

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 II

TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

HOMENAJE AL PROFESOR DOCTOR
RICARDO L. LORENZETTI



TOMO II

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. 2, 880 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2308-2

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. 978-987-03-2308-2 (Tomo II)

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

SAP 41344266

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 predisuestos 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
Por <i>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
Por <i>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
Por <i>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.....	432
 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 quiritario: 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

**I. 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 sorpresivas).....	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 consecvente 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 incorporales. 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.

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⁽¹⁾

*Al magistrado, jurista, profesor y amigo Ricardo Lorenzetti,
con admiración, respeto y aprecio por sus cualidades
profesionales y personales, y por su inagotable aporte a la
sociedad.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación (CGC). 3.1. Desarrollo normativo en el Perú. 3.2. Las cláusulas abusivas. 3.3. La “doble lista” de cláusulas abusivas o vejatorias en el Código de Consumo.

*All animals are equal
but some animals are more equal than others.*
GEORGE ORWELL, *Animal farm*, 1945.

1. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2010 entró en vigencia el Código de Defensa y Protección del Consumidor (Ley 29.571, en adelante Código de Consumo) que parte del artículo 65 de la Constitución Política, en el cual se establece como deber esencial del Estado la protección de los derechos de los consumidores.

(1) Juez Superior Titular de Lima, 2da. Sala Comercial de Lima. Profesora de Derecho Civil y Procesal Civil.

La finalidad de este Código es “que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses”.

Uno de los aspectos más importantes del Código de Consumo es la tipificación de las cláusulas abusivas o vejatorias y el derecho del consumidor a la protección de sus intereses económicos vulnerados por tales cláusulas.

El presente trabajo solo pretende describir y explicar sucintamente lo relativo a la regulación de las cláusulas generales de contratación (CGC) en este cuerpo normativo.

2. ANTECEDENTES

Es conveniente recordar que antes de la era industrial, conocida también como la era de las chimeneas, o la primera ola⁽²⁾, la producción tenía hábitos *prosumistas*, siendo los agentes sociales una combinación de productores y consumidores (“*prosumidores*”): la producción se orientaba primordialmente a la autosatisfacción de las necesidades, y únicamente los excedentes se destinaban al intercambio.

Con las máquinas, este estilo de vida, esta forma de sociedad, empezó a cambiar: es la llamada segunda ola o industrialismo. Con las máquinas también la economía y los sistemas de producción sufrieron una transformación sustancial en la sociedad toda, provocando un desplazamiento del campo a la ciudad; la producción de bienes es ahora en cadena, en serie, en masa.

La separación del concepto de productor y consumidor fue consecuencia de la era industrial, alterando el patrón económico y dando paso a una sociedad de masas⁽³⁾ que consume masivamente bienes y

(2) Harvey BROOKS, citado en: ORTIZ CABALLERO, René. *El Derecho en la sociedad postmoderna*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, ps. 56 y ss.

(3) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Sociedad de masas y Derecho*. Madrid, Taurus Ediciones S.A., 1969. En: *Derecho civil patrimonial II*. Materiales de lectura de la maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima. A cargo de Carlos Cárdenas Quirós, p. 114 y ss.; RECASENS SICHES, Luis. *Lecciones de Sociología*. México, Editorial Porrúa, 1948, p. 443 y ss.; ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Barcelona, Editorial Planeta - De Agostini S.A., 1984; y TOFFLER, Alvin. *Ob. cit.*, ps. 60 y ss.

servicios. Al masificarse la sociedad, pierde su individualismo en términos económicos⁽⁴⁾; ya no se compone por personas sino por agregados humanos, sin rostro ni nombre determinados.

Consecuencia de este fenómeno fue la pérdida de la noción de sociedad basada en los intercambios procedentes de la amistad o en lazos de parentesco. Producción en masa, sociedad de masas, tráfico en masa⁽⁵⁾. Para este tipo de economía, los datos personales resultan irrelevantes. Esto modifica a la sociedad en su conjunto: los individuos dejan de actuar como tales para hacerlo como parte de este conjunto. Pierden su individualidad pues se comportan masivamente, y al mismo tiempo irónicamente luchan por diferenciarse a través del propio consumo⁽⁶⁾.

Los actuales tiempos de *mass production* y *mass distribution* nos convirtieron a todos en consumidores, como ya lo dijo en 1962 John F. Kennedy en el conocido mensaje al Congreso de la Nación Americana: “Consumidor, por definición, somos todos”.

El contrato como acuerdo de voluntades ha sido y sigue siendo considerado como la herramienta de la libertad. Cierto es que “La sociedad no es un orden tranquilo, cristalizado, sin conflictos, cuyas reglas están perfectamente establecidas por un Derecho acabado y transparente sino, parafraseando a Nietzsche, ‘un mar de fuerzas corrientes que se agitan en sí mismas, que se transforman eternamente

(4) No necesariamente sociológicos, como señaló Giles Lipovetzky en 1998, pues a pesar de la indiscutible verdad del consumo de masa, “la fórmula no está exenta de ambigüedad. No cabe duda de que el acceso de todos al coche o a la televisión, el tejanos y la coca-cola, las migraciones sincronizadas del fin de semana o del mes de agosto designan una uniformización de los comportamientos. Pero se olvida con demasiada frecuencia la cara complementaria e inversa del fenómeno: la acentuación de las singularidades, la personalización sin precedentes de los individuos. La oferta abismal del consumo desmultiplica las referencias y modelos, destruye las fórmulas imperativas, exagera el deseo de ser íntegramente uno mismo y de gozar de la vida, transforma a cada uno en un operador permanente de selección y combinación libre, es un vector de diferenciación de los seres. [...] La era del consumo tiende a reducir las diferencias instituidas desde siempre entre los sexos y generaciones y ello, en provecho de una hiperdiferenciación de los comportamientos individuales, hoy liberados de los papeles y convenciones rígidas.” (LIPOVETSKY, Giles. *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*. Barcelona, décima edición, Editorial Anagrama, 1998, p. 108.)

(5) Díez-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (dos esbozos)*. Segunda edición, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1987, p. 42. Para este autor, el tráfico económico, cada vez más acelerado, se ha ido convirtiendo en lo que rigurosamente puede llamarse “tráfico en masa”.

(6) Cfr. LIPOVETSKY, Giles. *Ob. cit.*, ps. 79 y ss.

[...], un flujo perpetuo de sus formas, una sociedad efervescente que se crea siempre a sí misma y se destruye eternamente a sí misma"⁽⁷⁾.

Así, siguiendo la onda expansiva del fenómeno descrito, el derecho se acomodó a los tiempos a través de la contratación en masa, aspecto jurídico del incremento y expansión del consumo de bienes y servicios.

La contratación masiva surgió como respuesta jurídica a esta necesidad de celeridad y uniformidad en la celebración de tales contratos, con las características básicas de imposibilidad de negociación (no existen las tratativas, los contratantes no se sientan en una mesa a discutir las particularidades del contrato que pretenden celebrar; por el contrario, estas partes ni siquiera se llegan a conocer, ni antes ni después de celebrado y hasta ejecutado el contrato, pues ello es irrelevante), la imposición del contrato, la redacción unilateral del contrato y la desigualdad de fuerzas económicas, informativas y técnicas.

Las características de este tipo de contratación facilitan la inclusión de cláusulas abusivas al interior de las condiciones generales de contratación. En estos contratos los adherentes muchas veces se hacen a la idea de que la otra parte es confiable, y celebran el contrato cerrando los ojos con la esperanza de que jamás surja una sorpresa o inconveniente. Esto ha llevado a debatir de modo consistente y en no pocos foros acerca de los estándares esperables de diligencia del consumidor, considerado por la legislación como destinatario final de los productos o servicios materiales e inmateriales que adquieran, utilicen o disfruten.

Para algunos el consumidor común es el irracional, el que no lee ni se informa, y tal es el estándar del que debe partirse, a fin de que se traslade toda la previsión y deberes de cuidado al contratante *fuerte*; para otros, el derecho debe considerar un entramado de incentivos que promuevan el bienestar general, por lo que la generación de incentivos para una conducta razonable parte por proteger a un consumidor que se comporte con mayor diligencia y de ese modo no se trasladen esos costos a los demás consumidores (pues el proveedor subirá los precios para cubrir tales contingencias).

(7) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *En el País de las Colinas de Arena. Reflexiones sobre la Inmigración China en el Perú del S. XIX desde la perspectiva del Derecho*. Tomo II, Primera Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994, p. 755.

Por su parte, en numerosos pronunciamientos de la Comisión de Protección al Consumidor y en el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI se describió al consumidor como alguien (que no tiene por qué ser un experto) que actúa diligentemente.

Así, se ha señalado

“¿Qué significa en concreto un ‘consumidor razonable’? Citaré algunos ejemplos: aquel que se informa adecuadamente antes de hacer una adquisición (no solo respecto de las cualidades del producto o servicio, sino también, entre otros aspectos, su periodo de garantía), el que lee las fechas de los vencimientos en los alimentos y medicamentos, el que lee la posología y contraindicaciones de los mismos, el que lee antes de firmar los contratos, el que exige un comprobante de pago o factura por su adquisición, el paciente que pregunta qué tipo de anestesia se le va a aplicar en una intervención quirúrgica, el consumidor que es alérgico que debe leer los ingredientes del alimento o cosmético que va a comprar para evitar una reacción negativa, el que va a un *restaurant* y sabe que es alérgico a un alimento determinado y le informa al mozo de ello para la preparación de su plato, el que no compra productos ni adquiere servicios de procedencia ilícita. ¿Cuál es el común denominador en estos casos?: el parámetro medio de diligencia: estar en una posición equidistante entre el consumidor acusiosísimo y aquel descuidado.”⁽⁸⁾

El Código de Consumo no ha establecido de modo expreso ni definido el estándar de conducta del consumidor para la interpretación de los contratos de consumo, a diferencia del Decreto Legislativo 1045 (que modificó el artículo 3 del Decreto Legislativo 716 en la parte que define al consumidor)⁽⁹⁾, que colocó la valla en la conducta diligente (diligencia ordinaria). Más aún, a lo largo de todo su articulado (del Código de Consumo) no se hace referencia a estándar alguno de comportamiento del consumidor y, por el contrario, del tenor de las normas en su conjunto pareciera reducirse este nivel al mínimo.

Empero, hay un artículo que podría sugerir que el consumidor debe asumir un comportamiento diligente. En efecto, el Código de Consumo ha consagrado el principio de buena fe en el numeral 5 del art. V del Título Preliminar (Principios), con lo que la actuación leal y correcta, de acuerdo con las circunstancias del caso, puede considerarse el parámetro de medición del comportamiento de los que intervienen en una relación de consumo:

(8) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de los Consumidores*. Lima, Editorial Rodhas, 2006, p. 23.

(9) “La presente ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria de acuerdo con las circunstancias”.

“5. Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe, de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

Al exigir una conducta acorde al principio de la buena fe a **todos** los participantes en una relación de consumo, incluyendo de modo expreso al consumidor, se le aplica un estándar mínimo de diligencia, pues la buena fe se sitúa en el campo de la Moral y el Derecho, dado que “se corresponde tanto con imperativos éticos de estricta moral: honestidad lealtad, veracidad; como con imperativos ético-jurídicos de la intersubjetividad, según supuestos generales y expresas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento positivo”⁽¹⁰⁾.

Resulta indiscutible que, para cada caso en particular, el análisis de la existencia de la buena fe requerirá de distintos métodos y proposiciones, y, por ende, tomará diferentes caminos.⁽¹¹⁾

La definición de la buena fe, compleja por su abstracción (como todo principio), a pesar de sus diversas posiciones logra una suerte de consenso tanto en la doctrina como en la práctica legislativa y judicial, en cuanto a sus dos vertientes: una psicológica o subjetiva (buena fe creencia), que apunta a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen⁽¹²⁾; y otra ética u objetiva (buena fe lealtad), que también juzga la conducta del individuo, pero teniendo en cuenta si se ajusta a las reglas admitidas acerca de lo que es honesto y recto⁽¹³⁾.

La buena fe objetiva es la que, en términos generales, se manifiesta como un criterio del comportamiento conscientemente asumido. Se juzga la conducta del sujeto, a fin de determinar si alcanza el nivel exigible, es decir, si se encuentra en concordancia con las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto.

(10) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1955, p. 404.

(11) Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Lima, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1987, p. 237.

(12) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *La Fuerza de la Buena Fe*. En: *Contratación Contemporánea; Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado*, dirigida por Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto. Lima-Bogotá, Palestra Editores y Editorial Temis S.A., 2000, p. 276.

(13) PUIG BRUTAU, José. *Introducción al Derecho Civil*. Cap. X. Barcelona, Bosch, 1981, p. 416.

En otras palabras, la buena fe objetiva evalúa si este comportamiento se ajusta al estándar jurídico o prototipo —objetivo— de conducta social, basado en reglas objetivas; es, pues, la aplicación de una regla impersonal. Se encuentra más allá de la psicología del individuo; es un principio general cuya aplicación se realiza mediante la comparación del comportamiento del individuo con un estándar o arquetipo jurídico. Este actuar es impuesto al agente, independientemente de sus creencias personales, es una regla de conducta leal aplicable a todos. El obligado por la buena fe objetiva debe actuar con lealtad al margen de la confianza que inspire su comportamiento.

En palabras de Martínez-Calcerrada, la buena fe “No supone la creencia o ignorancia que justifica un error —buena fe en sentido subjetivo—, sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas sobre la base de los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia”⁽¹⁴⁾.

Manuel de la Puente⁽¹⁵⁾ resume las características de la buena fe objetiva en seis:

1. Es un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.
2. Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
3. Se aprecia la conducta prescindiendo del punto de vista subjetivo de las partes. En cambio, se emplea para tal fin un criterio objetivo.
4. No obstante, esta objetividad no implica que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. La buena fe objetiva no sirve de escudo a quien actúa con dolo o culpa.
5. El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, que no es otra cosa que un prototipo de conducta social media.
6. El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

(14) Citado por HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (capítulo: “La concepción ética y unitaria de buena fe”). *Obras Completas*, Tomo I. Madrid, Editorial Espasa Calpe S.A., 1987, p. 559.

(15) Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. T. III, 3ra. ed., Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1996, ps. 33/34.

Es labor de la jurisprudencia lograr, en el caso concreto, el equilibrio entre la protección del consumidor ante la posición de mayor ventaja del proveedor y las cláusulas o condiciones a las que aquél se adhiera y, por otro lado, la generación de un sistema de incentivos adecuados para fomentar conductas preventivas adecuadas por parte de los propios consumidores en beneficio de ellos mismos y de la sociedad en su conjunto⁽¹⁶⁾.

La protección de los derechos de los consumidores se instituye, pues, en una labor fundamentalmente garantista de los órganos administrativos y judiciales (recuérdese que es un derecho tuitivo), los cuales deben cuidar que en tales contratos los derechos legalmente reconocidos prevalezcan sobre los instrumentos que pretendan restringirlos, sin dejar de garantizar la seguridad jurídica y sin permitir la generación de incentivos perversos por parte de los consumidores.

Como se señaló anteriormente, un aspecto de gran importancia regulado por el Código de Consumo es la tipificación de las cláusulas abusivas y el derecho del consumidor a la protección de sus intereses económicos (vulnerados por dichas cláusulas).

3. CONTRATOS POR ADHESIÓN Y LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN (CGC)

3.1. Desarrollo normativo en el Perú

Los contratos por adhesión y las CGC fueron regulados por primera vez en el Perú con el Código Civil de 1984, el cual innovó el sistema tradicional que no contemplaba la contratación masiva, lo cual era un desfase con la realidad. El principal motivo para la regulación de las modalidades de este tipo de contratación fue dotar de mecanismos de protección heterónoma para tutelar a la parte más débil y evitar así configuraciones abusivas de la relación jurídica.

El Código Civil tampoco desarrolló todo lo que la contratación masiva ya significaba; en realidad no consideró al consumidor ni menos aún su implicancia en la sociedad y en la economía, pero al menos

(16) Ello, por cuanto el Derecho del Consumidor “es un sistema global de normas y principios institucionales y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva” (STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ, “Ley de defensa del consumidor”. *Revista Jurisprudencia Argentina*, T. 1993-IV, p. 871).

reguló de modo mínimo la protección a quien se adhiere a contratos predispuestos.

Hizo una distinción entre las CGC aprobadas por la autoridad administrativa (en cuyo caso tales condiciones se consideran incorporadas automáticamente a la oferta del proveedor aun cuando —tal como se desprende de la lectura de la norma— no hubieren sido conocidas por el adherente) y las CGC no aprobadas (las cuales se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria), e incorporó un listado básico de cláusulas “abusivas”⁽¹⁷⁾.

La legislación de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716 y sus normas modificatorias y complementarias) demoró en regular esta materia; recién con la ley 28.587 (Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros), se introdujo un mecanismo de protección mediante el principio de transparencia o informativo en las relaciones de consumo⁽¹⁸⁾.

Este es el llamado *control formal*, que busca proteger al consumidor mediante el traslado de información suficiente sobre el contrato que va a firmar o bien asegurándole, por lo menos, que pueda acceder a las condiciones a las que se va a someter.

Ahora bien, es pertinente decir que el *total disclosure* (o total revelación de información) genera costos de transacción sobre todo para el consumidor (como tener que leer y *entender* contratos extensos), sin que ello signifique alcanzar los efectos deseados, pues generalmente no va a leer semejante texto (y si lo hiciera no lo entendería completamente) y, como necesita el crédito, va a optar por confiar y entregarse al contrato.

Asimismo, la Ley 28.587 incluyó la noción de cláusulas abusivas, aunque limitando su aplicación a supuestos de tasas de interés, comisiones y gastos. También dispuso que la Superintendencia de Banca y

(17) Art. 1398 del Código Civil: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.

(18) Como la obligatoriedad de contar los formularios contractuales con caracteres adecuadamente legibles, no menores de 3 milímetros y con una redacción y terminología comprensibles por los clientes.

Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) identifique las estipulaciones que debían ser sometidas a aprobación administrativa previa y obligatoria, indicando que la finalidad de ello (y esto es de gran relevancia) era el establecimiento del equilibrio contractual necesario entre las empresas y los usuarios. El reglamento de esta ley incorporó, entre otros, la regulación de las condiciones que requerían aprobación administrativa.

Luego, con el Decreto Legislativo 1045 (Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor), se siguió con lo alcanzado a nivel de transparencia por la citada Ley 28.587, extendiéndose a las demás áreas del consumo.

Este cuerpo legal trajo novedades respecto de las CGC:

“Artículo 18.- Reglas generales sobre contratos de consumo.

En los contratos entre consumidores y proveedores:

a. No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

b. Si los consumidores tienen derecho a desvincularse de determinado contrato, este derecho se ejercerá utilizando la misma forma, lugar y medios a través de los cuales dicho contrato fue celebrado.

c. En caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deberán ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser de tamaño menor a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.

d. En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otros, tengan por objeto:

(i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor; o,

(ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor;

Para la evaluación de las cláusulas antes señaladas, se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y la información que el proveedor ha suministrado al consumidor.

Se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo.”

Finalmente, el Código de Consumo ha fijado los requisitos para las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión o con CGC (que se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa):

- a) La concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que o se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.
- b) La accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.
- c) La buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas⁽¹⁹⁾.

