto, no es correcto que sea siempre conveniente celebrar un preparatorio cuando las partes tengan impedimentos de hecho o derecho para celebrar un definitivo, o porque no se encuentran seguras todavía de celebrar este último, como señala la Exposición de Motivos del Código. En el primer caso, se puede, por ejemplo, someter el *target* a condición (un contrato definitivo sometido a condición suspensiva), y en el segundo, podría ser más que suficiente el suscribir una carta de intención o un *memorandum of understanding*. En cambio celebrar un preparatorio, trae el riesgo de que si la contraparte desea celebrar luego el definitivo, a final de cuentas se llegará a éste, o en todo caso, se pagarán las consecuencias de la negativa.

Sucede que no puede perderse de vista que la obligación esencial en el compromiso de contratar es que las partes se comprometen a celebrar en el futuro el contrato definitivo. Y consecuentemente, la negativa injustificada de una de las partes a celebrar el contrato definitivo, puede calificar como un incumplimiento contractual, pues es claro que las obligaciones se asumen para ser cumplidas.

De otro lado, las partes podrían tener un interés en postergar la celebración del contrato definitivo por razones especulativas, o por motivos de orden legal (tales como tributaria), cambiaria o arancelaria, considerando ello por un mejor régimen futuro. En definitiva, la utilidad del compromiso responderá siempre pues al interés de las partes, lo que como se puede comprender es de lo más variado.

cerlo ninguna de ellas, el plazo del compromiso expiraría, y por tanto, ambas partes se liberarían y por supuesto, no se generaría responsabilidad alguna por ello.

Con ello queremos dejar sentado que tal y como está definido este tipo contractual en el artículo 1414 del Código, no por el hecho de que se celebre este contrato, se generará automáticamente el contrato objetivo. Para que ello suceda, una de las partes tendrá que cursar una oferta de contrato a la otra parte sobre la base de los términos del compromiso. Lo que sucede es que en virtud del compromiso, la parte que recibe oportunamente la oferta (y habiéndose formulado ésta sobre la base del compromiso), estará obligada a aceptarla.

De allí que proponemos que la redacción del referido artículo 1414 se precise de la siguiente manera:

“Por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. En tal sentido, si una de ellas decidiera formular una oferta a la otra parte, esta última quedará obligada a aceptar dicha oferta, siempre que dicha oferta fuera formulada oportunamente y sobre la base de los términos del compromiso de contratar”.

En consecuencia, la definición del compromiso de contratar no es en realidad la celebración futura de un contrato, sino la obligación de aceptar (una de las partes) la oferta (de la otra parte) de celebrar el contrato futuro, en caso esta última le formule oportunamente la misma sobre la base del compromiso.

Junto a la obligación que nace de la Promesa de Contratar, se encuentra la elemental obligación de actuar según las reglas de la buena fe, la cual debe iluminar todo el *iter* contractual desde su formación hasta su consumación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que ningún pacto puede ser interpretado en el sentido de liberar al deudor de responsabilidad por el incumplimiento doloso o gravemente negligente de sus obligaciones, pues el artículo 1328 del Código la proscribiera al declarar nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. Así pues, una obligación cuyo incumplimiento doloso no genere responsabilidad constituiría una obligación cuyo cumplimiento en la práctica estaría al libre arbitrio del deudor, con lo cual puede decirse que dejaría, precisamente, de ser una obligación, y se convertiría en una potestad; y el instrumento que la estableciera, por tanto, dejaría de ser un contrato, pues su objeto dejaría de ser una obligación (lo cual es totalmente contradictorio con el artículo 1402 del Código que recoge la tesis obligacional de los contratos).

Nótese que la Promesa de Contratar es un compromiso de contratar y no un contrato de opción. Un compromiso y no una opción que concede a una de las partes el pleno derecho para decidir si celebra en el futuro el contrato definitivo o no, sea cual fuere la causa para tomar tal decisión, incluyendo, entonces, eventuales nuevas estimaciones sobre la necesidad del objeto del contrato definitivo. Por el contrario, al tratarse de un compromiso de contratar genera en las partes, una obligación de contratar, y un deber de actuar de buena fe para lograr la celebración del contrato definitivo.

2.1. El deber de buena fe en la Promesa de Contratar

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1362 del Código “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Dicho artículo 1362 es una norma claramente imperativa. El uso del verbo “deber” es una de las características de la norma jurídica imperativa. Como apunta Giorgi⁽²⁹⁾, las normas serán imperativas cuando acompañen las palabras “bajo pena de nulidad”, “no podrán”, “deben” u otras equivalentes. Obsérvese que el verbo “deber” no implica una recomendación o consejo de legislador, sino un mandato legal.

La primera consecuencia del carácter imperativo del citado artículo 1362 es que las partes no pueden estipular en contra de éste. Es ilegal que los contratantes pacten que no procederán de buena fe o que actuarán con mala fe. La segunda consecuencia, y la más importante, es que dado que el referido artículo 1362 tiene carácter imperativo, y por tanto forma parte de todo contrato debido a un principio de integración contractual cogente, el no negociar, celebrar o ejecutar un contrato de buena fe importa un incumplimiento contractual, con todas las consecuencias legales que tal incumplimiento produce.

El actuar sin buena fe constituye una conducta ilegal, y cuando ello se da, se dice que la parte infiel ha actuado con mala fe. En efecto, tal como apunta De los Mozos⁽³⁰⁾, “la mala fe es un concepto puramente negativo que denota ausencia de buena fe. Si no se actúa de buena fe, se está actuando de mala fe”.

(29) GIORGI, Jorge. *Teoría de las Obligaciones*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, vol. I, p. 286.

(30) DE LOS MOZOS, Jorge Luis, *El principio de la buena fe*, Bosch, Casa Editorial S. A. Barcelona, 1965, p. 64.

Cabe indicar que la buena fe, piedra angular de la contratación, se manifiesta en dos sentidos: uno subjetivo y otro objetivo. En sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le denomina “buena fe-creencia”. En sentido objetivo, la buena fe actúa como una regla de conducta, que orienta la actuación leal del sujeto, lo que determina que se le llame “buena fe-lealtad”. En relación a esto último, puede decirse siguiendo a Monateri⁽³¹⁾ que “la buena fe objetiva, se entiende como un límite a la autonomía negocial de las partes; una acepción que se presenta, repetidamente en materia de obligaciones y contratos, y que impone a las partes el respeto a los principios de lealtad, solidaridad y seriedad”.

En la Promesa de contratar, el deber consagrado en el artículo 1362 del Código debe entenderse referido a la buena fe objetiva, pues al haberse las partes obligado a celebrar un contrato definitivo, éstas no pueden limitarse a una pasiva y candorosa buena intención mantenida en lo más íntimo de su fuero interno —buena fe creencia—, sino que deben necesariamente desplegar toda su conducta objetiva, conducente a la efectiva celebración del contrato definitivo.

Así, la Buena Fe (entendida en su acepción objetiva) exige pues **un comportamiento coherente de las partes**, lo que significa que: “cuando una persona, ha suscitado en otra con su conducta, una confianza fundada, conforme a la Buena Fe, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar a la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella”⁽³²⁾.

En suma, siguiendo a Brebbia⁽³³⁾, quien se apoya en Saleilles, el deber de buena fe “(...) consiste en el deber que tienen las partes de **respetar la palabra empeñada y de no defraudar la confianza suscitada por una manifestación de voluntad o conducta** (...). En similar opinión, Etcheverry⁽³⁴⁾ sostiene que “**es buena fe** contractual la consideración que se deben las partes en un negocio, o bien, en una aplicación más amplia, **la**

(31) MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile*, Torino: 1998, UTET, p. 644.

(32) DÍEZ-PICAZO, Luis, *La Doctrina de los Propios Actos*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, p. 142.

(33) BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad precontractual*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987, p. 91 (Cf.: SALEILLES, Raymond, “De la responsabilité précontractuelle”. En: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1907, ps. 697 a 751).

(34) ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “El standard de buena fe en el derecho mercantil”, *La Ley*, 1987-E, 900.

necesaria observancia de una conducta coherente, no contradictoria con otros actos anteriores del mismo sujeto". (Lo resaltado es nuestro)

Finalmente, apoyándonos en Betti⁽³⁵⁾, la buena fe **que se refiere a la ejecución del contrato pactado, es esencialmente una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte;** actitud que tiene como efectos más destacados la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la prontitud de ayudar a la otra parte." (El resaltado es nuestro)

Resulta claro, entonces, que al estar la relación jurídica generada por el contrato compuesta de obligaciones, se crea entre el deudor y el acreedor un deber de esmero máximo y colaboración mutua para alcanzar la finalidad buscada de la manera que mejor convenga a los intereses de ambos. Tal finalidad no puede ser otra que realizar los actos conducentes a la celebración del contrato definitivo. Supone lealtad respecto de las expectativas generadas en la contraparte. O sea, una relación de confianza entre las partes. Por tanto, la parte que traiciona dicha confianza incurre en responsabilidad a la luz de lo dispuesto por el citado artículo 1321 del Código.

En otras palabras, la parte que desarrolla maniobras con el único propósito de impedir la celebración del contrato definitivo incumple la Promesa de Contratar, y por tanto, debe incurrir en responsabilidad contractual. Actuando entonces de mala fe al incumplir deliberadamente las obligaciones derivadas de la Promesa de Contratar, se incurre en un incumplimiento doloso de dicho contrato, pues, de conformidad con el artículo 1318 del Código, actúa con dolo quien incumple deliberadamente sus obligaciones.

En este contexto, no existe razón alguna, conforme a Derecho, que justifique o pueda justificar la conducta desleal de una de las partes. Violar la legítima convicción y confianza de la parte contraria es a todas luces antijurídico. Por tal razón, esta parte infiel debe responder por los daños que su conducta dolosa y desleal ha ocasionado a su contraparte. Dicho de otro modo, tal parte queda obligada a responder por los daños irrogados a la contraria, ya que la inobservancia de las reglas de la buena fe, así como la inejecución deliberada de las obligaciones asumidas en la Promesa de Contratar dan lugar a una sanción conforme a nuestro ordenamiento civil, como se verá en el siguiente rubro.

(35) BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, T. I, p. 101.

Conforme a lo anterior, la parte infiel es responsable por haber incumplido la obligación impuesta por el artículo 1362 del Código. Y además tendrá que indemnizar a su contraparte por los daños ocasionados, derivados de su injustificada negativa a celebrar el contrato definitivo.

En este sentido se pronuncian Cárdenas y Martínez Coco⁽³⁶⁾ al indicar que: “como expresa Roppo, comentando la norma similar a la nuestra en el Código Civil italiano, **la parte dañada puede obtener el resarcimiento de los daños sufridos por culpa de la parte desleal. Esta ha violado en efecto un preciso deber impuesto por la ley, (...) la buena fe. De la violación de este deber, y de los daños que él produce a la contraparte, se deriva por lo tanto la responsabilidad**”. (Lo resaltado es nuestro)

De igual opinión, Pascual Estevill⁽³⁷⁾ sostiene que “(...), si se reflexiona, podrá observarse que **tales daños se han producido porque uno de los intervinientes en la relación ha hecho creer a la otra parte que el contrato se realizaría válidamente, aun a sabiendas de que las cosas no sucederían así, (...)** lesionando así aquel derecho a la confianza que el perjudicado tenía en la conclusión del negocio (...), si se tiene presente que aquella confianza la había generado el propio contraventor de las reglas de la buena fe (...)” (El resaltado es nuestro)

3. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Sin perjuicio de poder optar entre la ejecución forzada del compromiso (y consecuentemente se celebre el contrato definitivo por orden del juzgador) o el dejarlo sin efecto (el compromiso), ambas en virtud del referido artículo 1418 del Código, la parte dañada, al amparo de esa misma regla, tiene derecho a obtener una indemnización de la parte incumplidora por los daños que se hubieran generado.

En efecto, la conducta de la parte infiel, al defraudar indebida e intencionalmente (o con grave negligencia que para nuestro ordenamiento jurídico tiene iguales efectos) las expectativas contractuales de la otra, da lugar a una indemnización por los daños causados.

(36) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos y MARTÍNEZ COCO, Elvira. *El moderno contenido de la responsabilidad precontractual a partir de las relaciones de consumo*. En: *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 410/411.

(37) PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Derecho de daños. Principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*, T. II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, p. 1050.

La indemnización para ser completa debe comprender todo lo necesario a fin de colocar al acreedor en la misma situación jurídica en que se encontraría si la obligación hubiese sido cumplida. Por eso, conforme al segundo párrafo del artículo 1321 del Código Civil, el acreedor tiene derecho de exigir el resarcimiento por el daño emergente y el lucro cesante, siempre claro que ello fuera consecuencia inmediata y directa de la inejecución⁽³⁸⁾.

De un lado, el daño emergente o daño actual, según Zannoni⁽³⁹⁾, es referido a “aquellos perjuicios que se traducen en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que pueden generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar”. En otras palabras, la parte infiel debe resarcir a la parte fiel todos los gastos, y en general, indemnizar todos los perjuicios que éste ha sufrido.

De otro lado, el lucro cesante o daño futuro, siguiendo con el mismo Zannoni⁽⁴⁰⁾, “es la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial de la víctima: el perjuicio... que puede impedir que se obtenga ciertos lucros o ganancias que se traducirían en un enriquecimiento económico”. Con relación al lucro cesante, debe tenerse en cuenta, como afirma Morello⁽⁴¹⁾, que “en concreto, el lucro cesante no consiste en la privación de una simple posibilidad de ganancia, pero tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que ésta se habría conseguido, para que sea indemnizable basta cierta probabilidad objetiva según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias particulares del caso”.

Finalmente, cabe destacar sobre el particular que existe jurisprudencia al respecto. En efecto, la Sala Civil de la Corte Suprema en la Sentencia de 7 de enero de 1991, al resolver el caso seguido por un grupo de inversionistas peruanos contra Daimler Benz A. G., concluyó que, **al existir entre las partes un compromiso de contratar [o Pro-**

(38) Según el artículo 1321 del Código, “queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

(39) ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 34.

(40) ZANNONI, Eduardo A. ob. cit., p. 35.

(41) MORELLO, Augusto M. *Indemnización del daño contractual*. Librería Editora Platense/Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 196.

mesa de Contratar], “...el examen de las conductas debe practicarse en relación con ese contenido cuya existencia no se discute [el de la Promesa de contratar] y si él creaba la obligación de firmar el contrato sobre ciertas premisas ya fijadas [...], es coherente que el incumplimiento de celebrar el contrato [el contrato definitivo] no puede calificarse como culpa leve, por omisión de diligencia debida en la negociación o en la ejecución sino a deliberada intención de no cumplir la obligación asumida...” por lo que, las partes perjudicadas por “...el incumplimiento de la obligación de la demandada **no solamente debe resarcírseles el daño patrimonial provocado, sino la ganancia que era de legítima expectativa...**” (Lo resaltado y los textos entre corchetes nos pertenecen)

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, bajo el ordenamiento jurídico peruano (la normatividad vigente, la doctrina y la Jurisprudencia), la parte que inexecuta la Promesa de Contratar por causal imputable a ella (entiéndase con dolo o con culpa grave, violando así también el deber de buena fe durante la ejecución de la misma y/o no suscribe injustificadamente el contrato definitivo), no cumple una obligación con prestación de hacer (que en este caso es una de resultado). Ello puede traducirse en una situación antijurídica de incumplimiento; y por tanto, sería amparable que, sin perjuicio de poder alegarse una celebración forzada del contrato definitivo o de dejarse sin efecto el compromiso de contratar, la parte dañada pueda obtener de la parte incumplidora una indemnización no sólo el daño patrimonial que le ha ocasionado —daño emergente—, sino también la legítima expectativa de ganancia frustrada —lucro cesante—, siempre que ello fuera consecuencia inmediata y directa de la inexecución.

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS Y EL CONTRATO NOMINADO DE PROMESA EN MÉXICO

Por Carlos A. GABUARDI⁽¹⁾

SUMARIO: Introducción. 1. El contrato nominado de promesa de celebrar un contrato futuro. 1.1. Los contratos nominados de promesa pueden ser unilaterales o bilaterales. 1.2. El contrato nominado de promesa sólo da origen a obligaciones de hacer. 1.3. Los requisitos de los contratos nominados de promesa y sus implicaciones jurídicas. 1.4. Acciones para el caso de incumplimiento de los contratos nominados de promesa. 1.5. Pequeñas variantes en la codificación civil mexicana. 2. Los contratos preparatorios innominados. 2.1. Los *Non-Binding Agreements*. 2.2. Y ahora, ¿quién podrá salvarnos? 3. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La revisión de los códigos civiles en los Estados de la República Mexicana⁽²⁾ nos muestra que todos y cada uno de ellos incluyen un capítulo denominado “De los Contratos Preparatorios. La Promesa”, bajo cuyo epígrafe se regula un solo contrato nominado relativo a la promesa de celebrar un contrato futuro, cualquiera que éste sea.

(1) Profesor de Derecho en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Miembro de número del Grupo de los 100 y Co-secretario General del Centro de Innovación, Desarrollo e Investigación Jurídica para Latinoamérica.

(2) En lo sucesivo usaré la palabra “Estado”, usada con mayúscula, para referirme al Estado Mexicano y cuando use la palabra “estado”, en minúscula, lo haré para referirme a los estados federados de la República Mexicana, así como al Distrito Federal. En los términos del artículo 43 de la Constitución Mexicana, los estados de la república son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

A esto habría que agregar que la regulación nominada de estos contratos es muy breve y somera, adoptando en prácticamente todos los casos el modelo del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal de 1928⁽³⁾.

Así, en este trabajo me enfocaré muy principalmente, a explorar las semejanzas y diferencias entre el tratamiento de este contrato en los diversos códigos civiles vigentes en México, así como sobre la manera en que la jurisprudencia mexicana ha elaborado sobre el contenido y alcance de este tipo de contratos para finalmente presentar algunas ideas con respecto a los contratos preparatorios innominados.

1. EL CONTRATO NOMINADO DE PROMESA DE CELEBRAR UN CONTRATO FUTURO

En mi opinión las formulas usadas por los códigos civiles mexicanos al establecer el capítulo de los contratos preparatorios tienen un contenido de carácter meramente declarativo que persigue una doble finalidad, por un lado la establecer categóricamente que en México no hay impedimento legal para que los particulares puedan contratar la celebración futura de un contrato determinado, y por la otra, la de regular de manera expresa los requisitos y formalidades especiales que deberán observarse en este tipo de contratos.

Don Ricardo Treviño García ha comentado que: “La promesa de contrato recibe diversas denominaciones, como precontrato, contrato preliminar, antecontrato, contrato preparatorio y pacto *de contrahendo*, de opción y contrato prometido”⁽⁴⁾

(3) Hasta mayo del año 2000 este Código servía en el doble papel de Código Civil del Distrito Federal y de Código Civil federal, pero conforme a lo dispuesto por el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la ley Federal de Protección al Consumidor”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, se modificó la denominación del mismo; por lo que a partir de este entonces éste sólo se denominaría “Código Civil Federal”, con todas las consecuencias del caso. Del mismo modos, el artículo segundo transitorio de dicho decreto estableció que dicha reforma no implicaba “modificación alguna a las disposiciones legales aplicables en materia civil para el Distrito Federal”, por lo que éstas seguirían vigentes para el ámbito local de dicha entidad, de manera que a partir de esta fecha la regulación de la materia civil en el Distrito Federal quedó encargada a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

(4) TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, *Los Contratos Civiles y sus Generalidades*, 7ª ed., México, McGraw-Hill, 2008, p. 69.

Así, en la fórmula típica con la que la mayor parte de los códigos civiles mexicanos inician el capítulo relativo al contrato nominado de promesa, estos establecen: “Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.”⁽⁵⁾ Y aunque algunos de los demás códigos civiles adoptan formulas ligeramente distintas, en el fondo todas estas formulas consagran el mismo principio y los mismos conceptos⁽⁶⁾.

1.1. Los contratos nominados de promesa pueden ser unilaterales o bilaterales

Por otra parte, todos los códigos civiles mexicanos señalan expresamente que los contratos de promesa pueden ser unilaterales o bilaterales⁽⁷⁾.

(5) Esta es la fórmula usada en los códigos civiles de Aguascalientes (art. 2114), Baja California (art. 2117), Baja California Sur (art. 2149), Campeche (art. 2142), Chiapas (art. 2217), Coahuila (art. 2645), Colima (art. 2134), el Distrito Federal (art. 2243), Durango (art. 2124 Hidalgo (art. 2225), Jalisco (art. 1834), Michoacán (art. 1408), Nayarit (art. 1616), Nuevo León (art. 2137), Oaxaca (art. 2119), Querétaro (art. 2112), San Luis Potosí (art. 2076), Sinaloa (art. 2125), Tamaulipas (art. 1578), Veracruz (art.), Yucatán (art.) y el Código Civil Federal (art. 2243). De manera muy semejante, el artículo 2185 del Código Civil de Guerrero señala: “Podrá asumirse contractualmente, por una o por ambas partes, la obligación de celebrar un contrato futuro.”, el artículo 2109 de Puebla señala: “Por virtud de la promesa de contratar, una parte o ambas se obligan a celebrar, en cierto tiempo, un contrato determinado.”, el artículo 2495 de Tabasco señala: “Por virtud de la promesa de contratar, una parte o ambas se obligan a celebrar en cierto tiempo, un contrato futuro determinado. La promesa de contratar puede ser unilateral o bilateral.”, el primer y tercer párrafo de los artículos 1841 y 1569 de Tlaxcala y Zacatecas, respectivamente, señalan: “Por virtud de la promesa de contratar, una parte o ambas se obligan a celebrar, en cierto tiempo, un contrato futuro determinado.”, y “El contrato mediante el cual se crea la promesa de contratar se llama precontrato.”, y el artículo 2543 de Quintana Roo señala: “Puede asumirse contractualmente, por una o por ambas partes, la obligación de celebrar un contrato futuro.”

(6) En este sentido, el artículo 2116 de Chihuahua establece: “Mediante el contrato de promesa uno o varios contratantes, pueden asumir la obligación de celebrar, dentro de cierto tiempo, un contrato futuro determinado.”, el artículo 7.254 del Estado de México establece: “La promesa es el contrato preparatorio por el que una o ambas partes se obligan a celebrar, dentro de un cierto plazo, un contrato.”, el artículo 1735 de Guanajuato establece “1735. El contrato preparatorio o promesa de contrato, es aquel por virtud del cual una parte o ambas se obligan a celebrar dentro de cierto tiempo un contrato futuro determinado.”, el artículo 1721 del Morelos establece: “El contrato preparatorio o promesa de contrato, es aquel por virtud del cual una parte o ambas se obligan en cierto tiempo a celebrar un contrato futuro determinado.” y el artículo 2474 de Sonora establece: “El contrato preparatorio o promesa de contrato, es aquel por virtud del cual una parte o ambas se obligan en cierto tiempo a celebrar un contrato futuro determinado”.

(7) La mayor parte de los códigos civiles mexicanos adoptan la siguiente fórmula: “La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral

Los contratos unilaterales han sido definidos como aquellos en los que todas las cargas del contrato recaen íntegramente sobre una sola de las partes⁽⁸⁾, citándose como ejemplo más típico el del contrato de donación⁽⁹⁾, así como también —aunque esto último me parece un

o bilateral”. Tal es el caso del Código de Aguascalientes (art. 2115), Baja California (art. 2118), Baja California Sur (art. 2150), Campeche (art. 2143), Chiapas (art. 2218), Coahuila (art. 2646), Colima (art. 2135), el Distrito Federal (art. 2244), Durango (art. 2125), Hidalgo (art. 2226), Jalisco (art. 1835), Michoacán (art. 1409), Morelos (art. 1724), Nayarit (art. 1617), Nuevo León (art. 2138), Oaxaca (art. 2120), Querétaro (art. 2113), San Luis Potosí (art. 2077), Sinaloa (art. 2126), Sonora (art. 2478), Veracruz (art. 2177), Yucatán (art. 1392) y el Código Civil Federal (art. 2244). De manera muy semejante, este mismo principio está consagrado en el resto de los códigos civiles mexicanos, usando formulas ligeramente distintas. P. ej. El artículo 2127 del Código Civil de Chihuahua señala: “El contrato de promesa será unilateral cuando sólo una de las partes se obliga a celebrar el contrato; será bilateral, cuando las dos partes se obligan a ello.

(8) “Conforme con la clasificación clásica, distinguimos los contratos en unilaterales y bilaterales, según sus efectos; en los primeros, una sola de las partes debe prestaciones a la otra; en los segundos, las prestaciones son recíprocas. La clasificación de los contratos en bilaterales y unilaterales no debe ser confundida con la de los actos jurídicos en bilaterales y unilaterales pues ésta se refiere a la formación del acto; según que el acto jurídico nazca por la voluntad de una sola parte (el testamento, por ejemplo) o de ambas partes (verbigracia, el contrato). Resulta, por tanto que el contrato unilateral es, por su formación, un contrato bilateral, ya que para su constitución se requiere el concurso de dos o más voluntades”. FARINA, Juan M. “Contrato Unilateral”. En AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Argentina, Bibliográfica Omeba, 1979, ps. 603 y 604.

(9) **OBJETO Y CAUSA EN LOS CONTRATOS.** Es cierto que la doctrina, en algunas ocasiones, reconoce la sinonimia entre los términos de causa y objeto en los contratos, y en ocasiones asemeja la causa al motivo del contrato y admite la diferencia que existe entre la causa en los contratos sinalagmáticos y en los contratos unilaterales, con especial mención de los contratos gratuitos; pero en síntesis, puede afirmarse que el motivo del contrato es algo personal en cada individuo, un impulso variable en cada contratante, y la causa es algo que no varía con las partes y que en un contrato de una naturaleza determinada, es siempre idéntica. Así, cuando se celebra un contrato de compraventa, la causa de la obligación del vendedor es la entrega del precio por el comprador, y la causa de la obligación del comprador, es la entrega de la cosa vendida por parte del vendedor; que el comprador pretende obtener la cosa por motivos de lucro, por motivos personales de conveniencia, comodidad o aun por puro lujo, es una cuestión interna, psicológica, que no puede ser materia de discusiones jurídicas, porque lo subjetivo no puede ser sometido a normas jurídicas, en tanto que se conserva en el fuero interno, y sólo es materia de la norma legislativa, cuando esos móviles internos se traducen objetivamente por actos en relación con otros individuos o con la sociedad. En los contratos unilaterales y principalmente en las donaciones, la causa del contrato se considera en el *animus donandi*, traducido en la expresión de la voluntad de donar como una liberalidad, y es sólo esta expresión de voluntad la que constituye al donante en la obligación de cumplir con el compromiso contraído voluntariamente, de lo que se concluye que si en una escritura de división y partición de bienes, el usufructuario de los mismos,

tanto sujeto a ser discutido a la luz de las circunstancias concretas— los contratos de préstamo, depósito, mandato y fianza⁽¹⁰⁾.