El Código de Consumo ha intentado sistematizar lo relativo a las cláusulas abusivas, en sus artículos 49 a 52.

3.2. Las cláusulas abusivas

Dado que en la contratación estandarizada⁽²⁰⁾ o masiva no hay negociación ni participación de una parte en el diseño del contrato o de parte de él —si bien existe la voluntad mutua de vincularse jurídicamente—, la parte que redactó los términos tiene la posibilidad de abusar de su posición e incorporar así condiciones que le beneficien de modo exclusivo y perjudiquen al otro. “El *modus operandi* será normalmente el de erigir una suerte de codificación privada, paralela al derecho positivo legislado de manera supletoria, y en muchos casos en oposición a éste”⁽²¹⁾.

De ese modo, se ha dicho que las cláusulas son abusivas cuando reportan una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro; se las suele denominar “vejatorias” debido a que

(19) La buena fe es un principio aplicable a todo el derecho en general y en particular a toda clase de contratos; empero, la exigencia de equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes ha dado lugar a discrepancias en algunos autores. (“... los derechos y obligaciones de las partes no tienen por qué ser ‘equilibrados’ o ‘simétricos’. Lo racional es que la parte que toma más riesgos se reserve más derechos que la otra”. Cfr. ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Una propuesta fascista: el Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor*).

(20) Denominadas cláusulas *standard* por los principios de UNIDROIT (Art. 2.19: “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”).

(21) REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predispuestas*. Astrea, Buenos Aires. Argentina, 1987, p. 449.

agravan la posición de un contratante⁽²²⁾, es decir, cuando existe asimetría o diferencia en el poder de negociación del contrato (o nulo poder de negociación de una de las partes) en mérito de la cual la parte “fuerte” introduce términos que favorecen abrumadoramente sus intereses⁽²³⁾.

El art. 49.1 del Código de Consumo define las cláusulas abusivas. Este numeral llama la atención pues, al igual que el Código Civil, excluye de su ámbito las cláusulas aprobadas por la autoridad administrativa, lo que resulta contradictorio con el ya antes citado art. 48, que exige buena fe y equilibrio en todos los contratos de consumo, **estén o no aprobados por la administración:**

“Artículo 49º.- Definición de cláusulas abusivas.

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

El art. 49.2 establece que para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Por último, el art. 49.3 regula que si el predisponente alegase que una condición ha sido negociada individualmente, con el fin de evitar la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas, entonces asume la carga de la prueba.

3.3. La “doble lista” de cláusulas abusivas o vejatorias en el Código de Consumo

El Código de Consumo introduce el sistema de la doble lista de cláusulas vejatorias o abusivas: una taxativa de ineficacia absoluta (art. 50) y otra abierta de ineficacia relativa (art. 51)⁽²⁴⁾.

(22) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. T. III, 3ra. ed., Fondo editorial de la PUCP, Lima, 1996, ps. 201/203.

(23) En el contexto de un contrato celebrado con arreglo a CGC debe analizarse, cuando ello ocurra, la utilización de publicidad bajo diferentes modalidades, pues ella puede haber generado expectativas en el consumidor.

(24) Este sistema es de origen alemán, por el que se introdujeron (en Alemania, en 1976) 3 criterios para determinar una cláusula como abusiva: una cláusula general de resultado —de acuerdo con la cual son ineficaces las cláusulas que, en viola-

Así, de acuerdo con la doble lista, son cláusulas siempre consideradas abusivas las siguientes (lista negra):

“Artículo 50°.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.

b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.

d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.

e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.

f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.

g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.

h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.”

La ineficacia absoluta de estas cláusulas apunta a un defecto estructural gravísimo, que le priva de efectos desde su inicio, siendo insubsanables⁽²⁵⁾.

A modo de ejemplo, el literal g de este artículo, que establece la ineficacia absoluta de las cláusulas de renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción al Código de Consumo, debe verse de

ción de la buena fe, generan de modo impropio desventaja al adherente—, una lista negra —lista de cláusulas prohibidas que eran ineficaces siempre y en todo caso— y una lista gris —cláusulas cuyo carácter abusivo debía probarse caso por caso—.

(25) ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires, Astrea, 2004, ps. 126 y 127.

modo sistemático con el artículo 1.3. del mismo Código de Consumo, que sanciona con nulidad la renuncia a los derechos reconocidos por la norma, así como todo pacto en contrario.

Como se aprecia, desde el inicio del contenido del Código de Protección al Consumidor se deja sentada la posición de que los derechos reconocidos al consumidor no pueden ser objeto de renuncia. Ello se basa en la situación de desventaja (conforme lo reconoce el mismo código) en que el consumidor se halla ante el proveedor⁽²⁶⁾. Esta norma se encuentra relacionada estrechamente con el derecho reconocido por el Código de Consumo en el art. 1.1, literal g), que garantiza la protección de los derechos a través de procedimientos óptimos, resaltando características como la eficacia, celeridad, agilidad, no formalismo, gratuidad o costos reducidos de reclamación.

También es pertinente mencionar el pacto que limita el ejercicio de derechos fundamentales, como el debido proceso (literal f), también absolutamente ineficaz. Tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el debido proceso son derechos fundamentales, con base en la dignidad humana, que representan el valor supremo que justifica la existencia del Estado y sus objetivos, sin los cuales éste carecería de legitimidad y los derechos de las personas no tendrían soporte direccional.

El debido proceso es un derecho fundamental vinculado a la satisfacción del ideal de Justicia; por ello, un proceso justo constituye un derecho fundamental. Se trata de un derecho de contenido complejo, juntamente con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, conformados por una serie de derechos (son derechos continente), entre los que se encuentran los siguientes derechos básicos: derecho de acceso al proceso (judicial o arbitral), derecho a un proceso con garantías mínimas (derecho al juez natural, a un juez independiente, derecho a probar, derecho de defensa —dentro del que se encuentra el derecho a las defensas de forma o excepciones—, derecho de que se resuelva sobre todo lo discutido, derecho a impugnar, a un plazo razonable), derecho a una resolución fundada en derecho que ponga fin a la controversia, derecho a la cosa juzgada, derecho a la motivación, derecho a la ejecución de la resolución firme, derecho a la tutela cautelar.

(26) Decía León Barandiarán que “la libertad convencional no es ilimitada, pues de otro modo conduciría al desenfreno y a la arbitrariedad” (LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso Elemental de Derecho Civil peruano*. Lima, 1970, ps. 44/45).

Ciertamente, el Código de Consumo persigue que los proveedores de bienes y servicios, así como los operadores de justicia (administrativa, judicial, arbitral) tengan presente que se debe evitar la arbitrariedad y procurar preservar la real y sustancial igualdad entre las partes en la relación de consumo.

Tratándose de derechos fundamentales, toda restricción es inválida, no solo en los contratos de consumo, sino en cualquier contrato. Nuestro sistema jurídico no admite pactos que restrinjan o limiten derechos fundamentales, y el que se incluyan en contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación (donde no ha habido siquiera negociación) solo torna en más aguda la transgresión al orden público. La aprobación por autoridad administrativa no les confiere eficacia.

Es evidente que las prohibiciones establecidas taxativamente por este articulado se encuentran contenidas en el ordenamiento jurídico, es así que por ejemplo establecer que en los contratos de consumo los pactos contrarios al orden público son ineficaces, es una reiteración de lo que el Código Civil ya estableció (sancionándolo con nulidad). Sin embargo, la inclusión de este listado específico y puntual en este Código es un esfuerzo por sistematizar todas las reglas que conciernen a los consumidores y hacer énfasis en su protección.

Como cláusulas algunas veces abusivas (lista gris), es decir, que deben evaluarse caso por caso, el Código de Consumo lista las siguientes:

“Artículo 51º.- Cláusulas abusivas de ineficacia relativa

De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.

c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.

d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.

e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.

f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato”.

Se ha elegido la ineficacia en lugar de la invalidez del Código Civil (la nulidad de la normatividad bancaria)⁽²⁷⁾, y de la fórmula “se tendrán por no puestas” que se establecía en el art. 18 del Decreto Legislativo 1045 para las CGC y los contratos de adhesión que se consideraban prohibidos. La ineficacia de estas cláusulas (abusivas o vejatorias) determina que no se produzcan los efectos jurídicos que les son propios.

El conflicto que sin duda va a acarrear la indicada falta de uniformidad (invalidez según el Código Civil y la normatividad bancaria, o ineficacia según el Código de Consumo), que debería resolverse por el principio de especialidad, probablemente generará que la estrategia procesal de los abogados sea la misma que en otros temas similares: mediante formulación de pretensiones propuestas en forma subordinada.

El método de control del Código de Consumo, particularmente para el caso de la ineficacia relativa (lista gris), consiste en la evaluación caso por caso, denominado también método negativo administrativo: se parte de reglas que definen el concepto general de las cláusulas abusivas o vejatorias y, sobre esa premisa, el tribunal decidirá, en el análisis del caso concreto, si se ajusta, dependiendo de las circunstancias. Este es el control de contenido, y será el órgano resolutorio (administrativo o judicial) el que determine si una cláusula es o no abusiva.

En cuanto a la lista negra, se parte de que en todos los casos tales cláusulas son siempre ineficaces, aunque ciertamente puede haber debate acerca de si el contenido de la cláusula encaja en el supuesto normativo (por ejemplo, puede haber discusión acerca de si determinado supuesto atenta o no contra el orden público)⁽²⁸⁾.

De ese modo, si el referido equilibrio se rompió, está en manos de la autoridad restablecerlo, para garantizar el derecho del consumidor consagrado en la Constitución, así como la finalidad del Código de Consumo, traducida en la posibilidad de acceso al consumo idóneo.

Esperemos que con la casuística las normas de este Código se vayan llenando de contenido y, de ese modo, se superen sus inconsistencias y defectos.

(27) Siendo que la nulidad es la sanción a la invalidez.

(28) El orden público es un concepto de contenido dinámico que se ve configurado por determinados fenómenos en épocas, que lo hace variable en el tiempo y distinto en cada sociedad.

En general, las normas de orden público son aquellas que conciernen al estado civil y capacidad de las personas, a los aspectos indisponibles en el ámbito del derecho de familia y de sucesiones, las relativas al trabajo y trabajadores, de salud pública y policía, etcétera.

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

Por Freddy ESCOBAR ROZAS⁽²⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El rol de los contratos. 3. La regulación estatal supletoria y la reducción de costos de transacción. 4. La contratación estandarizada. 5. El problema de insatisfacción de los adherentes. 6. El mecanismo de control de los formularios contractuales. 7. La mitigación del problema de insatisfacción desde el mercado. 8. El problema de selección adversa de los proveedores. 9. El espacio para la regulación. 10. La opción del Código Civil. 11. Conclusión.

“Even where a significant market failure has been identified, government should act only where it is feasible and cost-effective to do so.”

Michael J. TREBILCOCK.

1. INTRODUCCIÓN

La contratación estandarizada ha sido estigmatizada en el *Civil Law*. Constantemente abogados y académicos denuncian que la contratación estandarizada permite que la parte fuerte (empresa) abuse de la parte débil (consumidor), a través de la imposición de ciertas

(2) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Socio de Benites, Forno & Ugaz.

cláusulas injustas (vejatorias) que generen un desequilibrio en la relación contractual⁽³⁾.

A pesar de que no es fácil saber cuál es la fuente de los abusos denunciados (¿asimetría informativa?, ¿monopolio?, ¿mayor poder económico?, etc.)⁽⁴⁾, los círculos que desconfían de la contratación estandarizada enfatizan la necesidad de que el sistema legal intervenga prohibiendo la inclusión de determinadas cláusulas en los contratos predispuestos.

Los argumentos empleados para justificar la intervención del legislador en el contenido de los contratos estandarizados se basan en la idea de que no se debe permitir el desequilibrio contractual en perjuicio de la parte que se adhiere a las cláusulas predispuestas. Quienes postulan tales argumentos no explican, sin embargo, qué es equilibrio contractual ni por qué ese equilibrio ha de mantenerse en toda situación. Por otro lado, aquéllos no toman en consideración el haz de beneficios que genera la contratación estandarizada no sólo en términos de reducción de costos de transacción sino también en términos de

(3) "Può dirsi pertanto che le condizone generali di contratto sono state anche utilizzate quale strumento di sopraffazione di una parte economicamente più forte nei confronti della controparte". Ver: PATTI, Salvatore. "Le Condizioni Generali di Contratto e I Contratti del Consumatore". En: *I Contratti in Generale*. Al cuidado de Enrico Gabrielli. Torino: UTET, 1999, vol. I, p. 297. "L'accertamento della vessatorietà della clausola si svolge attraverso un duplice passaggio: nel primo il giudice deve verificare se la clausola contestata sia riconducibile ad una delle ipotesi previste dall'elenco, o, qualora non vi rientri, se essa possa altrimenti presumersi vessatoria... All'esito di questa fase... il giudice dovrà poi accertare, mediante un diverso percorso... se la clausola che si presume vessatoria determini a carico del consumatore uno squilibrio non ragionevole dei diritti ed. obblighi...". Ver: AZZARO, Andrea Maria. Accertamento della Vessatorietà delle Clausole. En: *Clausole Vessatorie nei Contratti del Consumatore*. Al cuidado de Guido ALPA. Milano: Giuffrè Editore. 2003, p. 728.

(4) "En una sociedad de consumo y libre mercado como la nuestra, donde lo que interesa a los productores de bienes y a los prestadores de servicios es el optimizar sus ganancias, incitando al ciudadano al consumo de una forma indiscriminada e irracional, se producen verdaderas situaciones de superioridad de aquéllos frente a éstos que conduce a un abuso de su situación para el logro de sus fines". Ver: PRADA, Alonso. *Protección del Consumidor y Responsabilidad Civil*. Madrid. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. 1998, p. 13. "...una de las funciones espurias de los condicionados generales es que las empresas que los utilizan tienden a mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazándose los riesgos y obligaciones hacia los clientes o arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartidas para los adherentes". Ver: VEGA, Yuri. El Derecho del Consumidor y la Contratación Contemporánea. En: *Contratación Contemporánea*. Dirigido por Atilio Aníbal Alterini, José Luis De los Mozos y Carlos Alberto Soto. Lima: Palestra Editores. 2001, T. II, ps. 554 - 555.

reducción, a un costo comparativamente bajo, de los problemas de insatisfacción del consumidor y de selección adversa del proveedor.

Este trabajo ofrece una visión general acerca de la contratación estandarizada, de los problemas que las partes enfrentan en este contexto y de los mecanismos de mitigación de tales problemas desarrollados por el sistema legal y por el sistema de mercado.

La tesis central defiende el predominio de las fórmulas creadas por el sistema de mercado para mitigar el problema de insatisfacción de los adherentes (consumidores) y el problema de selección adversa de los proveedores.

2. EL ROL DE LOS CONTRATOS

Los contratos cumplen un rol fundamental en las sociedades contemporáneas⁽⁵⁾. En efecto, en primer lugar los contratos afirman la dignidad del ser humano⁽⁶⁾, al dotar de efectos legales a las decisiones

(5) "All human transactions are directed to a future that is never free from elements of uncertainty. Every one of our ventures, therefore, involves the taking of a risk. When I board a train to go home I am betting my life that I will get to my destination. Now a contract or agreement may be viewed as an agreement for the distributions of anticipated gains or losses. If I agree to sell certain goods or services I expect that I shall be paid in good United States money and that with this money I shall be able to acquire certain other goods. I do not generally take into account the possibility that the purchasing power of the American dollar may be radically reduced when I receive my pay. That contingency is generally not thought of or else deemed too remote, yet certain bondholder do think of it and specify payment in gold of a certain standard. Now the human power to foresee all the consequences of an agreement is limited, even if we suppose that the two parties understand each other's meaning to begin with. Disputes over disagreements are therefore bound to come up; and the law of contract may thus be viewed as an attempt to determine the rights and duties of the two parties under circumstances that were not anticipated exactly in the same way by the two contracting parties, or at any rate were not expressly provide fort in an unambiguous way. One can therefore say that the court's adjudication supplements the original contract as a method of distributing gains and losses". Ver: COHEN, Morris. *The Basis of Contract*. En: Harvard Law Review. Número 4. 1933, p. 560.

(6) Las personas tienen concepciones diferentes acerca de lo que es bueno o malo para ellas mismas y, en consecuencia, acerca de lo que constituye el fin último de sus vidas. En una sociedad libre, la dignidad individual preserva la capacidad de elegir, entre diversas concepciones en competencia, el fin último de la existencia personal. Los contratos permiten que las personas adquieran los recursos que necesitan para intentar alcanzar sus propias metas y, por lo tanto, para materializar sus propias concepciones acerca del sentido de sus vidas. Ver: RAWLS, John. *Justice as Fairness. A Restatement*. Cambridge. London: The Belknap Press of Harvard University Press. 2001, p. 19.

que los individuos toman sobre sus bienes y sus acciones futuras⁽⁷⁾. En segundo lugar, los contratos profundizan el esquema de división del trabajo, acentuando la innovación productiva y comercial⁽⁸⁾. En tercer lugar, los contratos permiten la circulación de los recursos valiosos hacia sus usos alternativos más eficientes⁽⁹⁾. En cuarto lugar, los contratos generan la formación de redes de confianza social que prescindan del aparato estatal para lograr la cooperación entre las personas y, por tanto, permiten la mejora del bienestar individual a menores costos⁽¹⁰⁾.

Una perspectiva económica basada en la eficiencia y una perspectiva moral basada en la libertad requieren que las personas puedan fijar libremente el contenido de los contratos que celebran.

En efecto, debido a que las personas conocen sus preferencias y valoraciones, carece de sentido confiar el diseño de las reglas contractuales a las autoridades estatales (burócratas, jueces, etc.), en la medida en que estas últimas no tienen información respecto de lo que desea cada una de las personas interesadas en vender y adquirir recursos. Por otro lado, debido a que las personas se reconocen dignas entre sí, carece de justificación otorgar a las autoridades estatales el poder de

(7) Los contratos crean y transfieren derechos sobre los recursos; esto es, sobre las cosas y las acciones que poseen valor para las personas. En términos de eficacia, los contratos generan titularidades legales tanto sobre las cosas como sobre las acciones futuras de las partes contratantes. Para una explicación detallada del contrato como generador de titularidades sobre recursos: GOLD, Andrew S. *A Property Theory of Contract*. En: *Northwestern University Law Review*, vol. 103, Número 1, 2009, ps. 13/63.

(8) La división del trabajo genera bienestar social en la medida en que incrementa la producción de recursos valiosos a menores costos incrementales. Ello debido a que la división del trabajo permite a los individuos elegir el desarrollo de una u otra actividad en función a sus aptitudes y competencias. La repartición de tareas en función de las aptitudes y competencias permite, a su vez, incrementar la eficiencia del proceso productivo por dos razones. En primer lugar porque, en términos comparativos, los más talentosos para una labor específica realizan dicha labor de mejor modo y en menor tiempo: María Callas, Michael Jordan y Gary Becker son, dentro de sus respectivos campos, un claro ejemplo de esto. En segundo lugar porque los menos talentosos para una labor específica no tienen que invertir en exceso a efectos de estar en condiciones para realizar dicha labor: acudir a un médico es menos costoso y más productivo que estudiar medicina con el propósito de poder estar en condiciones de tratar los males propios. Ver: HARDIN, Rusell. *How Do You Know?* Princeton. Oxford: Princeton University Press. 2009, p. 14.