Junto a esto, la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito han establecido que los contratos bilaterales o sinalagmáticos se caracterizan por la reciprocidad e interdependencia de las obligaciones de las partes, en las que unas y otras sirven mutuamente a la causa del contrato, de tal suerte “que lo que caracteriza a las relaciones obligatorias sinalagmáticas, es la interdependencia o nexo causal entre los deberes, de manera que cada uno de ellos, en relación al otro, funciona como contraprestación y ambos deberes de prestación deben cumplirse en lo que se señala una interdependencia funcional. Por tanto, es necesario atender a la igualdad de las prestaciones recíprocas conforme a las circunstancias del caso, pues la igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y a la finalidad o causa.”⁽¹¹⁾

Por las razones que veremos más adelante cuando me refiera al contenido sustantivo de los contratos de promesa, podemos avanzar mi opinión en el sentido de que el contrato preparatorio de un con-

se compromete a cubrir el pasivo de la sucesión, entre el que se encuentran unos créditos hipotecarios, que gravitan sobre los bienes usufructuados, si no se expresa el motivo o antecedente de la obligación, esta circunstancia en nada influye para la validez de la misma, supuesto que en nuestro régimen jurídico, no existe prevención de naturaleza alguna, que obligue a las partes a expresar el antecedente personal de la obligación contraída, y basta para la validez de la misma, la expresión de voluntad con las formalidades prescritas por la ley”. Amparo civil directo 2467/37. Ortiz de Montellano viuda de Pesquera Úrsula. 4 de mayo de 1938. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época. Registro: 356779. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario. Judicial de la Federación. LVI. Materia(s): Civil. Tesis: Página: 1143.

(10) Cf. Farina, Juan M. Loc. Cit. P. 604.

(11) **CONTRATOS BILATERALES. EL INCUMPLIMIENTO BASE DE EXCEPCIÓN DEBE ESTAR EN INTERDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LAS PRESTACIONES.** CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 13744/2004. Víctor Manuel Granados Gutiérrez. 28 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López. Amparo directo 17964/2004. Kemper de México, Compañía de Seguros, S. A. 9 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola. Amparo directo 3664/2005. Sebastián Rodríguez Estrada, su sucesión. 6 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Novena Época. Registro: 178014, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Julio de 2005, Materia(s): Civil, Tesis: I.40.C.83 C, Página: 1406.

trato unilateral deberá ser unilateral y el preparatorio de un contrato bilateral deberá ser bilateral.

1.2. El contrato nominado de promesa sólo da origen a obligaciones de hacer

Al referirse a las obligaciones que pueden derivarse de los contratos de promesa, la mayor parte de los códigos civiles mexicanos adoptan la siguiente fórmula: “La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.”⁽¹²⁾

En cualquier caso, debe observarse que en esta fórmula se hace una doble restricción que se inicia con la palabra “sólo”, estableciéndose que los contratos de promesa únicamente pueden dar origen a “obligaciones de hacer” consistentes en el otorgamiento del contrato definitivo; de donde cabe preguntarse sobre el alcance jurídico del término “sólo” en el contexto de la fórmula en cuestión.

Sobre este punto veo varias opciones con consecuencias jurídicas muy distintas, entre otras muchas que se podrían plantear a la luz de las situaciones concretas.

Bajo la primera posibilidad, opera la autonomía de la voluntad en su modalidad de la libertad de contratación y conforme a esta opción las disposiciones de la codificación civil sólo surte un efecto supletorio de

(12) Tal es el caso del Código de Aguascalientes (art. 2116), Baja California (art. 2119), Baja California Sur (art. 2151), Campeche (art. 2144), Chiapas (art. 2219), Coahuila (art. 2646), Colima (art. 2136), el Distrito Federal (art. 2245), Durango (art. 2126), Estado de México (art. 7.525), Guerrero (art. 2186), Hidalgo (art. 2227), Jalisco (art. 1836), Michoacán (art. 1410), Morelos (art. 1725), Nayarit (art. 1618), Nuevo León (art. 2139), Oaxaca (art. 2121), Puebla (art. 2113), Querétaro (art. 2114), San Luis Potosí (art. 2078), Sinaloa (art. 2127), Sonora (art. 2479), Tabasco (art. 2498), Tlaxcala (art. 1844), Veracruz (art. 2178), Yucatán (art. 1393), Zacatecas (art. 1572), y el Código Civil Federal (art. 2245). De manera muy semejante, los códigos civiles de Guanajuato y Tamaulipas usan formulas virtualmente idénticas, salvo que en el primero se usa el término “establecido” en lugar de “ofrecido” (art. 2226), mientras que en el segundo primero se usa el término “pactado” en lugar de “ofrecido” (art. 1579). Finalmente, el Código de Chihuahua agrega a la fórmula usada por la mayor parte de los códigos estatales, que las la obligación de otorgar el contrato “ofrecido” deberá hacerse observando ciertos requisitos que el mismo Código establece para aquellos casos en los que el contrato de promesa se refiera a bienes inmuebles.

la voluntad⁽¹³⁾; conforme a la segunda opción se trataría de una norma imperativo-prohibitiva y contrariar esta disposición podría acarrear la nulidad de las cláusulas *ultra vires* o del contrato entero; y conforme a una tercera opción las cláusulas *ultra vires* podrían ser consideradas como ineficaces y consecuentemente como no exigibles.

La discusión sobre los efectos jurídicos de un contrato de promesa de contrato futuro en el que se pactaran obligaciones distintas de aquellas consistentes en la celebración del contrato prometido exceden los el alcance de la discusión planteada en este trabajo, pero para

(13) Esta posición se basa principalmente en el principio relativo a la interpretación de los contratos que establece que la primera regla para la interpretación debe basarse en aquello que las partes convinieron de mutuo acuerdo. Sobre el particular, el artículo 1851 del Código Civil Federal establece: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”. En este mismo sentido esta fórmula es adoptada *verbatim* en los siguientes códigos civiles estatales: primer párrafo del artículo 1730 de Aguascalientes, primer párrafo del artículo 1738 de Baja California, primer párrafo del artículo 1756 de Baja California Sur, primer párrafo del artículo 1755 de Campeche, primer párrafo del artículo 1827 de Chiapas, primer párrafo del artículo 1745 de Chihuahua, primer párrafo del artículo 1742 de Colima, primer párrafo del artículo 1845 del Distrito Federal, primer párrafo del artículo 1735 de Durango, primer párrafo del artículo 7.94 del Estado de México, primer párrafo del artículo 1339 de Guanajuato, primer párrafo del artículo 1835 de Hidalgo, primer párrafo del artículo 1321 de Jalisco, primer párrafo del artículo 1018 de Michoacán, primer párrafo del artículo 1224 de Nayarit, primer párrafo del artículo 1748 de Nuevo León, primer párrafo del artículo 1732 de Oaxaca, primer párrafo del artículo 1714 de Querétaro, primer párrafo del artículo 1687 de San Luis Potosí, primer párrafo del artículo 1736 de Sinaloa, primer párrafo del artículo 1964 de Tabasco, primer párrafo del artículo 1322 de Tamaulipas, primer párrafo del artículo 1331 de Tlaxcala, primer párrafo del artículo 1784 de Veracruz, y primer párrafo del artículo 1047 de Yucatán. En el artículo 1927 de Coahuila su usa una pequeña variante del modelo cambiando el vocablo “términos” por el de “negocio jurídico”, mientras que el artículo 1495 de Puebla el vocablo “términos” por el de “palabras”. De manera similar, en el artículo 1648 del estado de Gurrero, además de cambiarse el vocablo “términos” por el de “negocio jurídico”, también se cambia el orden de los dos últimos párrafos, usándose la siguiente fórmula: “En el negocio jurídico otorgado por escrito, se estará al sentido literal de sus cláusulas, si no existe duda sobre la intención de las partes”. Otra variante se encuentra en el primer párrafo de los artículos 55 de Morelos, 110 de Sonora y 1060 de Zacatecas que no tienen un capítulo especial sobre la interpretación de los contratos, sino uno antecedente sobre la interpretación de los actos jurídicos (que también se aplica a los contratos) y que utilizan la siguiente fórmula “Si los términos de un acto jurídico son claros y no dejan duda sobre la intención del autor o autores del mismo, se estará al sentido literal de sus cláusulas”. Finalmente, en el estado de Quintana Roo además de haber un capítulo sobre la interpretación general del acto jurídico, también hay un capítulo sobre la interpretación de los contratos, pero en ambos casos se usa formulas casi idénticas.

los efectos del mismo, es necesario subrayar que el alcance jurídico de éstas obligaciones podría ser cuestionado.

Por estas razones, mi opinión sería que al celebrarse un contrato de esta naturaleza el contenido obligacional del mismo se circunscriba “sólo” a aquello a lo que constriñe la ley y que cualquier otra obligación que se desee pactar se documente en instrumentos paralelos.

1.3. Los requisitos de los contratos nominados de promesa y sus implicaciones jurídicas

A riesgo de reiterar sobre lo aparentemente obvio, lo primero que hay que decir es que los contratos de promesa deben cumplir con todos los requisitos esenciales, de validez y de contenido que son exigidos para todo los contratos; por lo que en este apartado sólo habré de referirme a aquellos consagrados expresamente por la codificación civil mexicana para este tipo de contratos.

En este sentido, la fórmula adoptada por la mayoría de los códigos civiles mexicanos⁽¹⁴⁾ establece lo siguiente los requisitos mínimos que deben contener los contratos de promesa, a saber: (a) deben constar por escrito; (b) deben contener los elementos característicos del contrato definitivo, y (c) deben limitarse a cierto tiempo, además de que en otros casos —aunque muy pocos— se establecen también algunos requisitos relativos a la publicidad registral del contrato⁽¹⁵⁾.

(14) “Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo”. El artículo 2129 de Chihuahua usa una fórmula, muy parecida pero agrega que: “Además, deben precisarse en ella los elementos esenciales el contrato futuro”.

(15) Tal es el caso del Código de Aguascalientes (art. 2117), Baja California (art. 2120), Baja California Sur (art. 2152), Chiapas (art. 2220), Colima (art. 2137), el Distrito Federal (art. 2246), Durango (art. 2127), Hidalgo (art. 2228), Jalisco (art. 1837), Michoacán (art. 1411), Nayarit (art. 1619), Oaxaca (art. 2122), Querétaro (art. 2115), San Luis Potosí (art. 2079), Veracruz (art. 2179), Yucatán (art. 1393), Zacatecas (art. 1572), y el Código Civil Federal (art. 2246). El artículo 2130 del Código Civil de Chihuahua señala que: “El contrato de promesa relativo a bienes inmuebles o derechos reales, cuyo contrato definitivo deba ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, también debe inscribirse para que produzca efectos con relación a terceros. En este caso, el contrato de promesa deberá otorgarse en escritura pública, si el precio del inmueble o derecho real excede del equivalente a quinientas veces el salario mínimo. En caso contrario, bastará un escrito privado debidamente ratificado ante fedatario público”; por su parte el artículo 2140 del Estado de Nuevo León adopta la misma fórmula, pero agregando un párrafo adicional en el que se establece que para que el contrato de promesa surta efectos contra terceros, éste debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad:

“La promesa de contratar sólo surtirá efectos contra tercero cuando se inscriba conforme a la fracción XIV del artículo 2894”. Esto mismo ocurre con el artículo 150 del Estado de Tamaulipas que a la letra señala: “Para que la promesa de contratar sea válida, debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo. La promesa de contratar sólo surtirá efectos contra tercero cuando se inscriba conforme a la fracción XIV del Artículo 2355.”

Por su parte, el artículo 2118 del Estado de Sinaloa, aunque también adopta la fórmula citada, también agrega un párrafo adicional en el que se establece que “si la promesa recae sobre un inmueble, el contrato respectivo deberá otorgarse en escritura pública si el valor excede de quinientos pesos”. Chihuahua usa una fórmula muy parecida a la adoptada por la mayoría de los códigos civiles mexicanos, adoptando los mismos requisitos establecidos en dicha fórmula (artículo 2129. Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito y limitarse a cierto tiempo. Además, deben precisarse en ella los elementos esenciales del contrato futuro.”).

Lo mismo sucede con Coahuila, que a su vez usa una fórmula propia: “Artículo 2648. Además de satisfacer los requisitos esenciales y de validez de todo negocio jurídico, el contrato de promesa debe contener los siguientes elementos esenciales específicos: I. Constar por escrito. II. Expresar los elementos esenciales específicos o característicos del contrato cuya celebración se promete, precisando las bases fundamentales sobre las que deben desarrollarse sus cláusulas principales. III. Que se determine el plazo en que habrá de otorgarse el contrato definitivo”. Por su parte, el Estado de Guerrero, usa una fórmula muy semejante a la del Estado de Coahuila: “Artículo 2187. El contrato de promesa, además de satisfacer los requisitos esenciales y de validez de los contratos, para obligar deberá: I. Constar por escrito; II. Expresar los elementos característicos del contrato cuya celebración se promete, precisando las bases fundamentales sobre las que deban desarrollarse sus cláusulas principales; y III. Limitarse a cierto tiempo.”

En el Estado de Puebla se sigue una fórmula muy similar, aunque en este caso los requisitos se limitan para los casos de contratos bilaterales: “Artículo 2111. Son elementos esenciales de la promesa bilateral de contratar: I. El consentimiento; II. Que se expresen los elementos esenciales y las cláusulas que según la voluntad de los promitentes, contendrá el contrato, que se obligan a celebrar o contrato definitivo; III. Que se determine el plazo en que habrá de otorgarse el contrato definitivo. Artículo 2112. La promesa de contratar deberá otorgarse por escrito, en documento público o privado”. Las disposiciones del Estado de México no sólo adoptan un estilo propio, si no que también agregan los mismos requisitos de publicidad incluidos en los códigos de Nuevo León y Tamaulipas (i.e. Artículo 7.526. Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito; en caso de que el contrato futuro recaiga sobre bienes inmuebles deberán ratificarse las firmas ante notario público. Artículo 7.527. El contrato de promesa debe contener los elementos característicos del contrato definitivo y el plazo en que habrá de otorgarse éste, en caso de no pactarse plazo, éste será de tres meses. Artículo 7.528. La promesa cuyo contrato definitivo deba ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, deberá ser anotada en el mismo registro.) En el caso de Campeche este estado usa una fórmula que aunque aparentemente es muy parecida a la que adopta la mayoría, incluye elementos formales más exigentes: “Art. 2145. La promesa de contratar debe constar por escrito, en instrumento público o en

No obstante, los efectos jurídicos resultantes de la observancia o incumplimiento de tales requisitos son muy diversos a través de la codificación civil mexicana.

De esta manera, en algunos estados los códigos civiles —como sucede en los casos de Coahuila y Puebla— al referirse a los requisitos de los contratos nominados de promesa, se habla expresamente de requisitos esenciales específicos⁽¹⁶⁾; en el caso de Tabasco⁽¹⁷⁾,

documento privado firmado por los otorgantes ante dos testigos, o por confesión judicial; y demás, debe expresar los elementos característicos del contrato definitivo, y limitarse a cierto tiempo.”

Guanajuato también usa una fórmula que aunque parecida a la de la mayoría, también incluye otros requerimientos, pero en este caso son de carácter sustantivo, aunque no incluye de manera expresa el requisito de que el contrato de promesa debe sujetarse a un tiempo determinado: “Artículo 1736. Son elementos esenciales del contrato preparatorio, además del consentimiento y el objeto, las siguientes: I. Que se expresen los elementos y características del contrato definitivo; II. Que el contrato definitivo sea posible, por no existir una ley que constituya un obstáculo insuperable para su realización.”

Sonora adopta una fórmula idéntica a la de Guanajuato: “ARTÍCULO 2475. Son elementos esenciales del contrato preparatorio, además del consentimiento y el objeto, los siguientes: I. Que se contengan los elementos y características del contrato definitivo; y II. Que el contrato definitivo sea posible, por no existir una ley que constituya un obstáculo insuperable para su realización”. La fórmula adoptada por Tabasco es una mezcla de la fórmula usada por Guanajuato y Sonora, con un poco de la fórmula adoptada por la mayoría de los códigos civiles mexicanos: “Artículo 2496. Son elementos esenciales de la promesa de contrato, además del consentimiento y el objeto, los siguientes: I. Que se expresen los elementos esenciales y las cláusulas del contrato definitivo; y II. Que se determine el plazo en que habrá de otorgarse el contrato definitivo.”

En principio, Tlaxcala (art. 1842) y Zacatecas (art. 1570) también usa una fórmula semejante: “Son elementos esenciales del precontrato, además del consentimiento y el objeto, los siguientes: I. Que se expresen los elementos esenciales y las cláusulas del contrato definitivo; II. Que se determine el plazo en que habrá de otorgarse el contrato definitivo”. En el caso de Yucatán debe anotarse que su Código Civil usa una fórmula propia: “Artículo 1394. Para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito en documento suscrito ante notario o escribano público, según corresponda, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo. Artículo 1395. La promesa de contratar que afecte bienes raíces o derechos reales constituidos sobre los mismos, deberá ser inscrita en el registro público de la propiedad.”

(16) Tal es el caso de Coahuila, que los califica expresamente de “elementos esenciales específicos”, En Puebla, el artículo 2111 establece los siguientes requisitos esenciales del contrato bilateral de promesa: “I. El consentimiento; II. Que se expresen los elementos esenciales y las cláusulas que según la voluntad de los promitentes, contendrá el contrato, que se obligan a celebrar o contrato definitivo; III. Que se determine el plazo en que habrá de otorgarse el contrato definitivo.”

(17) Cf. Artículo 2446.

Tlaxcala⁽¹⁸⁾ y Zacatecas⁽¹⁹⁾ también se establecen elementos esenciales, pero no se les califica con el adjetivo de requisitos esenciales específicos, y en otros casos —aun cuando no se usa la expresión “requisitos esenciales específicos”— sí queda expresamente determinado que la falta de alguno de tales elementos esenciales origina la inexistencia del contrato preparatorio, tal y como ocurre en los códigos civiles de los estados de Guanajuato⁽²⁰⁾, Morelos⁽²¹⁾ y Sonora⁽²²⁾.

No obstante, en la mayor parte de los códigos civiles mexicanos, los requisitos que he venido señalando se califican expresamente como requisitos de validez por lo que su incumplimiento traería como consecuencia la nulidad de contrato. Misma que en la mayor parte de los casos —si no es que en todos— se trataría de una nulidad relativa por cuanto la misma sería susceptible de ser subsanada por las partes⁽²³⁾, y aunque no existe calificación expresa en el caso de los códigos civiles de Campeche, Guerrero y Quintana Roo, en mi opinión, el contexto en que los usan dichos códigos me hace pensar que también los trata como requisitos de validez.

Por otro lado, el artículo 1738 del Código Civil de Guanajuato señala expresamente que los elementos específicos de validez requeridos para los contratos nominados de promesa son: (a) que el contrato definitivo tenga un objeto lícito; (b) que se determine el plazo dentro del cual se otorgará el contrato definitivo; (c) que el contrato preparatorio conste por escrito; y (d) que las partes tengan capacidad no sólo para celebrar el contrato preparatorio, sino también para otorgar el contrato definitivo.

Asimismo, el artículo 1723 del Código Civil de Morelos señala expresamente los siguientes elementos específicos de validez del contrato preliminar: (a) que se determine el plazo durante el cual se otorgará el contrato definitivo; y (b) que el contrato preliminar conste por escri-

(18) Cf. Artículo 1842.

(19) Cf. Artículo 1570.

(20) “Artículo 1737. La falta de alguno de los elementos anteriores, origina la inexistencia del contrato preparatorio.”

(21) Artículo 1722, *in fine*: “La falta de alguno de los elementos anteriores origina la inexistencia del contrato preliminar”.

(22) “ARTÍCULO 2476. La falta de alguno de los elementos anteriores, origina la inexistencia del contrato preliminar.”

(23) Tal es el caso del Código Civil Federal, de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, el Distrito Federal, Durango, el Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

to, pudiendo otorgarse en documento público o privado; y lo mismo ocurre con el artículo 2497 de Tabasco, con el artículo 1883 de Tlaxcala y con el artículo 1571 de Zacatecas que de manera idéntica establecen como elementos específicos de validez (a) que el contrato definitivo tenga un objeto, motivo o fin lícito; (b) que la promesa de contrato conste por escrito, pudiendo otorgarse en documento público o privado; y (c) que las partes tengan capacidad no sólo para celebrar la promesa de contrato, sino también para otorgar el contrato definitivo.

Finalmente, aunque no hay calificación expresa sobre la naturaleza del requisito, en el artículo 2112 del Código Civil del Estado de Puebla se establece como requisito formal de validez que el contrato nominado de promesa deberá otorgarse por escrito, en documento público o privado.

1.4. Acciones para el caso de incumplimiento de los contratos nominados de promesa

Casi todos los códigos civiles mexicanos prevén la acción de cumplimiento, que en el caso del contrato nominado de promesa se refiere específicamente a la posibilidad de exigir a la parte promitente el otorgamiento forzoso del contrato prometido —ya sea por sí o a través de la autoridad judicial— según se consagra en la siguiente fórmula: “Si el promitente rehúsa firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado (en algunos casos se usa el término ‘prometido’ en lugar de ‘concertado’), en su rebeldía los firmará el juez...”⁽²⁴⁾

(24) Aguascalientes (art. 2118), Baja California (art. 2121), Baja California Sur (art. 2153), Campeche (art. 2246), Chiapas (art. 2221), Coahuila (art. 2652), Colima (art. 2138), el Distrito Federal (art. 2247), Durango (art. 2128), Guanajuato (art. 1740), Guerrero (art. 2188), Hidalgo (art. 2229), Jalisco (art. 1838), Michoacán (art. 1412), Morelos (art. 1726), Nayarit (art. 1620), Oaxaca (art. 2123), Puebla (art. 2117), Querétaro (art. 2116), San Luis Potosí (art. 2080), Sinaloa (art. 2129), Sonora (art. 2481), Tabasco (art. 2500), Tamaulipas (art. 1581), Tlaxcala (art. 1846), Veracruz (art. 2180), Yucatán (art. 1396), Zacatecas (art. 1574), y el Código Civil Federal (art. 2247). En el caso del artículo 7.529 del Estado de México se sigue el mismo principio, pero se usa una fórmula ligeramente distinta: “Si el promitente, en caso de promesa inscrita en el Registro Público de la Propiedad, rehúsa firmar los documentos necesarios para celebrar el contrato concertado, en su rebeldía los firmará el Juez”. En el caso de Chihuahua, el artículo 2131 establece que: “Si el promitente o el causahabiente, en caso de promesa inscrita en el Registro Público de la Propiedad, rehúsan firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato concertado, en su rebeldía los firmará el juez; salvo el caso de que la celebración del contrato sea legalmente imposible, pues entonces la promesa quedará

Del mismo modo, en los artículos que se están comentando casi todos los códigos civiles mexicanos indican que en “caso de que la cosa ofrecida haya pasado por título oneroso a la propiedad de tercero de buena fe, pues entonces la promesa quedará sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.”⁽²⁵⁾

Este los términos de este artículo debe interpretarse que dichas acciones son mutuamente excluyentes, pero eventualmente no hay nada que indique que el ejercicio de estas acciones elimina la posibilidad de ejercitar cualquier otra acción que fuera congruente con la aquella que se ejercitara.

Finalmente, hay algunos códigos que también prevén de manera expresa la posibilidad de la acción de rescisión del contrato nominado de promesa⁽²⁶⁾.

1.5. Pequeñas variantes en la codificación civil mexicana

Como se ha mostrado, en la codificación civil mexicana la regulación de los contratos nominados de promesa es muy semejante a lo largo y ancho del territorio nacional; sin embargo algunos códigos civiles tienen notas particulares.

sin efecto, siendo responsable el que la hizo de todos los daños y perjuicios que se hayan originado a la otra parte.”

(25) Ídem. En el caso de Coahuila, el artículo 2655 del Código Civil de ese estado se establece el mismo principio, pero usando una fórmula un tanto distinta: “Si vencido el plazo a que se refiere la fracción III del artículo 2648 no se cumple la obligación de hacer dimanada de la promesa de contratar, el perjudicado podrá demandar el cumplimiento de ésta y que se dé al contrato la forma legal correspondiente o la rescisión de ella, y en uno y otro caso la reparación de los daños y perjuicios causados”. Los artículos 1727 y 1728 del Código Civil de Morelos presentan una situación muy semejante, estableciendo respectivamente que: “Respecto del incumplimiento de las promesas de contrato bilateral, se aplicarán las reglas contenidas en el artículo 1381 de este Código, salvo cuando el contrato definitivo sea traslativo de dominio.”, y que: “La obligación de hacer consistente en otorgar un contrato definitivo traslativo de dominio, no opera la transferencia de la propiedad respecto a los bienes o derechos, y si el promitente violando su obligación, dispone de la cosa o derecho, este acto jurídico es válido, sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurra por su incumplimiento”. Un situación semejante se contempla en los artículos 2117 a 2120 del Código Civil de Puebla, 2547 de Quintana Roo.

(26) Este es el caso del artículo 2499 del Código Civil de Tabasco, del artículo 1847 del Código Civil de Tlaxcala y del artículo 1575 del Código Civil de Zacatecas.

Así, los artículos 2649 y 2650 del Código Civil de Coahuila establecen —respectivamente— que la promesa de contratar no equivale al contrato definitivo y que si el otorgamiento del contrato definitivo ocurre antes de que se venza el plazo previsto para ello, el contrato de promesa cesará en sus efectos; y siguiendo un criterio *a contrario sensu*, el artículo 2480 del Código Civil de Sonora establece que: “Ni el contrato preliminar unilateral, ni el bilateral, equivalen al contrato definitivo, aun cuando se expresen como lo requiere este Código, todos los elementos de este último. Sólo en el caso de que, bajo el nombre de contrato preliminar, se ejecutaren desde entonces, en todo o en parte, las obligaciones del contrato definitivo, existirá precisamente este.”