(9) POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers. 2007, ps. 33/93.

(10) LEIB, Ethan J. *Contracts and Friendships*. En: *Emory Law Journal*, vol. 59, 2010, p. 654.

impedir que aquéllas tomen sus propias decisiones, aun cuando éstas no sean correctas desde una perspectiva racional o económica.

En consecuencia, la intervención de las autoridades estatales en materia contractual ha de estar restringida a casos excepcionales, en los que, por razones de eficiencia o por exigencias de orden moral⁽¹¹⁾, no existe otra opción con mejores resultados esperados.

3. LA REGULACIÓN ESTATAL SUPLETORIA Y LA REDUCCIÓN DE COSTOS DE TRANSACCIÓN

La explicación económica tradicional⁽¹²⁾ sostiene que las operaciones contractuales son vinculantes porque posibilitan que los recursos escasos sean adquiridos por quienes más los valoran (en cierto momento) y, por tanto, sean empleados en sus usos alternativos más eficientes. El hecho que los recursos escasos circulen para ser aprovechados por aquellos agentes que más los valoran no sólo mejora la situación de bienestar de esos agentes, sino también la situación de bienestar del grupo social en general⁽¹³⁾. Veamos con un ejemplo cómo es que esto resulta cierto.

Imaginemos que *A* es propietario del recurso *X* y valora ese recurso en 100. Imaginemos, por otro lado, que *B* valora el recurso *X* en 150. Bajo este supuesto, *A* estará dispuesto a vender el recurso *X* a cualquier precio por encima de 100, mientras que *B* estará dispuesto a comprar dicho recurso a cualquier precio por debajo de 150. Si *A* y *B* celebran un contrato y cumplen sus obligaciones, ambos estarán me-

(11) En términos generales, existen dos aproximaciones sobre la moral. Una se sirve del discurso filosófico racional para explicar por qué las personas deben distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. La otra se sirve del discurso evolutivo para explicar por qué las personas actúan tomando en consideración la compasión, la simpatía y otro tipo de sentimientos morales. Al margen de cuál sea la aproximación correcta, lo cierto es que los seres humanos toman decisiones en función de ciertas consideraciones morales y están expuestos a externalidades emocionales en caso que esas consideraciones no sean observadas. Ver: ZAK, Paul J. *Values and Value: Moral Economics*. En: *Moral Markets. The Critical Role of Values in the Economy*. Paul J. Zak Editor. Princeton. Oxford: Princeton University Press. 2008, ps. 260/273.

(12) JEVONS, Stanly William. *The Theory of Political Economy*. New York: A. M. Kellys. 1965, ps. 85 y ss.; IPPOLITO, Richard. *Economics for Lawyers*. Princeton. Oxford: Princeton University Press. 2005, p. 12; KRONMAN, Anthony T. y Richard A. POSNER. *The Economics of Contract Law*. Boston. Toronto: Little, Brown and Company. 1978, p. 2.

(13) FRIEDMAN, David D. *Law's Order*. Princeton. Oxford: Princeton University Press. 2000, ps. 150 y ss.

mejor que antes, en tanto que cada uno tendrá en sus manos el recurso que más valora (*A* valora más el precio, imaginemos 110, y *B* valora más el recurso). La sociedad, por otro lado, también estará mejor, en la medida en que la mejoría de los integrantes del conjunto supone la mejoría del conjunto⁽¹⁴⁾.

Para que las personas celebren transacciones mutuamente beneficiosas los costos de transacción no deben ser altos. En palabras de Coase⁽¹⁵⁾, los costos de transacción son los que se generan por el hecho de hacer funcionar el sistema de mercado. En términos específicos, los referidos costos se descomponen en tres: (i) costos de acceder a la información relevante; (ii) costos de negociar y de celebrar los contratos; y (iii) costos de hacer cumplir los contratos.

Volvamos a nuestro ejemplo para notar cómo los costos de transacción resultan nocivos para el bienestar de las personas. Imaginemos que *B* tiene que incurrir en costos de transacción por 30 (debe invertir dinero para encontrar al propietario del recurso *X*). En este nuevo escenario, *A* seguirá dispuesto a vender el recurso *X* por un precio superior a 100; pero *B* sólo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio inferior a 120 ($150 - 30 = 120$). Por consiguiente, aun existen posibilidades para que la transacción se realice. ¿Pero qué ocurrirá si *A* también debe incurrir en costos de transacción por 30? En este supuesto, resulta obvio que la transacción no se realizará, pues *A* sólo estará dispuesto a vender el recurso *X* por un precio mayor a 130 ($100 + 30 = 130$), mientras que *B* sólo estará dispuesto a comprar ese recurso por un precio menor a 120. Los altos costos de transacción habrán frustrado la realización de una transacción mutuamente beneficiosa.

El sistema legal puede contribuir de manera significativa a reducir los costos de transacción. En efecto, el sistema legal puede facilitar el proceso de contratación a través de la oferta de un haz de reglas supletorias que distribuyan riesgos (a través de la asignación de derechos, obligaciones y responsabilidades) y, por consiguiente, liberen a las personas de la necesidad de adoptar acuerdos complejos que regulen las múltiples situaciones de conflicto que se pueden presentar durante la etapa de ejecución de las transacciones.

(14) GEORGAKOPOULOS, Nicholas. *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge. London: Cambridge University Press. 2005, ps. 20 y ss.; POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge. London: Harvard University Press. 2001, p. 98.

(15) COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. En: *The Journal of Law and Economics*, vol. III. 1960, ps. 15 y ss.

Sin embargo, la reducción de los costos de transacción sólo se produce si la regulación supletoria tiene sentido económico o por lo menos sentido común. En efecto, a pesar de las buenas intenciones, la referida regulación puede incrementar los costos de transacción si distribuye los riesgos de un modo ineficiente o si contradice lo que el simple sentido común dicta, pues en ambos supuestos las personas querrán pactar en contra, por lo que incurrirán en mayores costos de transacción. Las personas que no logren pactar en contra por que simplemente ignoran la existencia de la referida regulación empeorarán su situación de bienestar al ser destinatarias de una asignación ineficiente o inesperada de titularidades⁽¹⁶⁾.

4. LA CONTRATACIÓN ESTANDARIZADA

La contratación estandarizada se caracteriza por la ausencia de negociación entre las partes. No existe discusión respecto del contenido del contrato. Una de las partes elabora tal contenido e indica a la otra que está dispuesta a contratar pero no a negociar las condiciones del contrato. En consecuencia, esta última sólo puede aceptar o rechazar esas condiciones (*"take it or leave it"*).

¿Es ese procedimiento anómalo? ¡En absoluto! No existe razón moral o económica alguna para considerar injusto o ineficiente tal procedimiento. Nadie puede obligar al proveedor de bienes o servicios a negociar, a discutir, a tratar. Todo proveedor debe poder elegir si desea o no colocar sus productos a través de negociaciones, discusiones o tratativas⁽¹⁷⁾. Toda regulación que imponga límites a la libertad con-

(16) El Código Civil está plagado de normas ineficientes, que sin justificación alguna limitan los plazos de los contratos, impiden la inclusión de cláusulas mutuamente beneficiosas, otorgan derechos patrimoniales irrenunciables, etc. Un ejemplo paradigmático de regulación groseramente ineficiente y contraria al más elemental sentido común puede ser hallado en materia de invitación a ofrecer. Ver: ESCOBAR, Freddy y Guillermo CABIESES. *Reivindicando el Sentido Común: Alegato a favor de la Derogación de la Regulación de la Invitación a Ofrecer en el Código Civil de 1984*. En: *Advocatus*. Número 21. 2010, ps. 23/38.

(17) "No existe realmente necesidad de dictar medidas especiales de protección al destinatario de la oferta en el contrato libre por adhesión. Su situación es igual a la del destinatario de una oferta de contrato paritario, pues se encuentra en absoluta libertad de aceptar o rechazar la oferta. La pérdida de su libertad de configuración interna del contrato es sólo un accidente, que no lo coloca en una situación vulnerable, desde que si la oferta no satisface sus expectativas tiene expedito el recurso de rechazarla... Sólo en el caso del contrato necesario por adhesión donde, según se ha visto, existe la posibilidad de que el estipulante, abusando del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta, proponga cláusulas

tractual por el simple hecho de no existir espacio para la negociación de las cláusulas del contrato es ineficiente e inmoral⁽¹⁸⁾.

Existen muchas razones que explican y justifican la existencia de la contratación estandarizada⁽¹⁹⁾. Desde una perspectiva económica, la estandarización de los términos contractuales permite, como ninguna otra herramienta, reducir significativamente los costos de transacción de los proveedores de bienes y servicios⁽²⁰⁾. En efecto, gracias a la estandarización de sus compromisos contractuales, dichos proveedores pueden simplificar sus procesos operativos y, por ende, reducir sus costos de producción y de comercialización.

Si los proveedores tuvieran que negociar con cada persona los términos de cada contrato, aquéllos tendrían que diseñar e imple-

veatorias, que el destinatario se vería compelido a aceptar, se requiere proteger a este último contra tal abuso". Ver: DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, 1999. Primera Parte, T. III, p. 50.

(18) Cuando no existe competencia, el Estado impone —con razón— límites al contenido de los contratos. Esta intervención, sin embargo, no está sustentada en la inexistencia de negociaciones entre el proveedor y los consumidores, sino en la existencia de un monopolio, que genera resultados socialmente ineficientes en la medida en que produce una cantidad de recursos inferior a la que produciría una industria en competencia perfecta. Ver: SAMUELSON, Paul y William D. NORDHAUS. *Economía*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: McGraw-Hill, 1993, p. 212.

(19) "First, standard form contracts reduce transaction costs. In the strongest form of this claim, the drafter provides terms consistent with those to which the parties ultimately would have bargained. If, for instance, the standard form allocates risks to the parties best positioned to avoid or insure against them, then presumably the terms reflect the positions most parties in similar positions would have preferred... Second, standard form contracts generate benefits associated with network externalities. As developed in the legal literature standardization of contracts confers learning effects as courts and parties agree on meanings of potentially vague terms, while competition among suppliers of contract terms generate contracts that reflect optimal terms... Third, standard forms facilitate control of agency costs in mass market transactions. If agents are authorized to negotiate terms, principals will have to monitor agents to ensure that contract modifications do not adversely affect the pricing models under the original contract". Ver: GILLETTE, Clayton P. *Standard Form Contracts*. NYU Center for Law, Economics and Organization. Law & Economics Research Paper Series. Working Paper No. 09-18. 2009, ps. 2 y 3. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1374990 (última visita: 28 de Julio de 2010).

(20) "[t]he principal justification for standard contracts is the dramatic reduction in transaction costs that they permit in many contexts". Ver: TREBILCOCK, Michael. *Rethinking Consumer Protection Policy*. En: *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*. Editado por Charles E. F. Rickett y Thomas G. W. Telfer. Cambridge: Cambridge University Press. 2003, p. 93.

mentar procesos operativos extremadamente complejos para estar en condiciones de responder a la diversidad de preferencias exteriorizadas en las negociaciones individuales⁽²¹⁾.

El mayor costo de los referidos procesos sería trasladado, vía precio, a las personas interesadas en adquirir los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores. Dadas las múltiples restricciones presupuestales, no todas las personas podrían pagar el mayor precio de los referidos bienes y servicios. Esto significa que el incremento de los precios provocado por el costo de las negociaciones individuales generaría demandas insatisfechas y, por tanto, empeoramiento de la situación de bienestar de la sociedad.

5. EL PROBLEMA DE INSATISFACCIÓN DE LOS ADHERENTES

En las relaciones estandarizadas muchas veces los adherentes (consumidores) no obtienen lo que esperaban obtener. En realidad, el problema de no obtener lo que se espera se presenta en cualquier situación contractual; lo que ocurre es que ese problema se agrava en el contexto de operaciones masivas debido a una serie de factores, entre los que se encuentran la asimetría informativa, la rapidez con la que los consumidores toman sus decisiones y la tendencia de los consumidores a incurrir en errores de estimación de riesgos⁽²²⁾.

Existen diversos mecanismos regulatorios para enfrentar el problema antes indicado: obligar a las empresas a revelar de forma detallada información acerca de las características de los productos ofrecidos en el mercado, prohibir la venta de ciertos bienes especialmente riesgosos, establecer la necesidad de obtener licencias para poder ofrecer bienes y servicios en el mercado, etc.

(21) "The take-it-or-leave-it approach to form contracts is thus fundamentally grounded not only on the efficiencies of mass distribution, but also on substantial institutional rigidities. Firms do not want to negotiate individualized contracts because doing so entails bearing not only the costs of particular negotiations, but also the economic and institutional cost of modifying an organizational structure geared to the standardized terms". Ver: RAKOFF, Todd D. *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. En: Harvard Law Review, vol. 96. 1983, p. 1176.

(22) POLINSKI, Mitchell A. y William P. ROGERSON. *Products Liabilities, Consumer Misperception and Market Power*. National Bureau of Economic Research. Working Paper No. 937. 1982, p. 6. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300720 (última visita: 3 de agosto de 2010).

Cada mecanismo tiene impactos diversos tanto en el valor de la información⁽²³⁾ como en el costo de la información. Un esquema legal regulatorio será óptimo, en términos de adecuada protección al consumidor, cuando incremente el valor de la información para el consumidor o cuando reduzca el costo de información para el consumidor (o cuando logre ambas cosas)⁽²⁴⁾.

Todos los esquemas regulatorios presentan ventajas y desventajas. Así, el esquema que obliga a las empresas a suministrar información detallada sobre los bienes y servicios que ofrecen puede eliminar la asimetría informativa respecto de consumidores sofisticados y cuidadosos; pero puede resultar contraproducente respecto de consumidores no sofisticados o poco cuidadosos. Dada la tendencia general de los consumidores a no leer documentos extensos o a tomar decisiones en función de intuiciones⁽²⁵⁾, la política de obligar a suministrar información detallada (y, por lo tanto, documentación extensa) puede resultar más perjudicial que beneficiosa.

Por otro lado, el esquema que obliga a obtener una licencia previa para poder ofrecer productos en el mercado puede mitigar el problema de la presencia de proveedores *oportunitas*, pero puede también exacerbar la divergencia entre lo esperado y lo adquirido, al crear la impresión de que los bienes y servicios son seguros por el simple hecho de ser ofrecidos por empresas que cuentan con la aprobación de una agencia estatal especializada, sin mencionar los efectos anticompetitivos que suelen acompañar a tal mecanismo⁽²⁶⁾.

En consecuencia, la adopción de un mecanismo regulatorio que mitigue o elimine el problema de insatisfacción debe depender del análisis comparativo de las distintas opciones que se encuentren disponibles. Ese análisis debe tomar como variables los costos y beneficios resultantes a la luz de la experiencia local e internacional⁽²⁷⁾.

(23) El valor de determinada información está representado por el beneficio esperado que los consumidores obtienen de aquella, a efectos de tomar una mejor decisión.

(24) TREBILCOCK, Michael, ob. cit., p. 73.

(25) KOROCHKIN, Russell. *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*. En: The University of Chicago Law Review. Número 70. 2003, p. 1217; HILLMAN, Robert A. y Jeffrey J. RACHLINSKI. *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*. En: New York University Law Review. Número 77. 2002, p. 434.

(26) TREBILCOCK, Michael, ob. cit., p. 75.

(27) "With respect to each policy objective, a significant array of possible policy instruments are typically available and need to be evaluated (and periodically reevaluated) comparatively, one against the other, in light of experience with

6. EL MECANISMO DE CONTROL DE LOS FORMULARIOS CONTRACTUALES

Diversas jurisdicciones han optado por el mecanismo consistente en intervenir en el contenido de los formularios contractuales con la finalidad de impedir que los proveedores incluyan ciertas cláusulas en tales formularios⁽²⁸⁾. Para justificar la adopción del referido mecanismo los círculos legales han ensayado diversas explicaciones.

Algunos han asociado los contratos estandarizados con el poder de los monopolios interesados en imponer condiciones no óptimas⁽²⁹⁾. La idea de que existe una asociación entre los monopolios y los formularios contractuales es, sin embargo, errónea, pues tales formularios (también) son empleados por empresas que operan en mercados competitivos⁽³⁰⁾. Por otro lado, no se entiende por qué los monopolios tendrían interés en imponer condiciones contractuales no óptimas, cuando pueden perfectamente ofrecer condiciones contractuales óptimas a un mayor precio⁽³¹⁾.

their utilisation both in the jurisdiction in question in the past and other jurisdictions currently or historically. That is to say, historical, comparative and empirical evidence will be critical to the choice and ongoing re-evaluation of policy instruments...". Ver: TREBILCOCK, Michael, ob. cit., p. 79.

(28) Probablemente la regulación de la Unión Europea sea la más agresiva en materia de control de cláusulas predispuestas. A pesar de que los países miembros de la unión han logrado aprobar diversas directivas dirigidas a proteger a la parte que se adhiere a las referidas cláusulas (Directiva 1993/13/ECC sobre términos contractuales injustos, Directiva 97/7/ECC sobre compras a distancia, Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales, Directiva 2001/31/EC sobre contratos celebrados por medios electrónicos), los procesos de negociación no han estado libres de controversias. Por otro lado, la adopción interna de dichas directivas no ha estado exenta de incumplimientos. Ver: MICKLITZ, Hans W. *The Principles of European Contract Law and the Protection of the Weaker Party*. En: *Journal of Consumer Policy*. Número 27. 2004, ps. 339 a 356.

(29) KESSLER, Friedrich. *Contracts of Adhesion: Some Thoughts About Freedom of Contract*. En: *Columbia Law Review*, vol. 43. 1943, p. 629.

(30) "Because standardization, like other types of mass production, lowers the per-unit cost of contracting, competitive firms as well as monopolists have an incentive to use it. Indeed, standardized contracts are widely used in many industries conservatives and liberal economists would agree are workably competitive. Even the fact that competitive firms offer similar terms is no evidence of collusion [...], since such a congruence would be also observed in perfectly competitive markets". Ver: KATZ, Avery. *Standard Form Contracts*. p. 2. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41320 (última visita: 30 de julio de 2010).

(31) "Other scholars disagree with the view that standard terms depend on competitive conditions. In particular, some suggest that standard terms may be efficient even under monopoly. These authors point out that a product's standard terms are just one of many attributes of a product and can be viewed as a dimension of a product

Otros han asociado los contratos estandarizados con los abusos cometidos por una parte fuerte en contra de una parte débil⁽³²⁾. La idea de que existen abusos en materia contractual se fundamenta en la premisa de que el sistema contractual ha de velar por cierto equilibrio⁽³³⁾ y, por tal razón, ha de ser redistributivo en caso tal equilibrio no se presente *ex ante*. En teoría política, la idea de que el Estado redistribuya la riqueza no es necesariamente unánime⁽³⁴⁾. Asumiendo, sin embargo, que la sociedad acepte la referida idea, es bastante desafortunado confiar la tarea de la redistribución de la riqueza al Derecho Privado.