Ambas situaciones (las previstas en los códigos de Coahuila y Sonora) son subsumidas por lo establecido en el artículo 2499 del Código Civil de Tabasco que a la letra señala: “La promesa de contrato no equivale al contrato definitivo, aun cuando se expresen en aquél todos los elementos de este último. Sólo cuando con el nombre de promesa de contrato, se ejecutaren desde que se contrae ésta, en todo o en parte, las obligaciones del contrato definitivo, existirá precisamente éste. En el segundo de los supuestos previstos en el párrafo anterior, cualquiera de las partes tiene acción contra la otra, para exigirle que se de al contrato, desde luego, con la forma que debe tener según este Código. También tendrá acción cualquiera de las partes para rescindir el contrato, en caso de haberse cumplido la condición resolutoria.”

2. LOS CONTRATOS PREPARATORIOS INNOMINADOS

Como se puede observar de lo que he venido exponiendo, bajo el epígrafe de los contratos preparatorios, en México sólo se regula un contrato nominado de contenido normativo sumamente rígido: el contrato de promesa de celebrar un contrato futuro.

Sin embargo, en la dinámica cotidiana de las operaciones contractuales es cada vez más frecuente encontrar que las partes que preparan la celebración de un contrato efectivamente deseen obligarse mutuamente entre sí, pero no con el objeto de otorgar las bases para celebrar tal o cual contrato; si no para asegurar jurídicamente determinados parámetros que habrán de normar el proceso preliminar considerado en sí mismo⁽²⁷⁾.

(27) “...en la realidad el contrato casi nunca se forma instantáneamente, especialmente, cuando presenta relevante interés económico, pues entonces, va prece-

Es decir, se trata del otorgamiento voluntario de un marco jurídico contractual que vincule a las partes de modo tal, que el proceso de tratos preliminares necesarios para que llegar a la determinación de los términos y condiciones particulares de una determinada relación de negocios a la que las partes desearían llegar —así como la manera en que la misma se instrumentaría la misma— ocurra en términos de buena fe, confidencialidad y no competencia, entre otras cosas.

Sobre este particular, conviene hacer una referencia a la manera en cómo se han dado estos procesos en la práctica contractual.

2.1. Los *Non-Binding Agreements*

La globalización ha dejado sentir sus efectos en todos los ámbitos y la práctica jurídica no es la excepción; y concretamente en el ámbito de los contratos preparatorios, a falta de contratos nominados adecuados a las realidades de los nuevos tiempos y quizá por un poco —o un mucho— de imitación extra lógica⁽²⁸⁾, se han ido adoptando algunos modelos de convenios nacidos en el seno de la tradición jurídica del *Common Law*.

Así, en el mejor de los casos uno encuentra instrumentos denominados “Cartas de Intención No Vinculantes” o “Convenio No Vincu-

dido de tratos o negociaciones, que en el lenguaje coloquial se denomina contratar, que sólo es una actividad dirigida a conseguir los acuerdos respectivos, más o menos prolongados, durante los cuales las futuras partes contratantes debaten acerca de cuál será o podrá ser el contenido del contrato por realizar y valoran la conveniencia de acceder o no a él. Los tratos o negociaciones preliminares no son vinculantes...”. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO Amparo directo 2826/2004. Banco del Atlántico, S. A. Institución de Banca Múltiple, Integrante del Grupo Financiero GBM Atlántico, S. A. de C. V. 9 de julio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad HERNÁNDEZ de Mosqueda. Secretario: Jorge Chong GUTIÉRREZ. Novena Época. Registro: 177335. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXII, septiembre de 2005- Materia(s): Civil. Tesis: I.6o.C.363 C. Página: 1436.

(28) “[...]. Antonio Caso, quien habría acuñado la expresión de “imitación extra-lógica” para referirse a una asimilación que está fuera de lugar, Ramos también encuentra que la *imitación sin discernimiento* es uno de nuestros errores históricos más recurrentes y más nocivos”. ESCALANTA, Ovodio, “Jorge Cuesta y el nacionalismo”, Milenio, online, publicado el 19 de febrero de 2011. <http://impreso.milenio.com/node/8914244> (Consultado por última vez el 13 de marzo de 2011). “La imitación extralógica se presenta cuando el imitador reproduce la conducta del creador porque le resulta atractiva, novedosa, original, porque quiere significarse o porque simplemente le rinde homenaje. La moda suele ser un buen ejemplo”. El MP y las imitaciones extralógicas” Crisol Plural, <http://crisolplural.com/2010/01/28/el-mp-y-las-imitaciones-extralogicas/> (Consultado por última vez el 13 de marzo de 2011).

lante de Negociaciones”, si no es que de plano, uno se encuentra con los encabezados ingleses de “Non Binding Letter of Intent” o “Non-Binding Negotiations Agreement”. Aunque justo es decir que esos instrumentos se han ido tropicalizando poco a poco, adaptándose —a veces más y a veces menos— a las condicionantes jurídicas de los países de tradición Romano-Germánica.

Digo lo anterior, no solamente porque el nombre mismo de estos instrumentos parece indicar un despropósito por cuanto el auténtico fin que se persigue al celebrar este tipo de contratos es justamente que los mismos sean vinculante, es decir que estos obliguen a las partes de tal modo que las obligaciones a las que mutuamente se comprometen puedan ser jurídicamente exigibles ante los tribunales; si no porque desde su origen los *non-binding agreements* han tenido como característica principal —en el *Common Law*— el que éstos no pueden ser exigibles ante los tribunales⁽²⁹⁾.

Por estas razones, me parece que sería de una sana y buena práctica jurídica no usar estos modelos originados en el seno del *Common Law* y ni siquiera recomendaría que se usaran sus nombres en inglés. A menos que, en el caso concreto, hubiera razones que explicaran y justificaran su uso.

2.2. Y ahora, ¿quién podrá salvarnos?

Este encabezado lo he querido iniciar con una frase cliché, porque la influencia extra lógica de los clichés —que no de las instituciones— del *Common Law*, parece que nos han llevado a olvidarnos de la enorme riqueza abrevada y consolidada en el seno de nuestra propia cultura jurídica y que en mi opinión, ha resultado en instituciones que responden y pueden adaptarse mejor —por lo menos en el aspecto contractual— a las necesidades de los nuevos tiempos.

Así, considero que —en gran medida— las respuestas sustantivas e instrumentales deben ser buscadas y encontradas en el ámbito del Derecho de las Obligaciones, evitando los obstáculos y afirmando aquello que se pretende alcanzar; aunque debo enfatizar que al no tratarse de contratos nominados, todo el encuadre jurídico dependerá de quienes elaboren los contratos en cuestión.

(29) “NON-BINDING AGREEMENT. An agreement between two or more persons the terms of which are unenforceable in court”. Pellettieri, Rabstein & Altman. <http://www.pralaw.com/LegalResources/Glossary.aspx?id=107> (Consultado por última vez el 13 de marzo de 2011). Traducción libre: “Acuerdo no-vinculante. Un acuerdo entre dos o más personas que no es exigible en un tribunal”.

Sin embargo, dependiendo de la clase de negocio de que se trate, cada vez más deberá recurrirse a lo dispuesto por la legislación y la regulación especializada en distintas materias, incluyendo las de la propiedad intelectual, la competencia económica y protección al consumidor, entre otros.

3. CONCLUSIONES

A pesar de los muchos y diversos cambios ocurridos a lo largo del siglo XX y los inicios del XXI, la codificación civil mexicana todavía sigue los parámetros desarrollados a mediados de los años veinte del siglo pasado.

De este, la insuficiencia normativa de muchas de las instituciones contractuales codificadas, contrastadas con las necesidades impuestas por la dinámica propia de las transacciones privadas de los tiempos actuales, han llevado al desarrollo de prácticas contractuales que se apartan de los contratos nominado en la codificación.

Así, una de las fuentes más socorridas para el desarrollo de estas nuevas soluciones contractuales ha sido la de la tradición jurídica del *Common Law*.

Sin embargo, la importación de estas prácticas contractuales no siempre es consistente, ni responde adecuadamente a las necesidades de nuestra propia tradición jurídica.

Consecuentemente, aún si dejar de mirar hacia el *Common Law* y a otras tradiciones jurídicas distintas a la nuestra, se hace necesario adaptarlas y adecuarlas a los parámetros de nuestra propia tradición jurídica.

En este sentido, considero que el Derecho de las Obligaciones nos puede proporcionar una fuente muy rica para el desarrollo de soluciones que respondan a la dinámica propia de los tiempos que ahora nos toca vivir.

LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA

Por Mario CORDERO MIRANDA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Antecedentes de los contratos preparatorios en Bolivia. 2. La evolución de la noción de contrato. 2.1. El contrato como hecho y como norma. 2.2. La autonomía de la voluntad. 2.3. Límites a la libertad contractual. 3. Los contratos preparatorios en Bolivia. 3.1. Contrato preliminar. 3.2. Contrato de opción. 3.3. Contrato consigo mismo.

La gentileza de los personeros del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano como organizadores de esta Primera Convención Latinoamericana de Derecho Civil para analizar el medular tema “Bases para un Código Latinoamericano de Contratos”, me han otorgado el inmerecido privilegio de referirme al tema de “**Los contratos preparatorios en Bolivia**”, aunque me asiste el temor de no traducir efectivamente los nobles sentimientos de quienes me han dispensado tan grande honor, ya que temo incurrir en las limitaciones propias de quien se encuentra rodeado de tan preclaras personalidades. Comienzo pues rogando a todos vosotros ser indulgentes con mi exposición, en la que quiero reflejar el sentimiento de quienes nos hemos beneficiado con las sabias enseñanzas de los estudiosos de la materia, y con la hago con un profundo sentimiento de verdad, porque el difícil oficio de decir la verdad es el lenguaje de permanente comunicación de los profesores de la talla que engalanan esta convención.

Abrigo en lo más profundo del corazón la convicción de que con este tipo de encuentros estamos sembrando la fecunda semilla de la integración jurídica, porque si estamos unidos por una comunidad de origen, comunidad de sentimientos y comunidad de ideales, fortalecidos a través de nuestra común historia, que se incrementa con el beneficio de que todos hablamos el mismo idioma, estamos convencidos que es llegado el tiempo de dar nacimiento a la anhelada patria

(1) Profesor en las Universidades Mayor de San Andrés, Universidad Católica Boliviana, Universidad Loyola, Universidad Franz Tamayo, Universidad Aquino de Bolivia y Universidad San Francisco de Asís, La Paz, Bolivia. Ex Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas de Bolivia.

latinoamericana, puesto que comulgamos con idénticos ideales de justicia, paz y trabajo, lo que desde ya augura un feliz transitar por el camino de sentar las bases jurídicas de la gran comunidad americana.

Para entrar en materia, me he permitido desarrollar mi propuesta en tres partes: I. Antecedentes de los contratos preparatorios en Bolivia. II. La evolución de la noción de contrato en el Código Civil boliviano, y III. Los contratos preparatorios en el Código Civil vigente.

1. ANTECEDENTES DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA

Constituida Bolivia en república libre, independiente y soberana el 6 de agosto de 1825, continuaron en vigencia las leyes del Derecho Castellano, hasta que habiendo asumido la presidencia el Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana, quiso dotar al país de legislación propia y con ese objeto encomendó a la Corte Suprema de Justicia que constituya una comisión encargada de redactar el Código Civil, que quedó conformada con los Drs. Manuel María Urcullu, Casimiro Olañeta, Manuel José de Antequera y José María de la Lloza, la que concluyó su labor en tiempo record entregando el proyecto el 25 de octubre de 1830, que fue promulgado en forma inmediata determinando que el flamante código entre en vigencia el 2 de abril de 1831.

Este Código Civil tuvo como principal fuente de inspiración el Código Napoleón de 1804 y la legislación española que había estado en vigencia durante el coloniaje y los primeros años de la República; sin embargo, como quiera que sus fuentes no tenían noticias de los contratos preparatorios, tampoco fueron regulados en el Código Civil.

Desde 1831 tuvo que pasar mucho tiempo hasta que mediante Decreto Supremo de 1º de septiembre de 1941, cuando la presidencia de la República era ejercida por el Gral. Enrique Peñaranda del Castillo, se encaró la necesidad de renovar el orden jurídico nacional, para lo cual se solicitó el apoyo de las Cortes de Justicia, Colegios de Abogados, Facultades de Derecho y de estudiosos de la materia. Lamentablemente, la iniciativa del Gobierno no tuvo acogida en los entes consultados, y ante su indiferencia se encomendó al jurista español Ángel Osorio y Gallardo la importante labor de encarar la redacción de un Anteproyecto del Código Civil. Esta obra fue redactada en Buenos Aires, donde residía el jurista, que nunca se constituyó en Bolivia para conocer su realidad, lo que objeto de las mayores críticas; pero al margen de ellas la obra definitivamente es un aporte valioso por su profundo y actualizado contenido jurídico. No obstante haber sido profusamente difundido el Anteproyecto pidiendo el pronunciamiento de los estudiosos

de la materia, no existió respuesta alguna. Es más, remitido al Congreso Nacional para su tratamiento legislativo, nunca fue considerado, perdiéndose de esta manera la oportunidad de contar con un código moderno a la altura del progreso siempre constante del pensamiento jurídico.