En efecto, si las normas que regulan los derechos de propiedad, los contratos y las interferencias asignaran titularidades en función de

quality. And A. Michael Spence shows that a profit-maximizing monopolist will offer whatever product quality is preferred by the marginal consumer (the consumer who is just willing to pay the ongoing price), since that level maximizes her willingness to pay for the product. Thus as long as the preferences for the marginal consumer are the same as those of the average consumer, even a monopolist will offer optimal terms, albeit at a supra-competitive price". Ver: MAROTTA-WURGLER, Florencia. *Competition and the Quality of Standard Form Contracts: An Empirical Analysis of Software License Agreements*. En: *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 5. Número. 3. 2008, p. 448.

(32) "Si regolano i rapporti contrattuali delle imprese e dei consumatori tenendo conto, prima di tutto, che sono spesso rapporti fra parti con potere economico diverso, sicché all'interno di essi un contraente "forte" ha la possibilità di prevaricare un contraente "debole", imponendogli per per il proprio profitto contratti ingiusti; difendere il contraente debole contro questo rischio di prevaricazione significa, perciò, difendere la giustizia dei rapporti contrattuali di mercato". Ver: ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 2001, p. 904.

(33) Los contratos producen intercambios voluntarios. Estos intercambios están expuestos a diversos riesgos y lo racional es protegerse contra ellos. Si un banco otorga un préstamo a una persona, ese banco toma muchos más riesgos que los que toma esta última. Así, el banco toma, entre otros riesgos (p. ej., el riesgo del incremento de tasa de fondeo), el riesgo del fallecimiento del prestatario, el riesgo de la incapacidad del prestatario, el riesgo de la insolvencia del prestatario, el riesgo de la ilegalidad de las actividades del prestatario, etc. El prestatario únicamente toma el riesgo del no desembolso. Por tanto, las partes contratantes no tienen que ser titulares de los mismos derechos ni de la misma protección legal. La idea de que debe existir "equilibrio" o "simetría" contractual es nefasta porque altera la necesidad de mitigar la desproporción entre los riesgos.

(34) "...the distribution of income will matter to social welfare because a dollar of income often will raise the utility of some individuals more than that of others. Notably, redistributing income from rich to the poor will tend to raise social welfare, assuming that the marginal utility of income is greater for the poor than for the rich... the distribution of income may matter to social welfare because some individuals' well-being may depend directly on the distribution of income, as when individuals feel sympathy toward those who are less fortunate". Ver: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL. *Fairness versus Welfare*. Cambridge. London: Harvard University Press. 2002, ps. 30 y 31.

los niveles de riqueza de las personas, el bienestar social se reduciría irremediabilmente, generando el incremento de la pobreza.

Imaginemos que una persona sumamente pobre ha trabajado sin descanso durante doce horas recogiendo desperdicios de la ciudad. Agotado por el esfuerzo físico y la casi nula alimentación, esta persona conduce su triciclo sin prestar la atención debida. Por esta razón, al detenerse en un semáforo impacta y daña el lado derecho de un automóvil de lujo, de propiedad de una persona con mucho dinero. ¿Debe la persona pobre pagar una indemnización a la persona rica?

Si consideramos que por ser pobre la persona que ha ocasionado el daño no debe ser obligada a pagar indemnización alguna, entonces todas las personas pobres tendrán incentivos para actuar de manera poco cuidadosa. Esto generará el incremento de las interferencias, de los daños y de los costos de los seguros (en caso existan). También generará el incremento del temor de sufrir daños que no sean indemnizados por los causantes o por las compañías de seguro. Al final del día, muchas actividades socialmente valiosas dejarán de realizarse debido a la licencia legal de dañar otorgada a los pobres por el hecho de serlo. La disminución de tales actividades contraerá el número de las transacciones que sostienen el bienestar social, reduciendo el nivel de riqueza del grupo social⁽³⁵⁾.

El Derecho Privado debe crear incentivos para que la riqueza se incremente. Aceptada la idea de la necesidad o conveniencia de redistribuir (con ciertos límites) la riqueza⁽³⁶⁾, el Estado ha de actuar a través del sistema tributario, ya que, a diferencia de cualquier sistema de Derecho Privado, que imputa consecuencias únicamente a aquellas partes que participan en la transacción contractual o extracontractual concreta, sin tener en consideración sus niveles de riqueza, el sistema tributario no sólo imputa consecuencias a la totalidad de las personas con ingresos sino que además lo hace en función de los niveles de in-

(35) Los mismos efectos se producen si las normas que regulan los derechos de propiedad o los contratos asignan titularidades en función de la riqueza o pobreza de las personas.

(36) "...when legal rules do have distributive effects, the effects usually should not be counted as favoring or disfavoring the rules because distributional objectives can often be accomplished directly, using the income tax and transfer (welfare) programs. One reason economists have tended to favor these direct means of redistribution is that they reach all individuals and are based explicitly on income. In contrast, particular legal rules affect only relatively small fractions of the population and ordinarily constitute crude means of redistribution". Ver: KAPLOW, Louis y Steven SHAVELL, ob. cit., ps. 33 y 34.

gresos de esas personas, generando de este modo una redistribución más eficiente.

A pesar de que las razones tradicionales que favorecen la intervención de los reguladores en el contenido de los contratos estandarizados no son correctas, los sistemas legales suelen permitir tal intervención.

La estrategia de impedir que los proveedores incluyan determinadas cláusulas en los formularios contractuales puede ser considerablemente nociva. En efecto, cuando el regulador decide que los proveedores no pueden incluir ciertas cláusulas en los contratos estandarizados (p. ej., terminación anticipada, ajuste de tasas de intereses, limitación de responsabilidad), aquél no hace otra cosa que imponer a estos últimos diversos riesgos no deseados. Ante tal situación, algunos proveedores deciden no permanecer en el mercado, lo que genera menor competencia, incremento de precios y finalmente demanda insatisfecha. Los proveedores que deciden permanecer en el mercado (en otras condiciones) trasladan, a través del precio, los mayores costos que genera la imposición de riesgos no deseados. Esto también ocasiona demanda insatisfecha.

Al final del día, la decisión del regulador de impedir que los proveedores fijen las condiciones bajo las cuales están dispuestos a ofrecer bienes y servicios trae consigo la decisión de los proveedores de no continuar en el mercado o de hacerlo bajo nuevas condiciones (más onerosas). Cualquiera de esas decisiones genera el incremento de los precios y, por tanto, la disminución del número de adquisiciones. Esto deja sin bienes y servicios a los consumidores más pobres⁽³⁷⁾.

7. LA MITIGACIÓN DEL PROBLEMA DE INSATISFACCIÓN DESDE EL MERCADO

Con independencia de los mecanismos regulatorios adoptados por las diversas jurisdicciones, los proveedores suelen desarrollar sus propias estrategias de mercado para mitigar el problema de la no obtención de lo realmente querido que afecta a los adherentes (consumidores).

Generalmente los proveedores están interesados en maximizar tanto las ganancias a corto plazo como el valor de sus negocios a lar-

(37) "Imposing terms more favorable to the party disfavored in the form will raise the cost of the transaction to the other party —and not just the monetary cost. By doing so, this may ultimately disserve the party who is supposed to be the beneficiary of government intervention". Ver: BARNET, Randy. *Consenting to Form Contracts*. En: *Fordham Law Review*. Número 71. 2002, p. 629.

go plazo⁽³⁸⁾. Para lograr esto, los proveedores no sólo necesitan atraer nuevos consumidores sino también generar relaciones satisfactorias, de modo que puedan mantener la cartera ganada. La clave para lograr aquellas relaciones es la mejora constante de la calidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado⁽³⁹⁾.

Sin duda, los proveedores podrían generar confianza y lealtad con sus consumidores si negociaran con éstos *ex ante*. Esa negociación, sin embargo, incrementaría los costos de transacción de una forma notable⁽⁴⁰⁾. Por otro lado, en la gran mayoría de casos sería innecesaria, en la medida en que sólo una pequeña fracción del universo de consumidores experimenta problemas de calidad⁽⁴¹⁾. Por lo tanto, desde una perspectiva de costo-beneficio (eficiencia), tiene sentido que los proveedores prefieran negociar *ex post* con aquellos consumidores insatisfechos.

A través de negociaciones *ex post*, los proveedores satisfacen exigencias de los consumidores que resultan aceptables o valiosas en ciertas situaciones específicas (refinanciamiento de préstamo por pérdida temporal de empleo o por enfermedad sobrevenida, etc.)⁽⁴²⁾. Normalmente esas exigencias no se encuentran amparadas en el texto de

(38) Solo de esta forma los proveedores tendrán la opción de vender sus negocios en cualquier momento a precios competitivos.

(39) "Growing earnings over time requires either continually decreasing costs and/or continually increasing revenues. On the revenue side, growth comes from increasing sales, either by getting existing consumers to buy more or by attracting new consumers... the real key to growing revenues is to continually improve the quality of the product or service [...], and to do so in a way that attracts new consumers while not causing the loss or defection of existing consumers". Ver: JOHNSTON, Jason Scott. *The Return of Bargain: An Economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers*. En: Michigan Law Review, vol. 104. 2006, p. 877.

(40) "Form contracts exist, of course, because of the substantial transactions cost savings they produce. A requirement of all contracts be individually negotiated would increase transaction cost so substantially that many common and productive transactions would be rendered economically unfeasible, potentially causing commerce to grind to a halt". Ver: KOROBKIN, Russell, ob. cit., p. 1246.

(41) Diariamente los proveedores de bienes y servicios celebran millones de transacciones con los consumidores. Respecto de este universo, los casos en los que estos últimos experimentan problemas atribuibles a los primeros representan una pequeña fracción.

(42) Jason Scott Johnston ha comprobado la aplicación sistemática de la estrategia de negociación *ex post* en las siguientes industrias: tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, alquiler de automóviles, venta *retail* y prestaciones de salud. Ver: *Op. cit.*, ps. 865/876.

los formularios contractuales; aun así, los proveedores las satisfacen debido a que prefieren maximizar la lealtad de sus clientes y su buena reputación en el mercado⁽⁴³⁾.

En su afán por conservar consumidores valiosos, los proveedores implementan dos estrategias: la de gratificación y la de disculpa.

La estrategia de gratificación es empleada cuando el bien o el servicio no satisfacen determinadas exigencias de los consumidores que resultan razonables en cada caso concreto. La estrategia de la disculpa es empleada cuando los consumidores no han podido cumplir sus obligaciones debido a circunstancias que resultan entendibles en cada caso concreto. Mediante la primera estrategia, el proveedor otorga al consumidor una compensación monetaria o de otro tipo (p. ej., servicio gratuito por cierto tiempo) por la falta de satisfacción de sus expectativas. Ante ello, el consumidor suele mantener la fidelidad con el proveedor. Mediante la segunda estrategia, el proveedor decide no ejercer sus derechos (p. ej., resolver el contrato, embargar bienes) y otorgar al consumidor nuevas condiciones que permitan a este último cumplir sus obligaciones. Ante ello, el consumidor suele no fallar.

Las referidas estrategias sólo benefician al proveedor, al consumidor y al mercado en general si es que es el proveedor, y no un funcionario estatal, el encargado de aplicarlas de manera voluntaria. Si los proveedores estuviesen obligados a aplicarlas o si los jueces (u otros funcionarios) pudiesen echar mano de ellas, los consumidores oportunistas tratarían de tomar ventaja. Evidentemente, tal cosa no sólo generaría el incremento significativo de los costos de transacción (y, por ende, el perjuicio generalizado del mercado), sino también la desatención de los consumidores honestos a los que tales estrategias deben servir⁽⁴⁴⁾.

(43) "In all of the empirical examples, a business uses a standard-form contract that establishes a clear, bright-line obligation, but the business gives its supervisory employees the discretion to do more for the customer than the standard-form obligations require. A very strong economic logic motivates this very common contracting practice: the desire of firm to maximize not only short-term profit, but also long-term value". Ver: JOHNSTON, Jason Scott. *Loc. cit.*

(44) Si los consumidores pudiesen exigir la aplicación de tales estrategias, las solicitudes de los consumidores oportunistas retrasarían o impedirían la atención de las solicitudes de los consumidores honestos, dada la imposibilidad de distinguir *ex ante* entre unos y otros.

8. EL PROBLEMA DE SELECCIÓN ADVERSA DE LOS PROVEEDORES

En todos los segmentos del mercado suelen confluír proveedores y consumidores oportunistas y no oportunistas⁽⁴⁵⁾; esto es, proveedores y consumidores que buscan sorprender a la contraparte a efectos de extraer (de manera indebida) valor de esta última, y proveedores y consumidores que sólo buscan obtener los beneficios prometidos por la contraparte.

A no ser que vayan a adquirir ciertos productos al crédito⁽⁴⁶⁾, los consumidores no tienen por qué preocuparse por su reputación comercial, por lo que en general carecen de incentivos económicos para abstenerse de realizar comportamientos oportunistas⁽⁴⁷⁾.

Los proveedores, en cambio, sí tienen por qué preocuparse por su reputación comercial en tanto que adquirirán o perderán compradores en función de la fortaleza o debilidad de esa reputación⁽⁴⁸⁾.

(45) “Our traditional concern in consumer transactions is one in which innocent consumers are exploited by overreaching sellers. But consumers, as well as sellers, have self-interested incentives to misbehave. In theory, sellers may do so by chiseling on the quality of the goods, or by exploiting terms buyers neither comprehend nor find worthwhile contesting. Consumers may do so by misusing products and then attempting to return them, or by claiming that the goods were defective when the buyer instead suffers from regret about the purchase”. Ver: GILLETTE, Clayton. *Rolling Contracts as an Agency Problem*. En: *Wisconsin Law Review*. 2004, p. 699.

(46) Como quiera que la industria financiera ha creado mecanismos de información que operan a costos bajos (p. ej., centrales de riesgo), los consumidores interesados en obtener financiamiento sí suelen estar preocupados por su reputación.

(47) “The buyer side of the market consists of parties that —because they do not have repeat dealings with particular sellers (the market is competitive, so consumers can switch easily among sellers) and because privacy rules or other barriers to pooling of information among sellers prevent sellers from comparing notes about the behavior of individual buyers— do not have a sunk cost in reputation and hence have no incentive to deal fairly with sellers in the sense of honoring the terms of the contract”. Ver: BEBCHUK, Lucian A. y Richard A. POSNER. *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets*. En: *Michigan Law Review*. Número 104. 2006, p. 830.

(48) “...sellers are subject to market discipline. Reputational constraints will deter at least those sellers who wish to signal quality from making nonverifiable claims about product quality”. GILLETTE, Clayton. *Rolling ...* p. 670. “Reputation may be the most important method for enforcing agreements in our society, although not the one of most interest to lawyers. You buy a sports jacket from a store that guarantees satisfaction... When you unwrap it, your wife points out that you are a 42 short, not a 40 long, and in any case purple is not really your color. You bring it back to the store, and they give you your money back. The store knows perfectly well that you are not going to sue them; the time and effort would cost you more than the jacket is worth.

Así como los consumidores desean evitar a los proveedores oportunistas, los proveedores desean evitar a los consumidores oportunistas. Los consumidores emplean una serie de mecanismos que operan *ex ante* para evitar a los proveedores oportunistas: desde redes sociales que proporcionan información sobre la reputación comercial de las empresas hasta sistemas oficiales que anuncian la imposición de sanciones por parte de las autoridades. Estos mecanismos no son otra cosa que el resultado de las fuerzas del mercado y de las instituciones legales. Los proveedores, sin embargo, no utilizan mecanismos que operen *ex ante* para evitar a los consumidores oportunistas. ¿Por qué? Porque simplemente los costos de esos mecanismos son muy altos. En efecto, salvo que se trate de operaciones al crédito⁽⁴⁹⁾, los proveedores no pueden determinar *ex ante*, a costo relativamente bajo, la probabilidad de que el consumidor realice algún comportamiento oportunista (p. ej., usar el bien de modo inapropiado y reclamar luego por supuestas fallas de operatividad, alegando que el bien fue entregado en malas condiciones).

¿Cómo mitigan los proveedores el problema de selección adversa? A través de la negociación *ex post*.

La negociación *ex post* sería sumamente compleja y contraproducente si es que estuviera basada en condiciones contractuales “equilibradas”. En efecto, si los contratos estandarizados estuviesen compuestos por cláusulas simétricas, que otorguen derechos iguales o similares a las dos partes, los consumidores oportunistas contarían con incentivos para extraer (de forma indebida) valor de los proveedores. Esto incrementaría los costos de transacción de los proveedores. Ante ello, estos últimos trasladarían los mayores costos a los consumidores honestos a través del precio.

Las cláusulas “no equilibradas” (“*one-sided clauses*”) otorgan a los proveedores discrecionalidad para evaluar los reclamos o las solicitudes de los consumidores, y ajustar sus comportamientos a las expectativas de estos últimos cuando ello tenga sentido.

They give you your money back any way because they don't want a reputation for cheating their costumers”. Ver: FRIEDMAN, David, ob. cit., p. 145.

(49) En este tipo de operaciones, el *record* de pago de los consumidores es un dato importante a efectos de determinar la probabilidad de incumplimiento. En el mercado local, los proveedores cuentan con bases de datos relativamente confiables que contienen información sobre aquellos consumidores que no han cumplido sus obligaciones.

Asimismo, las cláusulas en cuestión otorgan una línea base a partir de la cual ambas partes trazan estrategias y optan por movimientos. Los consumidores realizan el primer movimiento al reclamar por la calidad del bien o del servicio, o por la aplicación de algún término contractual considerado “no razonable” o “injusto”. En función de las razones específicas que los consumidores tengan en cada caso, los proveedores toman la decisión de no ceder y hacer primar la letra del contrato; o de ceder y pasar por alto la letra del contrato. En consecuencia, cuando los proveedores detectan la presencia de consumidores oportunistas, aquéllos aplican la estrategia de hacer respetar la letra del contrato, mientras que cuando los proveedores encuentran consumidores no oportunistas con reclamos o solicitudes atendibles, aquéllos aplican la estrategia de obviar la letra del contrato.

Aplicando el teorema de Coase, en un mundo con costos de transacción iguales a cero los jueces (u otros agentes del Estado) podrían realizar el ejercicio de seleccionar a aquellos consumidores no oportunistas. En el mundo real, sin embargo, eso es inviable. En efecto, los jueces (u otros oficiales del Estado) no tienen experiencia tratando a consumidores, no tienen información confiable sobre las formas de emplear los productos, sobre las expectativas que los productos suelen generar en el mercado, sobre la situación en la que se encuentra cada consumidor que reclama, etc. En suma, en el mundo real los jueces (y otros oficiales del Estado) no tienen cómo distinguir, a costos bajos, si es que los que reclaman son consumidores honestos u oportunistas.

Los proveedores, por el contrario, sí tienen experiencia tratando con consumidores de todo tipo. Además, tienen información sobre las formas de empleo de los productos y sobre las expectativas que éstos generan en el mercado. Muchas veces tienen información sobre la situación en la que se encuentra cada consumidor que reclama. Además, el procesamiento de las quejas se realiza a su costo y no al de los contribuyentes, que subsidian los costos de los procesos judiciales.

Como quiera que los proveedores se encuentren en mejor situación que cualquier oficial estatal para tratar con los consumidores oportunistas, tiene sentido que aquéllos sean los encargados de detectar la presencia de estos últimos y de generar barreras que impidan la extracción indebida de valor.