Muchos años después, durante la Presidencia del Dr. Víctor Paz Estenssoro por Decreto Supremo de 23 de marzo de 1962 se constituyeron comisiones codificadoras para la redacción de los nuevos códigos de la República. La comisión de Código Civil quedó constituida por los Drs. Hugo Sandoval Saavedra y Pastor Ortiz Mattos, que años después, durante la segunda presidencia del nombrado, mediante Decreto Supremo de 10 de noviembre de 1972, se complementó con los Drs. Oscar Frerking Salas y Raúl Romero Linares, todos ellos profesores universitarios.

Esta comisión, junto con las otras comisiones, entregó el Código Civil definitivamente concluido durante la presidencia de facto del Gral. Hugo Banzer, cuyo gobierno lo promulgó mediante Decreto Ley de 6 de agosto de 1975 para que entre en vigencia a partir del 2 de abril de 1976, el que sigue vigente hasta el presente.

Para concluir esta breve referencia histórica, es necesario señalar que por Resolución Ministerial del Ministerio de Justicia de fecha 30 de octubre de 1997, siendo titular de este Portafolio de Estado la Dra. Ana María Cortez de Soriano, durante la presidencia constitucional del Gral. Hugo Banzer, se constituyó una Comisión Revisora del Código Civil, que quedó conformada por los Drs. Pastor Ortiz Mattos, Oscar Frerking Salas, como fueron autores del código, y los Drs. Mario Cordero Miranda y Enrique Díaz Romero, la que después de dos años de intenso trabajo entregó la obra definitivamente concluida, habiendo sido remitida al Congreso Nacional para su aprobación y sanción legislativa. Esta importante obra, penosamente fue olvidada sin que el Congreso se hubiere interesado en su estudio ni menos lo hubiere derivado a estudio en las comisiones correspondientes.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DE CONTRATO

Para desarrollar a plenitud este punto, es necesario referirse al abrogado Código Civil de 1831 que al ocuparse del contrato en su art. 692 decía: *“El contrato es una convención, por la que una o muchas personas se obligan hacia una o muchas, a dar, a hacer, o a no hacer alguna cosa.”* No nos detendremos en analizar los alcances de esta noción de contrato, siendo suficiente decir, conforme a esta norma, que para que

exista contrato se requería: a) el acuerdo de dos o más partes, y b) que ese acuerdo esté orientado a un objeto de interés jurídico.

En referencia al requisito mencionado en primer término, es del caso señalar que no obstante ser necesaria la concurrencia de dos o más partes para la formación del contrato, existen ciertos contratos que parecen nacer de la voluntad de una sola persona, que la doctrina se encargó de identificarlos con el nombre de “contratos consigo mismo”, traducción del alemán “*selbstkontrakt*”, que se presentan en dos casos: 1º cuando una persona representa al mismo tiempo a las dos partes contratantes, de cuya consecuencia el contrato nace de la doble representación que ostenta el mandatario común, y 2º cuando una persona que ha recibido un mandato para realizar una determinada operación jurídica, ella misma se presenta en el contrato como contraparte, lo que ciertamente es peligroso porque tratará de hacer prevalecer sus propios intereses sacrificando en su beneficio los intereses de su mandante.

Al haberse abrogado el viejo Código Civil de 1831 y puesto en vigencia el actual Código Civil se introdujo una nueva noción de contrato consagrada en el art. 450 que dice: “**Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica**” que con algunas variantes responde a la noción de contrato consagrada en el art. 1321 del Código italiano de 1942.

Hemos criticado esta noción de contrato por su manifiesta insuficiencia conceptual, lo que se explica porque nuestro código, manteniendo la noción del abrogado código de 1831 que se inspiraba en el Código Francés de 1804, mantuvo como sujetos de la relación a “las personas”, lo que definitivamente no corresponde, porque en la conclusión de los contratos técnicamente concurren las “partes”, y no las personas individualmente consideradas, partes que a su vez pueden estar formadas por una o más personas, como con puntualidad lo hace notar el art. 1247 del Código Civil uruguayo que dice: “*El contrato es una convención por la cual una parte se obliga para con la otra, o ambas partes se obligan recíprocamente a una prestación cualquiera, esto es, a dar, a hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*”. Por tanto, se debe entender que el contrato es una relación de “partes” y no simplemente de “personas”.

Asimismo, el objeto del contrato no es una relación meramente “jurídica”, sino fundamentalmente una relación jurídica de carácter patrimonial, por lo que resulta más propio de un código de la jerarquía del Código Civil, entendido como el código rector del ordenamiento

jurídico, que se hubiere optado por modificar la noción de contrato por otra más técnica que dice: *“El contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial”*, como se ha propuesto en el texto del Código Civil boliviano Reformado, a cuya elaboración, como se tiene dicho, concurrimos al lado de los eminentes civilistas Drs. Oscar Frerking Salas y Pastor Ortiz Mattos, que juntamente con los Drs. Raúl Romero Linares y Hugo Sandoval Saavedra fueron miembros de la Comisión Redactora del Código Civil.

2.1. El contrato como hecho y como norma

A partir de este nueva noción, podemos decir que el contrato puede ser conceptualizado en su doble dimensión de “hecho” y de “norma”, teniendo en cuenta que el contrato y correlativamente el negocio jurídico, es un acto normativo, o sea un acto que establece normas, lo que permite distinguir el contrato, como hecho por una parte, y como norma por la otra.

Cuando se define el contrato como “un acuerdo de voluntades”, o sea una declaración de voluntades, se lo entiende como hecho, toda vez que se trata de una conducta humana que se manifiesta a través de un acto jurídico, que puede ser unilateral, bilateral o multilateral.

En tanto que el contrato, como norma, se refiere a su contenido, ya que señala una forma de comportamiento a la que deben sujetarse las partes, y si no se observa el comportamiento previsto contractualmente derivan las correspondientes sanciones, lo que quiere decir, que el contrato como “norma”, es generador de sanciones; o más propiamente, del contrato entendido como norma nacen los deberes y correlativamente los derechos subjetivos. Dicho de otra manera, nace la relación jurídica.

El contrato, como hecho, es una realidad física, que se exterioriza en la palabra hablada o escrita, incluso en el estrechamiento de manos como señal de asentimiento. A lo anterior podemos agregar que todo lo que se refiere a la celebración o formación misma del contrato, se vincula con el contrato como hecho, así las normas legales que regulan la “forma” del contrato, igualmente los vicios de la voluntad entran en el concepto de contrato como hecho, porque ellos afectan a la voluntad subjetiva de los contratantes y no a la voluntad normativa o voluntad contractual. Así mismo, se refieren al contrato como hecho los motivos que impulsaron a las partes a contratar.

A diferencia, el contrato, como norma, es una realidad ideal, es decir, es la expresión jurídica de las pretensiones sustentadas en el contrato; esto es, su contenido, haciendo parte de este contenido el vínculo jurídico que nace del contrato, o sea la obligación jurídica.

Cuando se analiza el contrato entendido como norma, se considera que de la conjunción de voluntades de las partes, surge la llamada “voluntad contractual”, esto es la “voluntad normativa” propiamente dicha, que se traduce en el contenido mismo del contrato. En consecuencia, la voluntad normativa expresada en las normas contractuales, hace que éstas valgan por sí mismas, aunque no estén sostenidas por la voluntad interna o psicológica de las partes contratantes, determinando finalmente que las normas contractuales surtan sus efectos hasta que sean dejadas sin efecto por otro contrato.

El mecanismo o *iter* de formación del contrato, se refiere al contrato como “hecho”, porque constituye un problema de orden fáctico saber si el contrato se ha formado o no; por tal razón se sostiene en forma general y coincidente, que el contrato se forma cuando existe acuerdo, esto es, la concordancia de consentimientos de las partes contratantes, que no es otra cosa que el acuerdo de voluntades. Este acuerdo de voluntades plantea el problema de saber si se lo debe entender como una coincidencia de voluntades internas de los contratantes o la expresión exteriorizada de las declaraciones de voluntad, lo que en los tiempos que corren se ha generalizado en sentido de que el acuerdo se refiere a la externalización de la voluntad, porque quien guarda su voluntad para sí mismo, no podrá nunca sostener que ha llegado a un acuerdo con otro, porque éste no tuvo la oportunidad de conocer que es lo pretendido por quien no ha exteriorizado su voluntad.

Si en sentido estricto la manifestación de la voluntad no es otra cosa que la exteriorización de lo internamente querido, podría decirse que la voluntad interna prevalece sobre la externa, de la cual se constituye en una suerte de índice revelador de lo querido. Para el derecho lo que prima es la declaración exteriorizada de la voluntad, en tanto que la voluntad interna es considerada como un presupuesto normal de la declaración, pero no es un presupuesto esencial.

Un tema de particular interés se presenta en los llamados casos de ausencia de voluntad, porque ésta es fundamental para que una vez manifestada concuerde con la voluntad del otro contratante. Sin voluntad no hay consentimiento. No se puede sostener que la ausencia de voluntad interna sea irrelevante. Por el contrario, la divergencia entre lo querido y lo declarado puede ser relevante si ha mediado error, en cuyo caso el contrato será anulable.

En la noción del contrato, se encuentra la referencia permanente al “acuerdo de voluntades dos o más partes”, pudiendo afirmarse que este acuerdo constituye una fuente de obligación. Es decir, que el contrato es generador de normas y por tanto de deberes jurídicos, de obligaciones en sentido lato, por cuya razón la generalidad de los contratos son obligatorios.

2.2. La autonomía de la voluntad

El requisito del contrato denominado “acuerdo de partes” nos remite al importante tema de la “autonomía de la voluntad”, que es un tema central del derecho, lo se debe deslindar lo más cuidadosamente posible.

La autonomía de la voluntad o autonomía privada como también la llaman los autores, Federico de Castro y Bravo entre ellos, obliga a indagar su sentido real remontándonos a su origen etimológico, que proviene de “*nomos*”, o sea ley y “*autos*”, es decir, propio, de donde se puede colegir que la expresión “autonomía” se refiere a la propia ley de cada uno.

Sin embargo, el sentido de la frase como expresión de una suerte de autodeterminación personal ha sido objeto de crítica porque no sólo se trata de la persona considerada en sí misma, sino que el vocablo también se emplea para señalar la facultad normativa que se reconoce a las corporaciones y otras formas de personas colectivas.

De lo anterior se tiene que el concepto de autonomía de la voluntad o autonomía privada se refiere al poder de autodeterminación, que se vincula con la esfera de la libertad de las personas para ejercer los derechos y facultades que les reconoce el orden jurídico como a sujetos de derecho. Pero no se trata solamente de la pura expresión de la libertad, sino que resulta de capital importancia que la declaración de voluntad que tenga un valor jurídico específico y sea vinculante para los sujetos contratantes.

El Código Civil boliviano en su art. 454 consagra a nivel normativo la libertad contractual, que consiste en la facultad reconocida a las partes de determinar libremente el contenido de los contratos que celebren, así como acordar otros contratos diferentes a los tipificados en el código, Sin embargo, el principio de libertad a que se refiere el citado precepto, no es absoluto, porque ello significaría reconocer el imperio sin límites del arbitrio personal, de donde se tiene que la autonomía plantea el problema de límites, que de manera magistral desarrolla el citado precepto en su parágrafo segundo que dice: “La li-

bertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica. De esto surge que la naturaleza del hombre y el respeto a la persona, exigen como un derecho fundamental el reconocimiento de su autonomía, la misma que el orden social manda que no sea absoluta, sino limitada.

Si bien nuestro Código no tiene un capítulo específico que se ocupe de la teoría general de los actos jurídicos, lo que se explica en razón de que el codificador boliviano optó por dejar este tema al libre campo de la doctrina, sin embargo, a partir de la noción doctrinal de acto jurídico, se han desarrollado a nivel normativo las instituciones que se desprenden de la noción de acto jurídico, como ocurre con el instituto del contrato, cuya noción propone el art. 450, que ya tenemos analizando.

Tomando en consideración la nueva noción de contrato que plantea las reformas introducidas al Código Civil, que dicho sea de paso están a la espera de su tratamiento legislativo, se entiende por contrato *“...el acuerdo de voluntades de dos o más partes para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial”*. En esta noción encontramos que el contrato se asienta en el “acuerdo de voluntades”; el acuerdo a su vez se sustenta en el discernimiento, que es la situación de madurez intelectual para razonar, comprender y valorar un determinado acto y sus consecuencias, como apunta el Profesor argentino. Julio César Rivera en su libro “Instituciones del Derecho Civil”. Parfraseando a este autor, podemos decir que el “acuerdo de voluntades” no es otra cosa que la aplicación del discernimiento a un acto jurídico determinado, de cuyo mérito, habrá acuerdo de voluntades, cuando exista adecuada correspondencia entre lo entendido y lo actuado, o sea, cuando se ha realizado el acto jurídico, el contrato en su caso, tal como se lo pensó.

El acuerdo de voluntades para su validez, sostenemos de nuestra partes, exige como requisito básico, que sea celebrado en un ambiente de libertad, porque si la libertad se encuentra de alguna manera afectada, por causa de error, ignorancia, fuerza o violencia, desaparece la facultad que tiene el sujeto de manifestar su legítima voluntad para la formación del contrato. Por esta razón, la libertad se entiende como la facultad de manifestar la voluntad con ausencia de una determinada forma de coacción.