Para que los proveedores puedan desincentivar el empleo de tácticas oportunistas es necesario que los contratos no contemplen condiciones “equilibradas”, esto es, condiciones que den lugar a discusiones sobre qué derecho prima: el de los proveedores o el de los consumidores. En efecto, si los contratos contemplaran dichas condiciones, sería

sumamente difícil evitar a los consumidores oportunistas en la medida en que éstos podrían alegar que al caso concreto resultan aplicables sus derechos y no los de los proveedores.

Los hoteles establecen horas fijas para la salida de los huéspedes (“*check out*”). Si un huésped no realiza el *check out* a la hora prevista, el hotel tiene derecho a aplicar cierta penalidad. Como es obvio, la administración del hotel no está interesada en aplicar penalidades; la administración del hotel está interesada en que sus huéspedes disfruten su estadía y continúen tomando los servicios del hotel en sus próximos viajes o recomienden a terceros dichos servicios. Cuando los retrasos de los huéspedes son menores o cuando concurren circunstancias excepcionales que requieren cierta tolerancia (p. ej., accidente o enfermedad), la administración del hotel no aplica penalidades. ¿Qué pasaría si los contratos establecieran expresamente que los hoteles no tienen derecho a aplicar las penalidades en caso de retrasos menores o por circunstancias excepcionales? En tal escenario, los consumidores oportunistas tratarían de tomar ventaja de la “cláusula equilibrada”. En efecto, en lugar de hacer el *check out* de forma oportuna, un consumidor oportunista preferirá permanecer en la habitación mirando la televisión, y argumentar luego haberse encontrado indispuerto por la comida ofrecida en el hotel⁽⁵⁰⁾.

Si bien es cierto que la estrategia oportunista descrita puede ser empleada en cualquier contexto, las consecuencias son diversas en función del tipo de cláusula que se aplique. Bajo una “cláusula no

(50) Este ejemplo ha sido tomado del trabajo de Bebchuk y Posner. A continuación, otro ejemplo tomado de los mismos autores en sus propias palabras: “Consider by way of example the following provision in the standard contract that Harvard University Press enters into with authors: “[I]f the Author fails to return the corrected proofs sheets by the date set by the Publisher, the Publisher may publish the Work without the Author’s approval of proof”. Clearly, given the importance of accuracy to the author, the publisher’s enforcing this provision to the hilt would impose in the author an expected cost greater than the benefit to the publishers... What could explain the inclusion of this provision [...]?... Our explanation is that the provision is intended to protect the publisher from circumstances in which the author’s delay in returning proofs is egregious. But if the provision were explicitly limited to those circumstances, enforcement would be a difficult undertaking for a court because determining “egregiousness” might well depend on information available to the parties but not easily and accurately observable by the court. The one-sided provision obviates this concern, while the publisher’s reputational interest protects the authors from the publisher’s taking advantage of the literal meaning of the provision”. Ver: BEBCHUK, Lucian A. y Richard A. POSNER, ob. cit., p. 833.

equilibrada”, el hotel tiene derecho a aplicar la penalidad si es que el *check out* no se realiza oportunamente, sin que interese la causa que motivó el retraso. Por esta razón, el consumidor no puede discutir en las cortes la aplicación de la penalidad. Bajo una “cláusula equilibrada”, el hotel tiene derecho a aplicar la penalidad sólo si el retraso en el *check out* no es mayor o si no obedece a circunstancias excepcionales que lo justifiquen. Por esta razón, el consumidor sí puede discutir en las cortes la aplicación de la penalidad. Evidentemente, el consumidor oportunista intentará tomar ventaja de la “cláusula equilibrada”. Si el costo (monetario o reputacional) de discutir en las cortes es excesivamente alto para el hotel, este último cederá ante las estrategias de los consumidores oportunistas. Para cubrir las pérdidas provocadas por tales estrategias, el hotel incrementará sus tarifas. Esto significa que los consumidores honestos terminarán pagando el costo impuesto por los consumidores no honestos.

Una “cláusula no equilibrada”, al imponer la aplicación de una penalidad en función de un *check out* rígido y otorgar derechos sólo al proveedor, permite a la administración del hotel disuadir los comportamientos oportunistas de los huéspedes a costos sumamente bajos, y otorgar beneficios a los huéspedes que incurren en retrasos de buena fe o por buenas razones.

Las “cláusulas no equilibradas”, en consecuencia, permiten mitigar, a costos bajos, el problema de selección adversa que afecta a los proveedores y, por ende, al mercado⁽⁵¹⁾. Invalidar tales cláusulas implica, además de desconocer la libertad de los proveedores de concurrir al mercado bajo las condiciones de riesgo que consideren tolerables, despojar a los proveedores de una herramienta fundamental para intentar reducir las pérdidas provocadas por los comportamientos oportunistas de los consumidores; pérdidas que al final del día afectan al mercado en general.

(51) “It is plausible that a seller could observe consumer misbehavior that it could not verify to a third party or that is sufficiently costly to verify that self-help would be preferable to a third party enforcement. A seller, therefore, may desire to have a self-help mechanism that allows it to act on its observable, but non-verifiable (or verifiable only at high cost) perception of consumer misbehavior. A contract clause that assigns an entitlement to the seller, but that the seller may underenforce when it is dealing with a good claimant, satisfies that objective. In short, the presence of an onerous clause in a contract may mean only that the drafter is entitled to employ the clause in the event that the parties do not reach an anticipated cooperative resolution of any transactional breakdown”. Ver: GILLETTE, Clayton. *Rolling...* p. 702.

9. EL ESPACIO PARA LA REGULACIÓN

A pesar de que el mercado ha desarrollado estrategias para enfrentar, al menor costo posible, los problemas de insatisfacción y selección adversa, no resulta factible prescindir de la intervención regulatoria. En efecto, existen dos problemas serios que las estrategias indicadas aún no pueden solucionar: el de los efectos anticompetitivos de ciertas cláusulas empleadas por los proveedores y el de la excesiva complejidad de los textos redactados por los proveedores.

A veces los contratos estandarizados incluyen cláusulas que generan efectos anticompetitivos⁽⁵²⁾. En efecto, algunas cláusulas complejas imposibilitan la comprensión integral de lo que se ofrece y, por tanto, la comparación entre los productos rivales. La falta de comparación permite que, aun sin colusión de por medio, se incrementen los precios por encima del punto de equilibrio⁽⁵³⁾. Otras cláusulas simplemente dificultan el ingreso de nuevos competidores al atar la adquisición de un producto o de un servicio a otros comercializados por el mismo proveedor.

Por otro lado, los contratos estandarizados suelen ser extensos. Además, suelen emplear términos y conceptos técnicos de difícil comprensión. Por ello, generalmente los consumidores deciden no leer en su integridad los documentos que los proveedores ponen a su disposición⁽⁵⁴⁾. Y cuando de modo excepcional deciden hacerlo, no logran

(52) "...the supplier uses boilerplate provisions for stabilization of cartels and obstruction among suppliers. First, suppliers could use boilerplate language to make their contracts complex so that consumers would find it difficult to compare contracts of competing suppliers... Second, suppliers could use beneficial boilerplate provisions, available only to consumers who read, understand, and remember them, in order to facilitate the sustainability of tacit and explicit cartels. While collusion over harsh boilerplate could relatively easily break down, collusion over the terms applied to nonreaders of boilerplate provisions, coupled with benefits granted to readers of these provisions, could be more sustainable, and at times, also more profitable. Third, suppliers could use beneficial boilerplate provisions, available only to readers of such terms who understand and remember them, as an anticompetitive signaling device. The beneficial provisions are a relatively credible and cheap signal of how efficient and competent the supplier is. Such a signal could discourage welfare-enhancing (unsuccessful) attempts by rivals to exclude the supplier and could also deter entry of new suppliers". Ver: GILO, David y Ariel PORAT. *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transactions Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*. En: Michigan Law Review, vol. 104. 2006, p. 987.

(53) GILO, David y Ariel PORAT, ob. cit., p. 1007.

(54) "Real people don't read standard form contracts. Reading is boring, incomprehensible, alienating, time consuming, but most of all pointless. Besides,

comprender aspectos importantes de la transacción. Esto hace que no siempre las decisiones de adquisición de los consumidores sean eficientes⁽⁵⁵⁾.

La regulación puede combatir ambos problemas. En el primer caso, el regulador puede prohibir la inclusión de aquellas cláusulas que directa o indirectamente generen efectos anticompetitivos. En el segundo caso, el regulador puede obligar a los proveedores a suministrar información selectiva y simplificada⁽⁵⁶⁾, puede comparar las condiciones

lots of people bought the product or the service along with the same contract and seem happy enough, so we presume that there must be nothing particularly important buried in the contract terms". Ver: BEN-SHAHAR, Omri. *The Myth of the "Opportunity to Read" in Contract Law*. The Law School of the University of Chicago. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 415. 2008, p. 3. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162922 (última visita: 29 de Julio de 2010).

(55) Muchas veces, la extensión y complejidad de los contratos estandarizados es consecuencia directa de las exigencias regulatorias de suministrar información detallada a los consumidores. Cuando la complejidad de la información disponible se incrementa, el proceso de toma de decisiones requiere mayores niveles de esfuerzo cognitivo. Como quiera que las personas desean tomar decisiones correctas, pero a su vez desean minimizar los esfuerzos en el proceso de adopción de decisiones, aquéllas terminan empleando estrategias simples que se concentran en las "partes relevantes" de la información disponible. Lamentablemente, nada garantiza una adecuada selección de las partes relevantes de la información que requiere ser evaluada en el proceso de toma de decisiones. Por tal razón, los consumidores pueden adoptar decisiones que no logren maximizar su bienestar. Ver: KOROBKIN, Russell, ob. cit., ps. 1226 y ss. Existe literatura multidisciplinaria que sostiene que en muchos casos la restricción de opciones en el proceso de toma de decisiones conduce a resultados más favorables. Esto supone que no siempre es bueno ordenar el suministro de información detallada. Ver: ELSTER, Jon. *Ulises Desatado*. Traducido por Jordi Mundó, Barcelona: Gedisa. 2002, ps. 15 y ss.; ARIELY, Dan. *Predictably Irrational*. New York: Harper Collins. 2009, ps. 139 y ss.

(56) En Rhode Island se está llevando a cabo un proceso de reforma regulatoria que se basa en la idea de que los formularios contractuales deben estar redactados en "plain English". Actualmente una cláusula estándar de cualquier contrato de seguro ofrecido en Rhode Island establece lo siguiente: "In the event a third party, including your employer/agent, is or may be responsible for causing an illness or injury for which we provided any benefit or made any payment to you, we shall succeed to your right of recovery against such responsible party. This is our right of subrogation. If you do not seek damages for your illness or injury, you must permit us to initiate recovery on your behalf (including the right to bring suit in your name)". Como consecuencia de la reforma indicada, a partir del próximo año esta misma cláusula tendrá la siguiente redacción: "Your injury or illness may have been caused by someone else. If so, we can collect from that person any claims we pay on your behalf. For example, if we pay for your hospital stay, we can collect the amount we paid for your hospital stay from the person who hurt you. We can also collect payment from that person even if he or she agreed

contractuales ofrecidas en el mercado e informar a los consumidores de manera sencilla sobre los resultados de la comparación efectuada, puede incentivar la creación de canales de evaluación de satisfacción de los consumidores⁽⁵⁷⁾ o, en casos en los que no exista competencia, puede exigir la aprobación previa de las cláusulas generales de contratación por parte de la agencia estatal correspondiente.

10. LA OPCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil establece que en los contratos celebrados por adhesión y en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales no aprobadas administrativamente, carecen de validez, entre otras⁽⁵⁸⁾, las siguientes estipulaciones:

- i. La que establezca exoneraciones o limitaciones de responsabilidad a favor del predisponente.
- ii. La que establezca, a favor del predisponente, facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o resolverlo.

No existe razón para impedir que los proveedores ofrezcan sus productos bajo la condición de no ser responsables en ciertas situaciones o bajo la condición de ser responsables hasta por un monto. Si el consumidor recibe información completa, entiende lo que significa la exoneración y la limitación de responsabilidad, y aun así decide adquirir el producto, el Estado no tiene por qué desconocer la decisión de las partes contratantes en la medida en que tal decisión no sólo es libre sino además eficiente⁽⁵⁹⁾.

to pay you directly or has been ordered by a court to pay you. If the person who caused your injury has already paid you, we can collect from you the amount he or she has already paid you. This is called subrogation. In addition, if you do not try to collect money from the person who caused your injury, you agree to let us do so in your name”.

(57) “Rating the quality features of goods and services is a deep-rooted market practice that allows consumers to conduct such price/satisfaction predictions. For example, when reserving a hotel online, Expedia.com and other reservation services rate each hotel on the basis of consumer review along several attributes...”. Ver: BEN-SHAHAR, Omri, ob. cit., p. 30.

(58) También está prohibida la cláusula que no permite a la otra parte oponer excepciones y la cláusula que permite la prórroga o renovación tácita.

(59) Si existe competencia, el consumidor puede contratar con otros proveedores. Si decide hacerlo con el que ofrece sus productos bajo exclusiones o limitaciones de responsabilidad, es por que este último le ofrece el máximo beneficio esperado a través del precio y/o la calidad.

Evidentemente, si no existe competencia o si el proveedor presta un servicio público, el Estado puede intervenir en la medida en que el consumidor no tiene opciones y, por lo tanto, nada garantiza que sea eficiente su decisión de aceptar la exoneración o limitación establecida por el proveedor.

Tampoco existe razón para impedir que los proveedores suspendan la ejecución de un contrato o terminen de manera anticipada su vigencia⁽⁶⁰⁾.

La facultad de suspender o resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado puede ser explicada y justificada por la ocurrencia de eventos sobrevenidos que, afectando a los consumidores, colocan al proveedor de bienes o servicios en una situación de pérdida esperada. Este es, por ejemplo, el caso de la cláusula que permite resolver el contrato de manera anticipada en caso de cesación de pagos, de insolvencia o de quiebra del usuario. Si el consumidor se encuentra en alguna de esas situaciones, resulta claro que no podrá cumplir su obligación frente al proveedor. Por lo tanto, es justo y eficiente que este último resuelva el contrato de forma anticipada, a efectos de tratar de evitar incrementar sus pérdidas. Sin la posibilidad de emplear la cláusula de resolución anticipada, el proveedor queda injustificadamente desprotegido. Por otro lado, si es que el plazo para ejercer el derecho de resolución anticipada no es breve, entonces se expone de manera injustificada al proveedor. Por tal razón, la exigencia de un plazo “adecuado” es irracional.

Para hacer notar los efectos nocivos de la prohibición de establecer la posibilidad de resolver un contrato de duración determinada de forma anticipada, analicemos el caso del préstamo bancario.

Los bancos otorgan préstamos empleando en gran medida los recursos monetarios captados del público (depósitos)⁽⁶¹⁾. Si las personas que toman préstamos bancarios no devolviesen el capital ni pagasen los intereses, los depositantes correrían el riesgo de perder los recursos entregados al banco. A efectos de proteger tales recursos (ahorro

(60) Se entiende que la prohibición establecida por el artículo 1398 del Código Civil no alcanza a las cláusulas generales que establecen facultades de suspensión, rescisión y resolución conectadas a supuestos en los cuales el propio sistema legal permite la suspensión, rescisión y resolución del contrato (p. ej., incumplimiento del contrato).

(61) HEFFERNAN, Shelagh. *Modern Banking*. John Wiley & Sons Ltd. 2007, ps. 1 y 2.

interno), las legislaciones suelen otorgar a los bancos remedios y defensas excepcionales que posibilitan la recuperación de las colocaciones de manera rápida y privilegiada. Si se presentan circunstancias que afectan la capacidad de pago de los consumidores, ¿por qué razón un banco no puede resolver de manera anticipada los contratos e intentar recuperar las colocaciones efectuadas? ¿Acaso no es prudente y aconsejable el intentar eliminar o mitigar las pérdidas que al final del día afectan al ahorrista y al mercado?

A mayores trabas para la recuperación de las colocaciones, mayores costos de transacción. A mayores costos de transacción, mayores precios. A mayores precios, mayor demanda insatisfecha.

El Código Civil también establece que en los contratos celebrados por adhesión y en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales no aprobadas administrativamente, carecen de validez las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para cada tipo contractual (compraventa, locación de servicios, etc.), a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez. Esto significa que las normas supletorias previstas para cada tipo contractual se convierten en imperativas en materia de contratación estandarizada⁽⁶²⁾.

Esta disposición sería razonable y eficiente si es que las normas supletorias previstas en el Código Civil reflejasen los acuerdos que las partes adoptarían en mercados competitivos. En efecto, si las referidas normas no hicieran otra cosa que recoger los acuerdos mutuamente satisfactorios que proveedores y consumidores adoptarían en mercados competitivos, sería eficiente imponer su aplicación, ya que de ese modo las partes siempre obtendrían resultados óptimos.

Para estructurar normas supletorias que simulen acuerdos mutuamente satisfactorios, el legislador tendría que conocer si existen preferencias homogéneas o heterogéneas en los distintos segmentos de mercado. Evidentemente, sólo es factible establecer, a bajo costo, una regulación supletoria óptima cuando las preferencias de los consumidores son homogéneas.

(62) “El efecto buscado por el artículo 1399 es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación dará lugar a que ellas no puedan modificar las normas, tanto imperativas como dispositivas, de los contratos típicos. En otras palabras, la falta de aprobación administrativa determina que todas las normas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo...”. Ver: DE LA PUENTE, Manuel, ob. cit., Primera Parte, T. III, p. 223.

No existe evidencia empírica alguna que sustente la idea de que los consumidores tienen preferencias homogéneas y que tales preferencias fueron tomadas en consideración para efectos de estructurar las normas supletorias del Código Civil para cada tipo de contrato.

La intervención legislativa impide que los proveedores establezcan cláusulas que podrían o no ser aceptables por los consumidores en un mercado competitivo. Para prohibir la inclusión de una cláusula el legislador tendría que llegar a la conclusión de que la misma es contraria a lo que habían pactado proveedores y consumidores con preferencias homogéneas en un entorno competitivo⁽⁶³⁾.

Cuando el legislador decide invalidar una cláusula predispuesta sin saber si ésta es eficiente o ineficiente, aquél impone un costo cierto⁽⁶⁴⁾ sin tener la seguridad de que el beneficio esperado será mayor. Normalmente, esta actitud irresponsable ocasiona el incremento de precios, la contracción de la demanda y, consecuentemente, el empeoramiento del bienestar general.

11. CONCLUSIÓN

Los consumidores necesitan protección del Estado incluso en mercados competitivos. La asimetría informativa impide tomar decisiones eficientes. Las estrategias para restringir o entorpecer la libre competencia incrementan los precios. Estos problemas no pueden ser resueltos a costos bajos por los propios consumidores; mas sí por el Estado.

Muchos aspectos de la regulación existente resultan invasivos de la libertad de las empresas y de los consumidores, sin estar respaldados por alguna justificación de orden moral o de orden económico.

En términos generales, es posible afirmar que la intervención del legislador ha incrementado los costos de transacción de las operacio-

(63) "Generally, substantive intervention can only be efficient when the regulator has complete knowledge of what completely informed parties would have stipulated, if the regulator has the incentive to legislate optimal rules (because he is not influenced by interest groups) and if consumers' preferences are sufficiently homogeneous to justify certain standardizations in quality regulation". Ver: HAUPT, Stefan. *Economic Analysis of Consumer Protection*. En: *German Law Review*, vol. 4, N° 11. 2003, p. 1151.

(64) En un primer momento, este costo es impuesto a los proveedores. Luego éstos lo trasladan, vía precio, a todos los consumidores. Por consiguiente, el costo de imponer restricciones a la libertad contractual de los proveedores termina afectando a quienes esas restricciones debían proteger.

nes de mercado. De aprobarse el Proyecto, tales costos se incrementarán aún más. Lamentablemente, ello no será beneficioso para los consumidores.

Una reforma sería del sistema de protección al consumidor requiere tomar en consideración algo muy simple: los problemas de los proveedores terminan afectando a los consumidores. Si aquéllos sufren pérdidas por estrategias oportunistas de consumidores o de competidores, el sistema de precios terminará diseminando esas pérdidas entre los consumidores honestos.

Necesitamos que el regulador, en lugar de invadir sin justificación alguna nuestras libertades, se preocupe de mitigar, a costos bajos, los problemas del mercado en general, y otorgue a la agencia estatal llamada a proteger a los consumidores de mayores recursos para que su labor sea efectiva.

LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (DÉBIL JURÍDICO) ANTE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Por María L. ESTIGARRIBIA BIEBER⁽¹⁾

SUMARIO: Breves palabras de homenaje. 1. Introducción. 2. Relaciones de Consumo. 3. Cláusulas abusivas. 4. Prácticas abusivas. 5. Reflexiones finales. 6. Bibliografía consultada.

*“Se piensa que lo justo es lo igual, y así es;
pero no para todos, sino para los iguales.
Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es;
pero no para todos, sino para los desiguales.”*

ARISTÓTELES.

BREVES PALABRAS DE HOMENAJE

Resulta para mí un verdadero honor formar parte de este grupo de distinguidos juristas que se ha reunido para rendir este homenaje al prestigioso Profesor Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

En primer término, quiero felicitar al gestor de esta loable iniciativa, mi amigo Prof. Dr. Carlos Soto Coaguila, puesto que siempre he pensado que los homenajes deben ser brindados en el momento oportuno,

(1) Profesora y Directora del Departamento de Derecho y de la Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Argentina.

y ahora, cuando Ricardo se encuentra en la plenitud de su carrera y de su vida es la mejor ocasión para hacerlo. Le agradezco profundamente su invitación a participar en esta publicación.

Conocí al Dr. Lorenzetti en la ciudad de Santa Fe, cuando cursaba el Doctorado en Derecho y el Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe lo invitó como joven recién graduado en esa carrera, para que nos relatara su experiencia en la realización de su tesis sobre Responsabilidad Civil del Médico. Fue una charla amena, desestructurada y sumamente útil para quienes comenzábamos a transitar ese camino.

A partir de allí, seguir su brillante carrera fue una tarea fácil; bastaba con leer las publicaciones especializadas, asistir a los congresos de Derecho Civil, donde siempre expusiera y observar su postura de vanguardia, dinámica, en permanente búsqueda de la evolución del Derecho en Argentina, pero siempre con una proyección hacia Latinoamérica; como si conseguir normas de validez común constituyera para él una permanente preocupación. De hecho, ha sido distinguido en muchos países por Academias y Universidades.

Hacen pocos años ha sido designado como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y hoy, con tan jóvenes años, es su Presidente. Desde allí, ha introducido modificaciones interesantes para la agilización de la tarea del Poder Judicial, y ha conducido cambios señeros y modernizadores en la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal.

Desde esta humilde contribución, en que abordaré la importancia de la labor del juez en la real vigencia del Derecho del Consumidor y, más precisamente en el control de las cláusulas abusivas, brindo mi más sincero, cálido y afectivo homenaje al Dr. Ricardo Luis Lorenzetti; ser humano preclaro, humilde, pionero y líder en la permanente actualización del Derecho Privado Latinoamericano.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma introducida a la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina, introducida mediante ley 26.361, en el mes de abril de 2008, ha ampliado considerablemente su ámbito subjetivo de aplicación, al determinar que se entiende por consumidor

“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...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”.

Tal vez dicha expansión del concepto de consumidor ha traído consigo la inclusión de la normativa referida al “trato digno” que merece el consumidor, en su artículo 8 bis⁽²⁾. Decimos esto por cuanto no basta ya con prever la sanción de las cláusulas abusivas, puesto que éstas sólo pueden darse en el ámbito contractual, sino que deben sancionarse las conductas abusivas, aun cuando no se encuentren subsumidas en el texto contractual, o lo excedan.

Si bien existen antecedentes y experiencia en el combate a las cláusulas abusivas y los correspondientes controles que se ejercen tanto en el ámbito administrativo cuanto en el judicial, habrán de ser materia de consideración, con el nuevo texto, aquellas conductas del proveedor que pretendan denigrar, confundir o simplemente los coloquen en situaciones desfavorables, injustamente.

Tanto unas como otras tienen su origen en la debilidad estructural en el mercado que ostenta el consumidor, que conlleva la posibilidad de abuso de la superioridad que ejerce el proveedor y pone de manifiesto la necesidad de existencia de un derecho tuitivo. Es que “el tema de la protección del consumidor es, en rigor, tutela del mercado, saneamiento de las relaciones de cambio o del tráfico negocial”⁽³⁾.

La masificación de la producción ha generado ineludiblemente la estandarización de los contratos y, con ello, la facilidad para la inclusión de cláusulas abusivas dentro de las condiciones generales de contratación que se predeterminan para los consumidores; en el mismo sentido, la supremacía cognoscitiva y jurídica (poder de determinación del contenido contractual) permite la existencia de conductas abusivas por parte de los proveedores, en perjuicio de los consumidores.

Deviene particularmente importante la existencia de normas tuitivas del consumidor, mediante las cuales el Estado, en ejercicio del

(2) Artículo 8° bis ley 24.240: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias...”.

(3) ROSATTI, Horacio D. Rodolfo C. BARRA, Alberto M. GARCÍA LEMA, Héctor MASNATTA, Enrique PAIXAO y Humberto QUIROGA LAVIÉ. *La Reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 90.

orden público económico de protección restablezca el equilibrio del sinalagma o impida la comisión de actos abusivos en su contra, aprovechando su situación de superioridad.

Concretamente, en el presente aporte analizaremos la previsión legislativa, de sanción por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, como también, por la realización de conductas que resulten abusivas respecto de estos últimos.

Resulta conveniente poner de resalto que el artículo 65 de la Constitución de la República del Perú⁽⁴⁾ y el artículo 42 de la Constitución Argentina⁽⁵⁾ disponen la defensa del interés de consumidores y usuarios, otorgándoles la máxima jerarquía legislativa.

2. RELACIONES DE CONSUMO

El artículo 1º de la ley 24.240 —transcripto *supra*—, en su texto actual, responde a la directiva dispuesta por el artículo 42 de la Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, que ampliara expresamente el ámbito subjetivo superando a la mera relación contractual para situarse en la protección de todo aquel que integre una *relación de consumo*.

Ahora bien, la ley 26.361 ha extendido expresamente aún más el espacio protectorio en dos sentidos, al incorporar al consumidor material, diferenciándolo del consumidor jurídico y al incluir al *by standard*, que es todo sujeto que de cualquier modo se encuentre expuesto a una relación de consumo.

La primera ampliación establece la diferencia ya señalada por la doctrina española entre el consumidor jurídico y el consumidor material, garantizándole protección, también, a este último. En tal sentido, ha dicho Fernández Gimeno, que:

“consumidor jurídico: será aquel que realice el acto o negocio jurídico de adquisición del bien, producto o servicio. Consumidor material: será

(4) El artículo 65º de la Constitución peruana reza: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

(5) Esta disposición establece que “los consumidores o usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...”.

aquel que realice la utilización, uso o disfrute o consumo del bien, producto o servicio”⁽⁶⁾.

Obviamente que ambas categorías podrán coincidir en un mismo sujeto y, de hecho, es lo que más ocurre; pero en caso que así no lo fuese la ley prevé la misma solución para los dos casos, legitimando a uno y otro, en forma activa frente al proveedor en sentido amplio —toda la cadena de producción, distribución y comercialización—.

Es la segunda inserción de la norma en comentario la que amplía desmesuradamente el ámbito subjetivo de aplicación de la ley de Defensa del Consumidor, incluyendo a un indeterminado número de sujetos y relaciones, con una extensión que no resulta claramente definible. Otorga la calidad de consumidor o usuario, también, a todo aquel que “*de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*.” Considera, asimismo, como consumidor o usuario a quien la jurisprudencia y doctrina estadounidense denominan *bystander*.

Esta definición posiciona a la ley argentina en los primeros puestos de la legislación consumerista, en cuanto a los alcances del concepto mismo de consumidor y usuario; sin embargo, advertimos de los peligros que trae consigo la indefinición de sus límites y la extensión desmesurada de la protección.

Brasil, en el marco del MERCOSUR, tenía incorporado el instituto del *by stander*, previéndolo en su Código de Defensa del Consumidor⁽⁷⁾, aunque realizando una equiparación con el consumidor, y no incluyéndolo como tal. Wingert Ody opina al respecto que

“esa equiparación alcanza la protección a aquellos que no encuadran en la definición legal de destinatario final del producto o servicio cuando hay daño,..., casos que, como regla, si no hubiese la equiparación en el CDC, serían resueltas según la reparación postulada por el derecho común”⁽⁸⁾.

(6) FERNÁNDEZ GIMENO, José P. “*Derecho de Consumo*”, p. 97. Tirant lo Blanch, 1999, Valencia.

(7) Código de Defensa del Consumidor Brasileño, Sección II: De la responsabilidad por el hecho del producto y del servicio, Artículo 17: “*Para los efectos de esta sección, se equiparan a los consumidores, todas las víctimas del evento*”; y Capítulo V: De las Prácticas Comerciales, Sección I: De las disposiciones generales, Artículo 29: “*Para los fines de este Capítulo y del siguiente, equiparase a los consumidores, todas las personas, determinables o no, expuestas a las prácticas previstas en ellos*”.

(8) WINGERT ODY, Lisiane F. “O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul”, en Revista de Direito de Consumidor, Ed. Revista Dos Tribunais, año 2007, p. 88. La traducción nos pertenece.

Así también lo ha previsto la legislación Comunitaria, en la Resolución 123/96 del Grupo Mercado Común⁽⁹⁾.

Resulta dable destacar nuevamente que en este caso, la norma realiza una equiparación⁽¹⁰⁾, mas no incluye a este tercero en el concepto de consumidor, simplemente le hace extensiva la protección.

De más está decir que en cualquiera de los casos comentados como incorporaciones de la ley 26.361 resulta absolutamente innecesaria la existencia de relación convencional alguna para acceder a las defensas y principios especiales que se establecen en esta legislación que consideramos especial y, en cierto modo, de privilegio.

Se ha opinado que el Derecho del Consumidor “es un sistema global de normas y principios institucionales y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva”⁽¹¹⁾.

Estamos de acuerdo con esa definición, consideramos que realmente ese es el objetivo de la creación de ese Derecho. Por esta razón estimamos correcta la inclusión del consumidor material, pero excesiva la equiparación realizada por la ley a situaciones que exceden el ámbito específico merecedor de la legislación protectoria que, al tener ese carácter, debería ser aplicada en forma restrictiva y no expansiva como lo ha determinado la reforma legislativa, puesto que a través de ello se posibilita el acceso a una normativa de carácter tuitivo, que beneficiará a este sujeto, permitiendo la aplicación tanto de la norma expresa como de todos los principios generales que informan a este Derecho protectorio, entre los que cabe destacar el de “*in dubio, pro consumatore*”.

El Derecho del consumidor no resulta *imparcial* o *neutral*, sino tuitivo, tal como surge de la propia denominación —*defensa del consumidor y usuario*—, en virtud de ello consideramos que debe tomarse muy

(9) Resolución 123/96 GMC. Artículo I. “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo en función de ella. Equipáranse a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo”.

(10) Equiparar: “Considerar a alguien o algo igual o equivalente a otra persona o cosa”. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Disponible en: www.rae.es.

(11) STIGLITZ, Rubén y Gabriel STIGLITZ. “Ley de defensa del consumidor”. JA, 1993-IV-871.

estrictamente la posibilidad de hacer extensivas sus previsiones a sujetos que podrían perfectamente obtener la reparación de los perjuicios que eventualmente sufran mediante la aplicación de la normativa prevista en el Código Civil y mediante la aplicación de sus principios de interpretación.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Por su parte, ninguna de las legislaciones específicas de los países integrantes del MERCOSUR brinda una definición al respecto, limitándose a describir o enumerar aquellas que consideran reúnen tal calidad. Así, el Código de Defensa del Consumidor de Brasil⁽¹²⁾, la Ley de Defensa del Consumidor de Uruguay⁽¹³⁾, la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario, de Paraguay⁽¹⁴⁾ ni la Ley argentina⁽¹⁵⁾.

La doctrina peruana las ha considerado como: “las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes”⁽¹⁶⁾.

Por nuestra parte, podríamos definir a las “cláusulas abusivas” como aquellas insertas en un contrato predeterminado —generalmente de adhesión a condiciones generales— mediante las cuales, contrariando el principio de la buena fe, se genere un notorio desequilibrio en las prestaciones debidas por cada parte, en perjuicio del adherente; sea por ampliación de los derechos o restricción de las obligaciones por parte del predisponente; por ampliación de las obligaciones o restricción de los derechos, o de su modo de hacerlos valer, por parte del adherente, que en el caso que nos ocupa revestiría, además, el carácter de consumidor.

Las cláusulas abusivas pueden presentarse solamente en aquellas relaciones de consumo de origen contractual. Ahora bien, en este ámbito, los instrumentos que se utilizan son contratos de contenido pre-

(12) Código de Defensa del Consumidor brasileño, artículo 51.

(13) Ley de Defensa del Consumidor uruguayo, artículo 30.

(14) Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario paraguayo, artículo 28.

(15) Ley de Defensa del Consumidor argentina, número 24.240.

(16) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. XI, Primera Parte, T. III, p. 202. 3ª edición, Editorial Fondo Editorial, 1996. Lima. Perú.

dispuesto por el proveedor y celebrados por adhesión⁽¹⁷⁾ del consumidor, de donde surge claramente una marcada asimetría en el poder de negociación de las partes intervinientes.

La implementación de la contratación mediante estos instrumentos de formalización ha sido considerado por parte de la doctrina como “[E]l principal instrumento de la innovación jurídica...”, sosteniendo que [S]e impulsa hasta sustituir a los poderes públicos en la protección de los intereses generales, propios de toda la comunidad, como el interés de los consumidores que los mecanismos de autodisciplina defienden contra los engaños publicitarios”⁽¹⁸⁾.

Existen aquí contratos cuyo contenido ha sido absolutamente pre-determinado por el proveedor y al cual el consumidor sólo puede adherir. Se formalizan mediante condiciones generales de la contratación, que entendemos como cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general y para todos aquellos que se celebren, se aplican a la oferta, promoción o venta de productos o servicios; es decir, que son utilizadas para la contratación *standarizada*, cuyas cláusulas son definidas para un número impreciso de contratos, a realizarse con sujetos también indeterminados.

Con respecto a las denominadas cláusulas *standard*⁽¹⁹⁾ se ha sostenido que “[s]e suele emplear esta expresión para aludir a aquellos supuestos en los cuales una de las partes, que generalmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece un contenido prefijado por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, en tanto que a la otra sólo le está permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”⁽²⁰⁾.

(17) Con referencia a ello, el Código del Consumidor brasileño, en su artículo 54, primer párrafo, lo define como “*aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido...*”

(18) GALGANO, Francesco y MARRELLA, Fabrizio. “Interpretación del contrato y *Lex Mercatoria*”, en Revista de Derecho Comparado, núm. 3, p. 17. 2001.

(19) Así las denominan los principios de UNIDROIT, en su artículo 2.19, refiriéndose a ellas como “*aquéllas 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*”.

(20) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Madrid, España, 1996, p. 139.

Por su parte, el contrato concluido por adhesión, ha sido definido como “aquel cuyo contenido es impuesto por una de las partes contratantes a la otra sin posibilidad de modificación o colaboración de esta última en su confección, y en el que, además, suelen concurrir las notas de ser empleados por un “*operatore economico*”, hallarse provistos de un contenido tendencialmente uniforme y haber sido predisuestos con la finalidad de ser aplicados no a una concreta relación contractual, sino a una pluralidad indeterminada de éstas. Por tanto, brevemente, se pueden considerar de adhesión aquellos contratos concluidos mediante condiciones generales”⁽²¹⁾. También se los ha conceptualizado como “aquellos cuyas cláusulas son predisuestas por uno sólo de los futuros contratantes y que el otro no concurre a elaborarlas, mediante tratativas”⁽²²⁾.

A pesar de las peculiares características anotadas, hay quienes sostienen que: “[l]a 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”⁽²³⁾.

Es decir que las condiciones generales de la contratación presentan la particularidad de haber sido determinadas por el proveedor, en forma exclusiva, para un consumidor anónimo, típico y medio de aquellos a los que el producto o servicio está dirigido, sin considerar ninguna circunstancia de tipo subjetiva de quien en definitiva será quien lo suscriba. En virtud de ello se le adjudica a su autor⁽²⁴⁾ el carácter de predisponente y dadas las particulares modalidades de la actuación del consumidor, éste revestirá la calidad de adherente, teniendo presente la imposibilidad de modificación alguna por su parte.

“El *modus operandi* será normalmente el de erigir una suerte de codificación privada, paralela al derecho positivo legislado de manera supletoria, y en muchos casos en oposición a éste”⁽²⁵⁾.

(21) PAGADOR LÓPEZ, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1999, p. 22.

(22) MESSINEO, Francesco. *Manuale de Diritto Civile e Commerciale. Codici e norme complementari*. Guiffrè. Milán. Italia, T. III, 1959, p. 630.

(23) LARROUMET, Christian. *Teoría General del Contrato*, vol. I. Traducción JORGE GUERRERO R., p. 120, Editorial Temis SA, 1999, Santa Fe de Bogotá, Colombia.

(24) En este caso no resulta relevante la autoría de las cláusulas, sino simplemente la adopción de éstas por parte del proveedor, a pesar que hayan sido redactadas por otra persona.

(25) REZZÓNICO, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predisuestas*, Astrea, Buenos Aires. Argentina. 1987, p. 449.

Teniendo presentes las particularidades de esta forma de contratación, surge de inmediato la consecuente necesidad de control de su contenido, con el objetivo de evitar el ejercicio abusivo del derecho que tiene el proveedor, de predeterminar el contenido contractual, en ejercicio de la obvia superioridad negocial que ejerce y que se manifiesta habitualmente en la incorporación de cláusulas abusivas, en perjuicios del consumidor, quien es víctima de una debilidad estructural en el mercado, considerando que el mercado no actúa, por sí mismo, como un eficaz y eficiente regulador de las relaciones que en su ámbito se desarrollan. En función de los factores indicados, corresponde la intervención del Estado, mediante el establecimiento de una legislación específica que imponga la invalidez de aquellas condiciones generales que resulten abusivas, como sanción al predisponente que se ha aprovechado de su posición contractual dominante; así como de la actuación del Poder Judicial, que efectuará el control *ex post* del contenido contractual y aplicará las medidas apropiadas, con el fin de que la sanción actúe en forma directa sobre el transgresor e indirecta, como disuasoria de la adopción de tales conductas para los demás proveedores.