Cuando la libertad permite que se exteriorice la voluntad del agente a través de una determinada conducta, ella puede consistir en expresiones de la palabra oral o escrita o en hechos. Excepcionalmente la voluntad puede manifestarse de manera omisiva, o sea mediante

el silencio, en cuyo caso se requiere que la ley haya previsto asignar un valor declarativo al silencio, como dice el art. 460 del Código Civil, cuando los usos o las circunstancias lo autoricen como una forma de manifestación de la voluntad.

El principio de libertad que se desarrolla a través del art. 454 del Código Civil, nos lleva a la necesidad de preguntarnos si la libertad y la voluntad, son conceptos asimilables. Pareciera que así fuera, pero no es posible hacer una afirmación absoluta, porque la voluntad, o sea el querer del sujeto, sólo es eficaz y por tanto válido, cuando se trata del sujeto que goza de libertad. En otras palabras, para que la voluntad sea expresada válidamente requiere de un ambiente de libertad, teniendo en cuenta que la voluntad no es otra cosa que la decisión que se adopta con relación a determinados fines de interés jurídico. Estos fines no son creación de la voluntad, sino que son fruto de la libertad, lo que explica el sentido de libertad contractual que desarrolla nuestro Código Civil cuando dice que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren.

Por tanto, la voluntad es un requisito para alcanzar a través del contrato, el fin o fines permitidos por la libertad, teniendo presente de manera permanente que estos fines están condicionados a la realización de intereses dignos de protección jurídica.

2.3. Límites a la libertad contractual

No se puede negar que el contrato, como institución jurídica, es un reflejo de la propiedad privada, que se ha constituido en el mecanismo que permite la circulación de la riqueza, al extremo de que si desapareciera la propiedad privada, el contrato carecería de sentido y función jurídica y práctica. Por tal razón, como sostiene el Prof. Messineo, *“con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual”*, que constituye la piedra angular del derecho.

La existencia de límites a la libertad contractual responde al principio de que no existen derechos absolutos. La misma libertad individual como derecho fundamental de las personas se encuentra sujeta a una serie de limitaciones; de la misma manera el derecho de propiedad, que indiscutiblemente es el más grande de los derechos, se encuentra inmerso en una red de limitaciones tanto de orden público como de orden privado. Consiguientemente, la libertad contractual también reconoce límites, pero teniendo presente que la libertad contractual es la regla y los límites constituyen la excepción.

Los límites a la libertad de contratar no son susceptibles de una enumeración que responda al principio de *numerus clausus*, sino que ellos se encuentran previstos de manera genérica en el art. 454 del Código Civil, que los enuncia como implícitos en “*la realización de intereses dignos de protección jurídica*”. Sin embargo, haciendo un esfuerzo de identificación de estos límites a la libertad de contratación, podemos mencionar, a guisa de ejemplo, los siguientes:

- a) En los casos de contratos predispuestos, donde encontramos que el contenido mismo del contrato ha sido previsto por sólo una de las partes, de manera que la otra se reduce a manifestar su aceptación o rechazo. Esta forma de contratos concierne a una modalidad de la oferta, que es emitida en un contrato de contenido rígido, característico de la política de supermercados que da al destinatario la simple alternativa de “*lo toma o lo deja*”, sin margen para contraofertar.
- b) Otra restricción a la libertad de contratar se encuentra en los casos de contratos con objeto ilícito o celebrados en fraude de la ley, que se acomodan al concepto genérico de no ser merecedores de protección jurídica porque no persiguen una finalidad legítima.

Si la libertad de contratar es la regla y los límites constituyen su excepción, surge la cuestión de saber si la regla puede ser considerada como un principio general del derecho, pero no parece tener tal categoría si se piensa que en el fondo la libertad contractual es una derivación de la autonomía individual.

En mérito a estos apuntes, sostenemos que la modificación de la noción de contrato en la manera propuesta en el Código Civil Reformado, se justifica en la medida que el texto de nueva redacción del art. 450, en concordancia con el principio de libertad contractual desarrollado por el art. 454 del mismo cuerpo de disposiciones normativas, permitirá desarrollar una teoría de los contratos que pondrá relieve a las siguientes consecuencias jurídicas:

Primero. Los sujetos de la relación contractual, al estar en un plano de igualdad jurídica, gozarán de las mismas prerrogativas y correlativamente asumirán deberes recíprocos en función de la correlación de las obligaciones patrimoniales emergentes; es decir, viabilizará la defensa del contratante débil contra el más fuerte, económicamente hablando, especialmente en los casos de contratos predispuestos.

Segundo. Permitirá la exclusión de intereses que no sean dignos de protección jurídica.

Tercero. La nueva noción de contrato legaliza la posibilidad de suspender la ejecución del contrato por presentarse modificaciones en las condiciones patrimoniales de una de las partes que la coloque en la imposibilidad de cumplir la prestación que le es propia.

Cuarto. Abre la posibilidad de resolver el contrato cuando las cargas económicas se hagan excesivas y no permitan la conclusión del contrato por la desventaja que pudieren ocasionar a quien las deba sufrir.

En suma, se debe generar una nueva doctrina para sepultar las voces agoreras de quienes sostienen que el contrato se encuentra en crisis, que además deje atrás las concepciones excesivamente individualistas como eran las contenidas en el abrogado Código Civil boliviano, para abrir puertas a la preeminencia de los intereses colectivos por encima de los intereses individuales, poniendo razonables límites a la autonomía privada dentro del marco del respeto estricto a los derechos fundamentales.

Todas estas consideraciones resultan fáciles de sustentar a la luz de la nueva noción de contrato que tenemos propuesta.

3. LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN BOLIVIA

Es difícil encontrar en el abrogado Código de 1831 una regulación específica de los contratos preparatorios, lo que se explica porque respondía a los principios dominantes en la época de promulgación, hasta que el 2 de abril de 1976 este viejo código dio paso al de actual vigencia, después de haber alumbrado la vida jurídica del país por casi siglo y medio, en cuyo lapso el derecho privado evolucionó dando lugar a nuevas soluciones jurídicas fácilmente explicables tomando en consideración que el derecho se encuentra en fase de constante evolución dada su naturaleza dinámica que refleja los cambios que periódicamente se producen en el campo de las relaciones sociales, en cuyo decurso ha tenido que detenerse en el análisis de ciertas situaciones jurídicas que se presentan en forma previa a la conclusión de los contratos.

Propiamente, son tratativas anteriores a la conclusión misma de contrato, lo que se explica por la complejidad de un determinado negocio, que obliga a las partes a estudiar sus posibles consecuencias. En el código en actual vigencia, el principio de buena fe en materia de contratos es una constante de obligado cumplimiento durante su ejecución y resulta vinculante no sólo respecto de su contenido expresamente consagrado, sino que también es obligatorio a todos los efec-

tos que deriven conforme a su naturaleza, según la ley, o falta de ésta según los usos y la equidad, como dispone en su art. 520. La buena fe, conforme a la realidad negocial, exige que ella debe ser observada desde que las partes entran en conversaciones respecto a la celebración de un contrato posterior, vale decir, que durante la fase de formación del contrato las partes deben actuar de buena fe para no desnaturalizar o entrapar las negociaciones encaminadas a la celebración del futuro contrato.

En este panorama, el Código Civil boliviano se ocupa de ciertas categorías de contratos preparatorios, como son: el contrato preliminar (art. 463), contrato de opción (art. 464) y contrato consigo mismo (art. 471).

Como quiera que el código los identifique en cada caso con el *nomen* de “contratos”, se debe considerar que en todos ellos existe consentimiento de las partes sobre el objeto, la causa y los elementos formales esenciales para su existencia como sucede en los casos de contratos traslativos del derecho de propiedad sobre inmuebles que deben concluirse por escritura pública.

En el caso del Código Civil boliviano, su principal fuente de inspiración fue el Código Civil italiano de 1942, por lo que en cada caso se hará una abrevada referencia de la manera en que los contratos preparatorios se encuentran regulados en su código fuente.

3.1. Contrato preliminar

Se entiende por contrato preliminar el acuerdo de partes en cuya virtud éstas se obligan celebrar a futuro un contrato definitivo cuyo contenido esencial debe responder a los requisitos establecidos en el contrato preliminar.

En el Código italiano este contrato tiene una proposición normativa muy escueta que en su art. 1351 se limita a decir:

“El contrato preliminar será nulo sino se hiciere en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo”.

Si bien es cierto que lo normal es que el contrato se forma cuando las partes llegan a consentir sobre un objeto de interés jurídico definiendo derechos y obligaciones para las mismas, pero en el mundo de las relaciones jurídicas se presentan casos en que la coincidencia de consentimientos no es instantánea, sino que se encuentra precedida por un periodo anterior que se caracteriza por los tratos y negociaciones que las partes realizan analizando las conveniencias o ventajas

que tengan relevancia económica para sus intereses, que la doctrina identifica con el nombre de contrato preliminar.

Este contrato preliminar admite las siguientes posibilidades en su formación:

- a) Puede concluirse directamente entre las partes o también puede concluirse a través de representante.
- b) El contrato debe contener el consentimiento de las partes sobre todos sus elementos esenciales o limitarse a sólo algunos de esos elementos, caso en el que la determinación de los elementos esenciales se reserva para un documento posterior.

Constituye asunto del mayor interés definir la naturaleza del documento que sirve de soporte a los acuerdos de las partes, teniendo en cuenta que los mismos no son propiamente vinculantes. La doctrina se inclina a sostener que se trata de una “minuta”, o sea un documento de carácter provisional que constituye el antecedente del futuro contrato definitivo.

Un tema de difícil solución es el referido a las consecuencias en caso de incumplimiento de los acuerdos iniciales logrados por las partes. Pareciera ser un tema simple, que se podría resolver razonando de manera igualmente simplista diciendo, si los consentimientos de las partes no son vinculantes porque todavía no se ha agotado el debate contractual, tampoco puede exigirse reparaciones en caso de incumplimiento. Sin embargo, se debe aclarar en sentido de que el contrato preliminar genera obligaciones especiales emergentes de que las partes están conscientes que todos los elementos constitutivos del futuro contrato han sido discutidos y aprobados, faltando únicamente la celebración del futuro contrato, y si en tales circunstancias una de las partes, sin mayor justificación, viola los acuerdos, este hecho determina que surja en su contra una verdadera responsabilidad de naturaleza precontractual, de cuya consecuencia la otra parte queda legitimada para reclamar el resarcimiento por el daño, de donde se concluye que la buena fe de las partes, debe encontrarse presente en todo el periodo de formación, conclusión y cumplimiento del contrato preliminar.

En el Código Civil boliviano, el Contrato Preliminar se encuentra regulado por el art. 463 en los siguientes términos:

“CONTRATO PRELIMINAR” I. El contrato preliminar, sea bilateral o unilateral, para la celebración de un contrato definitivo en el futuro, debe contener los mismos requisitos que este último, bajo sanción de nulidad.

II. Si las partes no han convenido plazo para la celebración del contrato definitivo, lo señalará el juez.

III. La parte que no cumpla queda sujeta al resarcimiento del daño, salvo pacto o disposición diversa de la ley”.

Como se puede apreciar, el parágrafo I de la norma transcrita encierra una aproximación conceptual del contrato preliminar en la que se destaca: 1º que el contrato puede ser bilateral o unilateral, 2º en lo principal, que se trata de un contrato preparatorio del futuro contrato, 3º que debe reunir los mismos requisitos del contrato definitivo, o sea, el consentimiento de las partes sobre el objeto, la causa y cuando sea del caso, sobre las formalidades a observarse y, 4º que la inobservancia de estos requisitos trae como consecuencia la nulidad.

Tema de la mayor importancia es el referido por el parágrafo III que abre el marco de responsabilidades en contra de la parte que no cumpla con los acuerdos del contrato preliminar, de cuya consecuencia queda reatada a la reparación de los daños emergentes de su incumplimiento.

Tenemos señalado que los acuerdos preliminares no son vinculantes para las partes porque, por sí mismos, no son el contrato propiamente dicho, sino que son bases de naturaleza hipotética para la celebración del futuro contrato, lo que justifica su ausencia de obligatoriedad. Sin embargo, parece una inadmisibles contradicción que el incumplimiento de estos acuerdos determine el resarcimiento de daños para la partes que no los cumpla.

En el fondo, no existe contradicción, porque se debe tener presente que los tratos no son obligatorios en cuanto a las prestaciones inicialmente previstas, pues ellas pueden ser objeto de modificaciones posteriormente acordadas. Lo que es obligatorio, es la celebración misma del contrato definitivo, cuyo incumplimiento es la causa que explica la reparación de los daños, así por ejemplo cuando una de las partes incurre en una serie de gastos en vista a la celebración del contrato definitivo, que los hubiere podido evitar si hubiere conocido que no se concluiría el contrato.

Un tema de importancia es el referido al plazo para la celebración del futuro contrato, que parece haber sido dejado de lado en el caso que analizamos. Sin embargo, el codificador optó por la solución normativa que consagra el código en el entendido que es interés de las partes definir el plazo para la celebración del futuro contrato. En el caso que las partes no hubieran pactado sobre el plazo y si resultara fundamental su determinación, queda expedito para la interesada

recurrir al juez para que éste, conforme a la naturaleza de las prestaciones previstas, pueda fijar plazo para la celebración del contrato definitivo.