Ahora bien, corresponde ser muy cuidadoso en la aplicación de la protección al consumidor, atento que “limitar de manera indiscriminada y abstracta ciertas condiciones podría, a más de perjudicar a quien en principio se intenta proteger (el sector consumidores), producir fuertes consecuencias negativas en la economía global, ya que los efectos de esta modalidad contractual no se limitan a la sola relación o conjunto de relaciones jurídicas, sino que se extrapolan a la esfera de las estructuras macroeconómicas típicas del capitalismo”⁽²⁶⁾.

Existen autores que insisten en diferenciar entre condiciones generales de la contratación y contratos por adhesión y otros que los asimilan. En nuestra opinión, más allá de su uso indistinto en algunos ámbitos, las *condiciones generales de la contratación* refieren al contenido predispuesto del contrato, aquello que se pone a consideración del consumidor como *sustrato material*; en cambio, los *contratos por adhesión* son aquellos en los que el consumidor se ve obligado a aceptar aquel clausulado en su totalidad, toda vez que quiera acceder al bien o servicio; en caso contrario, no hay contratación, constituye *la forma de perfeccionamiento del negocio*.

(26) GLIBOTA LANDRIEL, Verónica María Laura. *Las Condiciones Generales de la Contratación en los denominados Contratos de Consumo en el ordenamiento jurídico argentino. De la necesidad de su adecuada regulación legal*. Informe final de investigación, perteneciente a Beca de iniciación concedida por la Universidad Nacional del Nordeste. Inédita. 2003.

En el presente trabajo, para simplificar su entendimiento, utilizaremos ambos términos de manera indistinta. A fines de justificar esta *simplificación*, se ha opinado que “[l]a denominación que adopta el contenido del documento que instrumenta el contrato por adhesión es el de condiciones generales o cláusulas predispuestas. Como se advierte, se trata de frases intercambiables: dicen y quieren decir lo mismo”⁽²⁷⁾.

De cualquier modo, las condiciones generales de la contratación, cuando son utilizadas en relaciones negociales de consumo, constituyen en general, contratos de adhesión. De allí surge la imperiosa necesidad de establecer su control —desde diferentes ángulos y niveles— con el objetivo de tutelar al *débil jurídico*, a fin de restablecer el equilibrio quebrado por la asimetría contractual existente.

Recordemos que las modernas técnicas de mercadotecnia, incluida la publicidad contribuyen ostensiblemente a agravar la debilidad estructural y vulnerabilidad del consumidor ante la inclusión de cláusulas que resultan leoninas, abusivas, sorpresivas o vejatorias en contra de sus intereses, en el marco de su actuación en el mercado.

El Derecho constituye la herramienta válida para establecer los límites axiológicos a las normas del mercado, estableciendo límites a la autonomía de la voluntad que, a la sazón, en estos casos es ejercida prácticamente en forma unilateral por el proveedor. “La protección jurídica del consumidor puede entonces resultar de medidas que complementen las reglas de funcionamiento del mercado o de medidas que lo corrijan. Ambas, lejos de contraponerse, se auxilian mutuamente”⁽²⁸⁾.

Resulta conveniente poner de resalto, sin embargo, que esta *tarea moralizadora* debe ser equilibrada y abarcar dos direcciones: en primer término, velar por la protección del débil y la indemnidad de sus derechos y, a la vez, impedir que la utilización indebida y abusiva de esa *debilidad*, perjudique a la otra parte, con la consecuente proyección disvaliosa, que afecte a todo el tejido social, al dañar las bases del mercado y los valores elementales de la convivencia, establecidos por

(27) ALPA, Guido, “Condizioni generali di contratto”, N.G.C.C., 1988, N° 2, p. 28. Citado por STIGLITZ, Rubén. “La regulación de los contratos de consumo. Una visión en paralelo entre el Proyecto de Código Civil de 1998 y la ley de Defensa del Consumidor”. *Derecho del Consumidor*, núm. 11, p. 33.

(28) ARRIGHI, Jean M. “Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina”. En *Derecho del Consumidor*, núm. 1, p. 28.

el principio cardinal de Buena Fe, destruyendo la confianza recíproca, lacerando de ese modo, la convivencia armónica. Es misión del Estado, a través de sus normas de Derecho Privado, arbitrar entre los requerimientos del mercado y las exigencias tuitivas del *débil*, proveyendo un “orden jurídico tendiente a lograr un mercado con justicia”⁽²⁹⁾; una “utilidad con justicia, un lucro con equilibrio, un intercambio en equidad en el cual prime, en una palabra, la solidaridad negocial”⁽³⁰⁾. Resulta necesario promover un justo y delicado equilibrio en las tensiones planteadas entre la autonomía de la voluntad, las exigencias del mercado y la protección de la persona, en las relaciones negociales de consumo.

Existen dos órdenes de control de la inclusión de cláusulas abusivas en este orden, uno administrativo, que puede ser *ex ante* —cuando los organismos de aplicación respectiva realizan el control de condiciones generales de determinados contratos que lo tienen expresamente establecidos— o *ex post*, en el caso de actuación de la autoridad de aplicación ante denuncias realizadas al respecto por los consumidores —aplicación de multas, prohibición del uso de determinado formulario que tenga contenido contrario a la normativa vigente—.

En el cumplimiento de esta última función, resulta interesante la ampliación incorporada por la ley 26.361 a la normativa del artículo 47 de la ley 24.240, cuando establece que

“El CINCUENTA POR CIENTO (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del Capítulo XVI —EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR— de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a) de la misma.”⁽³¹⁾

(29) ALTERINI, Atilio Aníbal, “El Proyecto de Código Civil de 1998: perspectiva y prospectiva”. *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA)*, núm. 1, 3ª época, p. 21.

(30) MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Introducción al Derecho del Consumidor”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 5, p. 7.

(31) Artículo 43, inciso a) de la ley 24.240: “*Facultades y Atribuciones. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, sin perjuicio de las funciones específicas, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley tendrá las siguientes facultades y atribuciones: a) Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes*”.

Consideramos que las acciones de educación al consumidor resultan de vital importancia para la real vigencia de estos derechos y la posibilidad de su implementación plena en cualquier medio; en virtud de lo cual ponemos de manifiesto el acierto del destino de parte de los fondos obtenidos por sanciones aplicadas a la educación al consumidor.

En el segundo orden de control, hemos mencionado aquel de carácter jurisdiccional, que se lleva a cabo en tres niveles, cada uno de los cuales revisará un aspecto diferente de la posibilidad de existencia de condiciones abusivas.

El primero está dado por el control de inclusión, cuyo objetivo es determinar la existencia de cláusulas que resulten incomprensibles, ilegibles, incompletas, que estén redactadas en otro idioma o que reenvíen a textos o documentos que no se hayan entregado previa o simultáneamente al momento de concreción del negocio; todas ellas referidas en forma específica a los aspectos esenciales del documento de venta, que han sido establecidos específicamente por el artículo 10 de la Ley⁽³²⁾, salvo en aquellos casos en que la reglamentación haya establecido modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que éstas aseguren la finalidad perseguida en la Ley.

Al detectar la existencia de alguna de las irregularidades señaladas, el juez directamente desechará las cláusulas que las contengan, decretando su nulidad, en virtud de contrariar en forma específica la normativa⁽³³⁾. “[E]sta forma de control pone de manifiesto que para el legislador las condiciones generales de la contratación no tienen valor normativo, sino contractual... obligan en cuanto que sean aceptadas por cada adherente como parte del contenido de cada contra-

(32) Artículo 10 de la ley 24.240. *Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes”.*

(33) Ver artículo 37, *in fine* de la ley 24.240.

to concreto (Lacruz, Díez-Picazo)”⁽³⁴⁾. En razón de ello, el Juez tiene facultades para revisarlas y, eventualmente, desecharlas con el fin de evitar los abusos que se cometan aprovechando la circunstancia de la predisposición contractual por parte del proveedor, sin perjuicio de la validez del contrato.

El segundo nivel de control es el de interpretación, que tiene como objetivo determinar el alcance y sentido de cláusulas oscuras o ambiguas. Deberá aplicar, para ello, los principios de carácter general, sin descuidar aquellos específicos para analizar las condiciones generales y, especialmente, los determinados para analizar las relaciones de consumo. “[E]ntendemos por interpretación, en líneas generales, el procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad y como consecuencia de lo cual se explica jurídicamente el contenido de la misma y el precepto querido por el declarante dentro de un contexto social determinado”⁽³⁵⁾.

En esta tarea el juez deberá buscar el sentido del contenido contractual, expresado en las cláusulas respectivas; ahora bien, deberá tener presente la limitación de la autonomía de la voluntad del consumidor, que simplemente ha adherido al texto predeterminado, que se traduce en que el contrato sea casi una declaración unilateral de voluntad del proveedor. Esto resultará de mucha importancia en el momento de la interpretación, principalmente de aquellas cláusulas de resulten abiertamente beneficiosas para el predisponente, en perjuicio de quien ostenta la calidad de *débil* de la relación.

Por lo demás, teniendo presente las características especiales de esta modalidad de contratación, deberá aplicarse una interpretación típica, teniendo en cuenta el entendimiento de un consumidor *medio*. “[A]quí, en el campo de la contratación con condiciones generales es la interpretación objetiva la que ha de primar, puesto que en estos casos la interpretación buscará siempre el equilibrio de las posiciones contractuales”⁽³⁶⁾.

(34) CLEMENTE MEORO, Mario. “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”. En: *Contratación y Consumo*, ORDUÑA MORENO, Francisco Javier (Director), p. 298, Editorial Tirant lo Blanch, 1998. Valencia.

(35) LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. “La interpretación de la ley y de los actos jurídicos en el Derecho peruano”, en *Revista de Derecho Comparado*, núm. 3, p. 72. 2001.

(36) DÍAZ ALABART, Silvia. “Reglas de Interpretación”. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO (Director). *Comentarios a la ley de Condiciones Generales de la Contratación*. p. 199. Aranzadi, 1999. Elcano. Navarra. España.

Es en este estadio del análisis que corresponde aplicar con máximo celo el principio de interpretación específico de este derecho tuitivo, que determina que las cláusulas oscuras, ambiguas o poco claras, deben ser interpretadas en contra de quien haya producido tal oscuridad y la posterior duda en su interpretación —*contra proferentem*⁽³⁷⁾— y aquel que establece que en cualquier caso de duda, ésta debe ser resuelta a favor del consumidor, es decir imponiendo la carga menor o su liberación. Esta solución se encuentra expresamente prevista en los artículos 3, segundo párrafo, última parte, que establece claramente que: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor” y 37, “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

El Decreto Legislativo 716, peruano, lo contempla en su artículo 2, cuando reza:

“La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor”⁽³⁸⁾.

Idéntico tenor posee lo previsto en el artículo 47 del Código Brasileño, cuando dice: “*Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor*”. También la contiene la Ley Paraguaya, en su artículo 27, al decir: “*Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor*”. El Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio argentino, de 1998, en sus artículos 1032⁽³⁹⁾ y 1033⁽⁴⁰⁾ prescribe la misma solución.

(37) Esta es una consecuencia de la obligación de actuar de buena fe por parte del proveedor, que debe traducirse en la determinación de cláusulas claras, precisas y entendibles en el texto del contrato. Quien tiene la obligación de hablar claro y no lo hace, debe cargar con las consecuencias de su actuación y esto se perfecciona mediante la interpretación en su contra de las cláusulas oscuras o ambiguas. Impone la responsabilidad del hecho con base en el hecho de haber tenido la posibilidad de predeterminar el contenido.

(38) Texto según el art. 1º de la ley 27.251.

(39) Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, argentino, artículo 1.032. “*Las cláusulas vagas o ambiguas deben ser interpretadas: a) en sentido contrario a quien las redactó, aunque se trate de un contrato discrecional...*”

(40) Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio, argentino, artículo 1.033. “*Los contratos predispuestos, y las cláusulas predispuestas, son interpretados en sentido favorable a la parte no predisponente*”.

También adoptan el mismo criterio, el número 2 del artículo 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación española, cuando establece que “*las dudas en la interpretación de las condiciones generales se resolverán a favor del adherente*”; así como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en su artículo 4.6⁽⁴¹⁾, con una redacción que trasluce un ánimo sancionatorio para el predisponente, al decir que deberá adoptarse: “*la interpretación que perjudique a dicha parte*”, como haciendo surgir la responsabilidad del hecho de haber tenido la posibilidad de predeterminar el contenido.

Sin embargo, es el criterio de búsqueda de un culpable, para sancionarlo, ha evolucionado hacia la adjudicación de un crédito de indemnización para la víctima, para repararla, que rige en el actual Derecho de daños; de allí que otras legislaciones no enfatizan en el hecho de causar un perjuicio a quien trasgrede la norma sino de dar un mensaje, a éste y a quienes estén en su posición, acerca de la inconveniencia de la adopción de tales conductas; es decir que la sanción tiene más afán aleccionador y educativo.

De Castro y Bravo opina que “[E]l fundamento de la regla *contra proferentem* es sobradamente conocido. Se basa en el principio de la buena fe concretado en el sentido de exigencia de autorresponsabilidad al sujeto que realiza una declaración de voluntad.... La regla establece, por lo tanto, una distribución equitativa del riesgo contractual: en concreto el adherente, que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa formulación”⁽⁴²⁾. A través de la aplicación de esta regla, a *contrario sensu* se hace efectivo el principio *favor consumatore*.

Lorenzetti ha opinado que el principio a favor del consumidor “Toma en cuenta específicamente la posición de debilidad estructural en el mercado. En los casos anteriores, se tomaba en cuenta una falla coyuntural del mercado, en la cual un deudor es débil por circunstancias del caso. En el Derecho del consumidor, el elemento activante

(41) Principios de UNIDROIT, artículo 4.6: “*Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte*”.

(42) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. 1971. *El negocio jurídico*, p. 88, Civitas. Madrid.

surge de una posición permanente, no del sujeto sino del rol socialmente definido”⁽⁴³⁾.

Destacamos la importancia de existencia de principios rectores para la interpretación de los contratos, respecto de los cuales la Profesora Jiménez Vargas Machuca opina que “vienen a ser como la “bocanada de aire” que requiere el sistema para poder conservar su validez y vigencia; hacen posible la flexibilización de este último”⁽⁴⁴⁾.

Si bien los principios específicos antes mencionados resultan de la evolución habida tanto en la contratación como en el Derecho que se ocupa del tema, principalmente son derivaciones del principio clásico de la buena fe, si bien con el enfoque actual y objetivo, que ya no implica meramente abstenciones, sino que importa la adopción de conductas positivas que conduzcan a que cada una de las partes obtenga la mejor prestación de la relación habida, con base en principios de colaboración y solidaridad. Es que como muy bien lo grafica el Padre Hurtado: “Está muy bien no hacer el mal, pero está muy mal no hacer el bien”. Entonces, cada parte deberá actuar positivamente en pos del cumplimiento de las legítimas expectativas de la otra.

Entonces, para interpretar las obligaciones de los consumidores y usuarios debe aplicarse el principio *favor debilis* devenido en *favor consumatore* —que resulta un orientador insoslayable para todas las relaciones regidas por la legislación específica, teniendo presente el carácter de orden público que ostenta dicha normativa, la disparidad de fuerzas habida en la contratación y la norma hermenéutica establecida.

Si bien resulta mayoritaria la doctrina que sostiene la conveniencia del otorgamiento de protección a estos *actores* del mercado, existen detractores que estiman que la intervención del Estado en el Mercado, con fines proteccionistas del consumidor genera mayores costos que surgen del libre juego de la oferta y la demanda; por tanto, resulta ineficiente.

(43) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Editorial Rubinzal-Culzoni. 2009, Santa Fe, Argentina, p. 16.

(44) JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. 2002. “La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno”. En: *Contratación Privada. Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código Europeo de contratos*. SOTO COAGUILA, Carlos y Roxana JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA (Coordinadores). Jurista Editores. Lima. 2002, p. 75.

En defensa de la primer postura, siguiendo las disposiciones de la ley de Defensa del Consumidor argentina, considerando el carácter de orden público que ostenta, se ha dictado un fallo que ha aplicado *de oficio* dicha normativa, destacando tal particularidad y estableciendo sus alcances a este respecto, fundamentando en que “[S]eguramente se argumente que por no haber mediado hasta aquí ninguna excepción de incompetencia el suscripto se encuentra impedido de inhibirse de entender en el *sub lite*. Empero, resulta atendible recordar que el art. 65 de la ley 24.240 claramente estipula que la presente ley es de orden público, que “...lo que se pretende con este orden público es proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual, habida cuenta de una “falla estructural en el mercado”, atendiendo a las situaciones de poder; se busca asegurar una “igualdad de oportunidades”. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se expresen en un pie de igualdad...” (Mosset Iturraspe, Jorge; “El orden público y la tutela del consumidor y usuario”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, número 3 del 2007, “Orden Público y buenas costumbres”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 55) y que tal circunstancia —encontrarse involucrada una cuestión de orden público— impone que el suscripto deba actuar de oficio”⁽⁴⁵⁾.

No son muchos los jueces que adoptan una actitud tan proactiva en defensa de estos derechos que, por lo demás, revisten la calidad de derechos fundamentales por su acogimiento en el texto constitucional. En el tema de las cláusulas abusivas éste debería ser el tenor de la intervención judicial, puesto que la declaración de oficio del carácter lesivo de una cláusula contribuirá a generar una cultura de respeto por dichos derechos, así como con la celeridad procesal, tan necesaria en los conflictos de consumo y a la vigencia real del orden público económico, en su faz de protección del *débil jurídico*.

Evidentemente, la *última ratio* de este principio está constituida por la necesidad de la existencia de una finalidad tuitiva, desde la legislación, con el objeto de intentar restablecer el equilibrio general del sinalagma, superando las diferencias de poder habidas en su génesis, y materializadas en cláusulas abusivas o desequilibrantes de los derechos y deberes de las partes; pero resulta indispensable la actuación del Poder Judicial, en cuanto el sistema democrático le otorga, de

(45) Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial N° 2 de Azul, Provincia de Buenos Aires, en autos “Banco Provincia de Buenos Aires c/ Ocanto, Mónica Marcela”. LLBA, 2008 (diciembre), 1171.

guardián de los derechos de los ciudadanos, y es quien debe aplicar la normativa específica y sus principios rectores.

En este entendimiento ha emitido fallo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resolviendo que: “resulta de buena hermenéutica la apreciación tuitiva a favor de la parte más débil del contrato, esto es, aquella que no participó en la confección de las condiciones negociales generales que conforman el mismo”⁽⁴⁶⁾. Más recientemente en el tiempo, y en aplicación de la misma norma hermenéutica, ha expresado nuestro Máximo Tribunal que: “[F]rente a este tipo de convenios, la interpretación de la cláusula de prórroga de competencia ha de orientarse en el sentido más favorable al consumidor, de conformidad con lo normado por los arts. 3 y 37 de la ley 24.240”⁽⁴⁷⁾.