3.2. Contrato de opción

Se encuentra regulado por el art. 464 del Código Civil boliviano que dice:

“CONTRATO DE OPCIÓN. I. Por el contrato de opción una de las partes reconoce a la otra con carácter exclusivo e irrevocable, la facultad de aceptar una prestación en su favor o en la de un tercero, en las condiciones convenidas y en el plazo acordado.

II. El plazo no podrá ser superior a dos años”.

En el iter de formación del contrato se encuentra el llamado contrato de opción, que se caracteriza porque una de las partes —la optante— queda vinculada a su propia declaración en tanto que la otra —la optataria— es libre de aceptar o en su caso rechazar la oferta., de tal manera que el optante u oferente está sujeto al poder de aceptación de la otra parte, al extremo que no puede liberarse de su obligación ni con la revocación de su oferta. Por sus efectos, este contrato parece identificarse con la oferta irrevocable o en firme, pero se diferencia porque la irrevocabilidad de la opción es un efecto del contrato y para su formación requiere la aceptación del optatario o destinatario de la opción, en tanto que en la oferta irrevocable este carácter —la irrevocabilidad— es consecuencia de una manifestación unilateral de voluntad del oferente de la que no puede liberarse ni con la revocación de su propia declaración.

En el contrato de opción, la aceptación manifestada por el destinatario no implica necesariamente una aceptación total de la relación contractual propuesta por el oferente, porque para que se celebre el contrato principal se necesita una ulterior manifestación de voluntad del destinatario de la opción, que se encuentra facultado de aceptar o adherirse o no a la oferta irrevocable.

La irrevocabilidad de la opción es por el plazo de dos años, conforme preceptivamente dispone el parágrafo II de la norma analizada.

Cuando en Bolivia se constituyó la Comisión Revisora del Código Civil, mediante Resolución Ministerial núm. 0039 de 30 de octubre de 1997 del Ministerio de Justicia, se mejoró el contenido normativo del artículo citado en los siguientes términos:

“I. Por el contrato o pacto de opción una de las partes confiere a favor de la otra con carácter exclusivo e irrevocable y por cierto plazo, la facultad de

aceptar en su favor o en la de un tercero, una relación contractual determinada de antemano en sus puntos esenciales.

II. El plazo no podrá ser superior a dos años, salvo las ampliaciones que pudieran acordarse”.

La nueva redacción básicamente se concreta al parágrafo I de la norma citada, por la misma que en referencia a la opción se establece:

- a) Que por este contrato se “confiere” a favor del optatario o de un tercero, aceptar una “*relación contractual determinada de antemano en sus puntos esenciales*”; en vez de “una prestación”, por lo que se cambia la voz “reconoce”, que no es la más apropiada, por la de “confiere”.
- b) La opción tiene dos caracteres fundamentales, la exclusividad y la irrevocabilidad. Por efecto de la exclusividad, el destinatario queda no sólo identificado de antemano, sino que la celebración del futuro contrato sólo será posible con la persona en cuyo favor se ha conferido la opción, y en ningún caso con otra, En virtud de la irrevocabilidad, el oferente queda sujeto a su propia oferta y no puede liberarse de ella ni con la revocatoria de la opción conferida al destinatario.
- c) La parte que genera la opción, tiene la facultad de proponer “una relación contractual determinada”, concepto que se introduce en vez del vocablo “prestación”, que si bien es técnico, pero carece de precisión en cuanto al negocio a realizar. En cambio, la nueva redacción gana en claridad en torno al contrato definitivo, porque señala que se propone una relación contractual determinada de antemano “*en sus puntos esenciales*”, así por ejemplo cuando se propone vender un bien inmueble éste debe ser individualizado, proponiendo al mismo tiempo un posible precio, lo que facilita la situación del optatario que podrá aceptar o rechazar la opción.
- d) En cuanto al plazo, a diferencia de otras soluciones normativas que contempla la legislación comparada, el código prevé en dos años la facultad del destinatario de la opción para pronunciarse.

Este plazo, por la forma de su redacción parece ser de naturaleza fatal, lo que de alguna manera contradice el principio de libertad en materia de contratación, aspecto que fue debidamente analizado por la Comisión encargada de la Reforma del Código, que acordó dejar librada a la voluntad de las partes la posibilidad de ampliar el plazo por uno mayor al previsto por ley conforme a la importancia del futuro negocio. Se trata por tanto de un plazo no perentorio, en cambio el Cód-

digo Peruano señala un plazo máximo de seis meses a la opción, con la posibilidad que cualquier exceso se reduzca a ese límite (art. 1423).

3.3. Contrato consigo mismo

Constituye una de las formas más apasionantes y al mismo tiempo polémicas de los contratos preparatorios, a partir de que la esencia del contrato radica en un acuerdo de voluntades de dos o más partes. El contrato consigo mismo o autocontrato, a partir de su *nomen*, se presenta como negatorio de la bilateralidad del contrato, pues en términos normales resulta difícil entender como una sola parte puede manifestar dos consentimientos sobre una determinada operación jurídica, ser al mismo tiempo vendedor y comprador; en suma, esta modalidad contractual plantea el problema de saber si una persona podrá contratar consigo misma y si el contrato celebrado de esa manera será válido o no.

No se puede perder de vista que el contrato, a diferencia del acto jurídico, requiere de la concurrencia de dos o más voluntades, por cuya consecuencia la doctrina de manera invariable define el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear, modificar o extinguir una relación jurídica de contenido patrimonial, en el fondo un negocio jurídico destinado a producir efectos jurídicos. Por tanto, es del caso detenerse en el examen de que, si pese a la noción generalizada de contrato, se podría admitir la existencia de un contrato formado sobre la base de una sola voluntad expresada por una sola parte. Respondiendo a esta interrogante, la doctrina moderna recogiendo la realidad contractual de los nuevos tiempos, admite la figura del autocontrato, en cuya virtud una persona puede contratar consigo misma, de donde precisamente deriva su nombre de “contrato consigo mismo”.

Para explicar esta singular figura jurídica, el Prof. Demogue sostiene que en el fondo de los contratos existe más que una relación de voluntades una relación de patrimonios que reconocen distintos titulares, de cuya consecuencia, esta clase de contratos se edifica sobre la figura de la representación, lo que explica que quien contrata consigo mismo, en el fondo representa a dos partes, por un lado a su propia persona y por otro a la del titular de un derecho, de cuyo resultado final queda legitimado para ser portador de una oferta —la de su representado— y al mismo tiempo goza de legitimación para aceptar la oferta en su propio interés. De esta manera, quién contrata consigo mismo, por una parte obra en interés propio y al mismo tiempo lo hace en interés ajeno, y por tanto se trata de un acto jurídico unilateral que produce los efectos de un contrato, cuya validez es admitida por su utilidad social.

Por su parte, Ripert y Boulanger, admiten la posibilidad del contrato consigo mismo, pero rechazan que la naturaleza jurídica del contrato se encuentre en la teoría que hace de la obligación una simple relación de patrimonios, ni en la del acto unilateral con efectos contractuales. Estos autores sostienen que en el fondo se trata de una figura nueva “...que puede explicarse por medio de la representación, que es unas veces simple y otras doble”. Explican que en el caso de la representación simple, una persona que es representante de otra para realizar un determinado contrato, resuelve desempeñar ella misma el papel de co-contratante, así cuando declara comprar por su cuenta el objeto que tenía la misión de vender. Pero, cuando se trata de la representación doble, la operación se complica porque hay una doble relación de representación, así cuando dos personas que tienen intereses contrapuestos en una misma operación, se valen del mismo representante, pues una ha elegido al mandatario para vender y la otra para comprar el mismo objeto, de cuyo resultado el contrato consigo mismo es realizado cuando el representante, actuando en nombre del vendedor así como del comprador, declara concluir la venta ya que “[...]. Representando a una de las partes contrata consigo mismo en calidad de representante de la otra parte” (Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, ps. 158/159, Ed. La Ley Buenos Aires).

El Anteproyecto de Código Civil boliviano que fuera elaborado por Ángel Osorio y Gallardo por encargo del Gobierno presidido por el Gral Enrique Peñaranda del Castillo en la década del 40 del pasado siglo XX, se ocupa de esta figura en su art. 987 que con el *nomen* de AUTOCONTRATACIÓN, dice:

“El mandatario o apoderado de una persona, no puede contratar en nombre de ésta consigo mismo sino mediando autorización previa, concreta y escrita, de su poderdante”.

Al pie de este artículo en su nota explicativa, sostiene:

“No veo necesidad de enfrascarse en el examen del problema, porque después de infinitas sutilezas y menudos distingos, suele llegarse a una confusión de buen sentido que es la de ser muy peligroso dejar que actúen voluntades contrapropuestas en una sola persona. Por eso, en definitiva, las legislaciones sólo han abierto la mano para permitir el convenio cuando el poderdante lo autoriza. Algunas veces se entiende que la autorización puede ser previa o posterior al contrato y, por regla general, no se señala la forma en que el contrato haya de hacerse. Mi propuesta es más cicatera. Reconozco que hay veces que entre el mandante y el mandatario se conviene un contrato como la venta, el préstamo, el arriendo, etc. Y no hay razón para impedirlo, pero aún en estos casos conviene que el mandante no se encuentre nunca

ante el hecho consumado que puede embarazar su voluntad, ni tampoco que se alegue una determinación verbal expuesta a mil interpretaciones.

Ello me ha llevado a exigir que el permiso sea previo, concreto y escrito” (p. 438. *Anteproyecto del Código Civil boliviano*. Imprenta López, Buenos Aires, 1943).

En el Código Civil boliviano en vigencia, el contrato consigo mismo se encuentra regulado en forma cautelosa en el art. 471 que dice:

“CONTRATO CONSIGO MISMO. El contrato celebrado por el representante consigo mismo, sea en nombre propio o en representación de un tercero, es anulable, excepto si lo permite la ley o fue con asentimiento del representado o si el negocio excluye por su naturaleza un conflicto de intereses”.

Esta figura contractual es nueva en el sistema jurídico boliviano, no existía en el abrogado código de 1831, lo que se explica porque no estaba regulado por el Código francés ni en otros códigos que siguieron sus orientaciones.

Este contrato aparece regulado en los modernos códigos como el italiano que se ocupa de la nueva figura en su art. 1395 con una redacción en la que se inspiró directamente el art. 471 del Código boliviano y que señala:

“CONTRATO CONSIGO MISMO. Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado”.

Asimismo se encuentra regulado por el art. 181 del Código alemán que señala:

“NEGOCIOS CONSIGO MISMO. Un representante, en tanto que no se le permita lo contrario, no puede celebrar un negocio en nombre del representando consigo mismo en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación”.

En el texto del artículo reformado del Código Civil boliviano, se mantiene el sentido del art. 471 pero se mejora su redacción y se lo complementa con un párrafo II que dice: **“La anulación puede ser demandada sólo por el representado”**. En este sentido, la acción de impugnación podrá ser planteada de modo exclusivo por el representado, porque es el único que puede ser afectado con las consecuencias del contrato consigo mismo realizado por el representante.

Es importante puntualizar que la citada norma no admite directamente este contrato, contrariamente, en forma inicial lo sanciona con anulabilidad, y su validez se encuentra condicionada a aquellos casos que la ley lo permita, o si el contrato fue concluido con la conformidad del representado, o si el negocio excluye la posibilidad de un conflicto de intereses.

Desde mi punto de vista, sostengo que en el fondo del contrato consigo mismo estamos en presencia de un contrato que reúne todos sus caracteres constitutivos, pero que se concluye a través de una sola persona que reúne sobre sí la doble condición de ser, por un lado, representante de una de las partes actuando por consiguiente en tal caso en interés ajeno, pero que al mismo tiempo actúa en interés propio, lo que autoriza que la doctrina lo identifique con el nombre de contrato consigo mismo. Una vez concluido el contrato, surte sus efectos para ambas partes contratantes, tanto para la persona del representado, como también para la persona del representante, de donde se concluye que se trata de un verdadero contrato a cuya conclusión concurren dos o más partes con intereses patrimoniales distintos. De lo anterior resulta que el nombre de “contrato consigo mismo” se lo admite por la manera como se forma y concluye el contrato, donde en principio sólo se ve en acción a una sola persona, pero como quiera que ésta también actúa en representación de otra, cuando se analiza sus efectos resulta fácil identificar a los sujetos o partes de la relación jurídica.

Estas son las líneas fundamentales que se pueden trazar en torno a los Contratos Preparatorios en Bolivia.

Para concluir, quiero reiterar mi agradecimiento a los distinguidos organizadores de este trascendental evento, que constituye un ponderable esfuerzo orientado a sentar las “Bases para un Código Latinoamericano de Contratos”, a los ilustres colegas expositores, hermanos todos en el corazón, junto a quienes hemos concurrido sin dudar un momento porque somos conscientes que sólo el estudio y la investigación son las armas para afrontar los desafíos del común desarrollo y los puentes de la más que nunca reclamada integración iberoamericana. Si vivimos en un mundo donde las fronteras son nuestras debilidades, ellas deben ser borradas jurídicamente, porque el Derecho es universal y por tanto integrador para así dar paso a la gran Patria Latinoamericana, que como expresión de unidad y fortaleza será el nuevo escenario de una América fuerte y altiva.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2DA QUINCENA DE JUNIO DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