Por otra parte, teniendo presente la clara debilidad del consumidor ante un proveedor predisponente del texto contractual, corresponde aplicar con máximo rigor las disposiciones que ordenan considerar nulas aquellas cláusulas que de manera ostensible amplíen los derechos del proveedor o limiten sus responsabilidades, en perjuicio del consumidor. Existe nutrida jurisprudencia que respalda esta posición; pero destacamos por su trascendencia, un fallo del Superior Tribunal de Justicia, con sede en Brasilia, que declara que “es abusiva la cláusula que excluye indiscriminadamente la cobertura de dolencias infectocontagiosas. No hay, pues, razón para excluir, en el caso, la hepatitis C”⁽⁴⁸⁾.

Cabe destacar que la solución de la nulidad de las cláusulas abusivas incorporadas en un contrato de consumo, dispuesto por la ley 24.240, en su artículo 37, al decir que *se tendrán por no convenidas*, y que *vista la nulidad de éstas*, y toda vez que no constituyan el núcleo de las obligaciones pactadas, *el juez integrará el contrato*, justamente a efectos de promover su conservación, en cumplimiento de lo normado en la primera parte de dicho artículo, cuando expresa que esta sanción se aplicará *s in perjuicio de la validez del contrato*. De lo contrario, bastaría con incluir cláusulas abusivas que tuvieran por resultado la

(46) Suprema Corte de Buenos Aires, 13/9/94, “Constantino, Héctor A. y otros c. Altuve, Alberto R. y otros”, JA, 1995-II-666.

(47) Suprema Corte de Justicia, sent. del 18-X-2006, *in re* “Plan Ovalo S. A. de Ahorro para Fines Determinados c/ Giménez, Carmen E. s/ ejec. Hipotecaria”.

(48) REsp 729.891/SP - 3ª T. - STJ - j. 24.04.2007 - v. u. - rel. Min. Humberto Gomes de Barros - DJU 14.05.2007, publicado en *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 64, octubre-diciembre de 2007, p. 243. La traducción nos pertenece.

nulidad del contrato, para conseguir que el consumidor no reclamase por miedo a perder las prestaciones en él pactadas en su favor.

Pasando, ahora, al tercer nivel de control, el de contenido, hemos adelantado que puede ser realizado en dos ámbitos diferentes; en el ámbito administrativo, mediante el control *ex ante* o en el caso de aplicación de sanciones por la inclusión de tales cláusulas, y en sede judicial, con carácter *ex post*. Atento el tenor de esta presentación, nos referiremos a este último.

El Juez, al realizar este análisis de carácter valorativo, tiene por objeto determinar la legalidad del contenido de las cláusulas incorporadas, detectando aquellas que revisten el carácter de abusivas. En caso de detectarlas, procederá a declarar su nulidad e ineficacia, teniendo en miras la protección del orden público económico y del consumidor. Para que este control resulte eficiente, deberá ser aplicado estrictamente, declarando la nulidad de las cláusulas abusivas⁽⁴⁹⁾ y, consecuentemente, integrando el contrato, a efectos que no se produzca la frustración de sus efectos, sin afectar las normas de funcionamiento del mercado.

En Argentina, con el objeto de facilitar la labor judicial y, a la vez, promover una más eficaz y eficiente protección de los consumidores, podría resultar sumamente útil la determinación legislativa de listas negras —aquellas que definen aquellas cláusulas que deben ser declaradas nulas, sin posibilidad de valoración por parte del juez—, que podría ser complementada por una lista gris —la que establece un elenco de cláusulas que pueden ser anuladas, previo análisis del magistrado actuante—, más allá de mantenerse la previsión de carácter general y abierto que hoy contempla el artículo 37 de la ley⁽⁵⁰⁾. Estas medidas

(49) Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina, al fallar: “Resulta nula la cláusula de prórroga de la competencia dispuesta en un contrato de adhesión, pues, la redacción de la referida estipulación pudo llevar al consumidor a considerar que el domicilio de su contraria, a los fines de dirimir un conflicto, era el de la sucursal provincial existente donde se celebró y ejecutó el contrato y en el cual aquél tiene su domicilio, no advirtiéndolo su eventual sometimiento a litigar en extraña jurisdicción con la posible afectación a su defensa en juicio”. (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos “Choqui, Néstor Petronio c. Coop. Viv. pers. YPF Gral. Mosconi”, LLBA, 2008, 1178 RCyS 2008, 1202.

(50) Al respecto, este artículo prevé: “...se tendrán por no convenientes: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor...”

traerían consigo una mayor celeridad en la solución de los conflictos, atento que permitiría aún su aplicación de oficio, en protección del débil, en el primer caso y facilitaría el encuadre en los demás.

En este sentido, Mosset Iturraspe expresa que “[e]sta investigación es provechosa en la medida en que, patrocinada por la autoridad administrativa de aplicación de las normas de tutela del consumidor, conduce a confeccionar “listas negras” o “listas grises” acerca de prohibiciones o alertas. De nada sirven —o de muy poco— cuando, pese a ser detectadas y denunciadas, permanecen en el tráfico y son de aplicación cotidiana”⁽⁵¹⁾.

Ha quedado de manifiesto, con lo expuesto, que la intervención del Poder Judicial resulta imprescindible a los efectos de hacer realidad una real tutela de los derechos del consumidor, en aquellas cuestiones vinculadas con los intentos de abuso por parte del proveedor, mediante la incorporación de cláusulas que resultan abiertamente beneficiosas para él en detrimento de los derechos económicos del adherente-consumidor. Es el juez quien puede poner coto al imperio de los intereses de origen puramente económicos, morigerándolos con criterio axiológico, poniendo en primer lugar el respeto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, sin descuidar considerar los derechos de la otra parte referentes a su intervención en el mercado. Así lo ha considerado la jurisprudencia argentina, en defensa de la seguridad jurídica, al considerar que “[A]nte la existencia de cláusulas contractuales incompatibles debe procurarse una interpretación que las concilie, buscando preservar la eficacia de ellas y atribuyéndoles el sentido que mejor se adecue a la naturaleza del contrato en cuestión y a las reglas de la equidad”⁽⁵²⁾.

La decisión legislativa de incorporar ese tipo de listas resulta parte del ejercicio de su autoridad a efectos de mantener el orden público, entendido como “modelo societario definido por el Derecho en un determinado momento histórico de evolución de sus valores”⁽⁵³⁾, justificada en la insuficiencia de los mecanismos del mercado ante las *fallas* que lo afectan, para proveer a la regulación de las relaciones negocia-

(51) MOSSET ITURRASPE, Jorge, 1999. “Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)”. *Revista de Derecho Comparado*, T. 1, p. 41. Bs. As.

(52) CNCom., sala C, 1993/11/22, La Ley, 1994-E, 320.

(53) LONARDO, Loris. *Ordine pubblico e illiceità del contratto*. Nápoles: ESI, 1993, p. 137. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los Principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2005.

les, en su aspecto jurídico y sus consecuencias económicas, principalmente para el consumidor.

Ya preveían este tipo de listas la ley alemana de Condiciones Generales de la Contratación⁽⁵⁴⁾, la Directiva de la Comunidad Económica Europea, 93/13⁽⁵⁵⁾, que posteriormente fuera transpuesta a los respectivos ámbitos internos de los países integrantes de la Unión, el Código de Defensa del Consumidor brasileño⁽⁵⁶⁾, entre otros. Cabe destacar, en apoyo de nuestra postura, que moderna legislación extranjera prevé la existencia de ambos tipos de listas; así la Propuesta de Directiva Europea sobre derechos de los consumidores, aprobada por la Comisión Europea el 8 de octubre de 2008⁽⁵⁷⁾, el nuevo régimen de las cláusulas abusivas en el derecho de consumo francés de 2009⁽⁵⁸⁾.

Entre los derechos esenciales dispuestos en el artículo 42 de la Constitución Argentina⁽⁵⁹⁾, destaca el determinado respecto de la *protección de los intereses económicos*, que impone al Estado hacer posible que los consumidores obtengan el máximo beneficio de sus recursos económicos. Para que esto ocurra, resulta necesario establecer normas claras, precisas y de fácil aplicación acerca de las relaciones habidas en la producción, distribución y comercialización de productos y servicios, especialmente en sus facetas vinculadas con el destinatario de dichos derechos. La implementación de la normativa correspondiente, atendiendo a su accesibilidad y dinámica, y su posterior aplicación por parte del Poder Judicial permitirá una real vigencia de la norma tuitiva y hará posible que se establezca un consumo sustentable.

(54) La ley alemana de regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, de 9 de diciembre de 1976, que entró en vigor el 1 de abril de 1977 es pionera en la regulación de las cláusulas abusivas, resultando fuente primaria de la Directiva de la Comunidad Económica Europea, 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados por Consumidores. Inserta su *lista gris* en el artículo 10 y la *negra* en el artículo 11.

(55) Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados por Consumidores.

(56) Ver artículo 51 del Código de Defensa del Consumidor brasileño.

(57) Ver anexos II y III de la mencionada propuesta.

(58) Aprobado por Decreto núm. 2009-302, del 18/03/2009, que las contempla en los art. R 132-1 y 132-2.

(59) Esta disposición establece que *“los consumidores o usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...”*.

4. PRÁCTICAS ABUSIVAS

La reforma introducida por la ley 26.361, a la ley 24.240, ha ampliado la protección del consumidor ante abusos cometidos por el proveedor a algunos aspectos extracontractuales y otros contractuales, que se pueden perpetrar mediante conductas desplegadas por éste y que perjudiquen material o moralmente a aquel.

El texto ha sido incorporado en el artículo 8 bis, que se titula “Trato digno. Prácticas abusivas”. Nótese que, en primer lugar, establece que *los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios*, rescatando la dignidad como valor intrínseco a la persona, en este caso en su actuación en el mercado. Lorenzetti explica al respecto que “el término <trato>, se refiere a comportamientos vinculados a la relación jurídica, pero no tienen su fuente en ella, porque no son derechos subjetivos ni deberes colaterales causados por ese vínculo bilateral. El trato se refiere a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación y a las conductas poscontractuales”⁽⁶⁰⁾.

Seguidamente, el texto regla, refiriendo a los proveedores:

“Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice [...] En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial”.

Estos párrafos del artículo se refieren a *prácticas* y no a *cláusulas*, y especialmente a aquellas acciones que degraden, pongan en ridículo o intimiden al consumidor o importen discriminación a su respecto, también en defensa de su dignidad. Nuevamente nos encontramos ante un Estado que pretende asegurar la posibilidad de equilibrio entre las partes, mediante una legislación limitativa de un ejercicio abusivo de la autonomía de la voluntad del proveedor, quien ostenta la posición dominante y que aplica el principio constitucional y legal de prohibición de discriminación.

Sin embargo, con mucho acierto destaca nuestro homenajeado la conveniencia de permitir la “discriminación inversa”, al incrementar la

(60) LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit., p. 149.

protección para los subconsumidores —categoría de sujetos que están en una mayor inferioridad por sus particulares circunstancias: ancianos, niños, analfabetos, indígenas o quienes contratan en estado de necesidad—⁽⁶¹⁾.

La ley dispone, en el artículo en comentario, que a las sanciones previstas podrá agregarse la aplicación de la multa civil establecida en su artículo 52 bis, *endureciendo* la penalización de las conductas abusivas, haciendo extensibles solidariamente ambas penalidades a quien actuare en nombre del proveedor.

La sanción de este tipo de conductas se encuentra prevista desde el año 1990, en la Sección VI, titulada Prácticas abusivas, del Código de Defensa del Consumidor brasileño, que en su artículo 39 realiza una enumeración, obviamente enunciativa, de numerosas acciones prohibidas para el proveedor, así como por el Decreto Legislativo 716, en Perú, que en su título II, Derecho de los consumidores, lo contempla expresamente en el texto de sus artículos 5, inciso d)⁽⁶²⁾, 13⁽⁶³⁾ y 24 A, al referirse a los procedimientos de cobranzas⁽⁶⁴⁾.

(61) Ídem.

(62) Dicho artículo ha sido precisado por el artículo 1 de la ley 27049, al reglar: “Precisase que al establecer el inciso d) del Artículo 5 del Decreto Legislativo núm. 716, que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público” y ampliado por el Artículo 2 de la ley núm. 27251.

(63) Artículo 13 (texto según el artículo 1 de la ley 27.311). “De manera enunciativa, mas no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no podrán: a) Modificar, sin consentimiento expreso de los consumidores, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que éste así lo hubiese autorizado expresamente y con anterioridad. b) Realizar ofertas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no hayan sido requeridos previamente y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito, o interpretar el silencio del consumidor como aceptación a dicho cargo, salvo que aquel lo hubiese expresamente autorizado con anterioridad. Si con la oferta se envió un bien, incluso si se indicara que su devolución puede ser realizada sin costo alguno para el receptor, éste no está obligado a conservarlo ni a restituirlo al remitente. c) Completar los títulos valores emitidos incompletos por el consumidor de manera distinta a la que fuera expresa o implícitamente acordada al momento de su suscripción.

(64) Artículo 24 A, adicionado por el Artículo 1 de la ley núm. 27.598 publicada el 15-12-2001, “Se prohíbe el uso de métodos de cobranza que afecten la buena re-

5. REFLEXIONES FINALES

Resulta sencillo comprender la expansión e importancia del consumo y reconocer las asimetrías en que se desarrollan las relaciones en dicho ámbito; la consagración entre los derechos fundamentales por parte de la mayoría de las legislaciones latinoamericanas así lo atestigua.

Consideramos que esta realidad deberá estar reflejada en el futuro proyecto de Código Latinoamericano de Contratos, mediante la previsión de su ámbito subjetivo y objetivo —¿contratos o relaciones de consumo?—; del establecimiento de los derechos y obligaciones de quienes interactúan en el mercado; del tratamiento de las condiciones generales de la contratación —que tal vez pueda exceder a los meros contratos de consumo, incluyendo al pequeño empresario—, de las cláusulas abusivas, de los principios de interpretación específicos de este tipo de relaciones negociales, de la moderna contratación por medios electrónicos; en fin, un sinnúmero de cuestiones que merecerán la atención de quienes tengan bajo su responsabilidad su redacción.

Podemos adelantar hoy, un punto de coincidencia en las legislaciones latinoamericanas, que quizás podrían servir como base fundamental en el tratamiento de todos esos temas, cual es el principio indubitable de protección del débil jurídico, tanto en el ámbito de las relaciones de consumo como en cualquier otro en que una de las partes se encuentre en franca disparidad de poder negocial.

Como éste, el principio de buena fe también ha sido consagrado en todos los países que integran este *bloque regional*. Partir de los principios para conseguir una legislación común puede resultar de buena técnica legislativa, puesto que establecidos éstos de manera unívoca, resultará más fácil encontrar los acuerdos respecto de aquellas cuestiones que tengan un mayor contenido positivo específico.

Esta unificación de criterios ya ha sido posible en el ámbito de discusión del Proyecto de CIDIP VII, en la reunión preparatoria de expertos realizada en Porto Alegre, en 2006, que determinara el texto del proyecto a considerar en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁽⁶⁵⁾.

putación del consumidor, que atenten contra la privacidad de su hogar, que afecten sus actividades laborales o su imagen ante terceros”.

(65) La autora ha actuado en calidad de experta por la República del Paraguay en la reunión preparatoria en Porto Alegre, realizada en 2006, donde participaron 50 especialistas y 11 delegados gubernamentales, en que, luego de arduas negocia-

Es dable traer a colación las numerosas cuestiones que constituyen un acervo común en lo cultural y en lo jurídico. Estas coincidencias, unidas al trabajo de juristas prestigiosos bajo la dirección de nuestro Homenajado, permitirán sin lugar a dudas la construcción de un cuerpo normativo de proyección continental.

En las soluciones que se propongan, que tendrán carácter de *minimum* común, deberá prestarse especial atención a la labor que se asigne a los jueces en la tarea posterior de protección al débil. Son ellos quienes, en su diaria labor, podrán hacer efectiva la norma tuitiva en ejercicio de sus funciones, que esperamos estén inspiradas en la justicia y la equidad y sean desempeñadas con profundo compromiso con la defensa de los derechos fundamentales del individuo, entre los que se cuenta el derecho del consumidor; aplicando los límites a los esquemas económicos, mediante criterios axiológicos adecuados, en pro de la seguridad jurídica y sin afectar el normal funcionamiento del mercado.

De esta manera, se hará realidad el verdadero cumplimiento del principio constitucional de *igualdad ante la ley*, traducido en la posibilidad de acceso al consumo —prerrogativa primaria de los consumidores, frente a los empresarios y al propio Estado; pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población, su participación en el mercado⁽⁶⁶⁾—, así como a la solución de las controversias que se produzcan en tal ámbito, las que podrán ser ofrecidas por el Poder Judicial o por los métodos alternativos de resolución de disputas, de tan eficiente aplicación en este tipo de relaciones. Es menester, previo a todo, que el Estado, a través de sus organismos competentes, garantice a todos los sectores de la población, su acceso al consumo—, así como a la solución de las controversias que se produzcan en tal ámbito.

Tenemos la esperanza que los operadores jurídicos que, con intensa vocación americanista, se aboquen a la noble tarea de pergeñar un

ciones se acordara incluir en el Proyecto de CIDIP VII, el principio de *favor consumidor*, en lo atinente a la ley aplicable en el caso de transacciones de corte internacional, en el ámbito de la OEA. Al respecto, puede consultarse con provecho la obra *Defensa de los Consumidores en América*, publicada bajo la Dirección de los Dres. Diego FERNÁNDEZ ARROYO y José Antonio MORENO RODRÍGUEZ, Editorial La Ley. 2007. Asunción, Paraguay, en que se refiriera, justamente, al tema: “Cláusulas abusivas en contratos de consumo. Su previsión en Latinoamérica. La posible influencia del Proyecto de CIDIP VII”

(66) STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, *Derechos y defensa del consumidor*, p. 41. La Rocca. Buenos Aires.

Código Latinoamericano de Contratos puedan encontrar su inspiración en el inquebrantable respeto por la persona, ubicándola como centro del Derecho, y logre consensuar un cúmulo de derechos básicos, que sirvan de amalgama jurídica para nuestros pueblos, permitiéndoles el crecimiento y progreso por todos ansiados y que nuestras comunidades se merecen. Tal vez, esta coincidencia en un proyecto legislativo común contribuya a la Unificación, tan anhelada.

6. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Alterini, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles – comerciales – de consumo. Teoría General* Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Argentina. 1998.

Alterini, Atilio Aníbal. “El Proyecto de Código Civil de 1998: perspectiva y prospectiva”. *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA)*, núm. 1, 3ª época.

Arrighi, Jean M., “Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina”. En *Derecho del Consumidor*, núm. 1.

Borda, Guillermo, actualizado por Alejandro Borda. *Manual de Contratos*. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires. Argentina. 2004.

Código del Consumidor Brasileño.

Constitución Nacional de la República Argentina.

Constitución Política de la República de Perú.

De La Puente y Lavalle, Manuel. “El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. *Biblioteca para leer el Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III, p. 202. 3ª edición. Editorial Fondo Editorial. 1996. Lima. Perú.

Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Editorial Civitas, Madrid, España. 1996.

Decreto 2466/1982, de la Presidencia de la República de Colombia.

Espinoza Espinoza, Juan. *Los Principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2005.

Glibota Landriel, Verónica María Laura. *Las Condiciones Generales de la Contratación en los denominados Contratos de Consumo en el or-*

- denamamiento jurídico argentino. De la necesidad de su adecuada regulación legal.* Informe final de investigación, perteneciente a Beca de iniciación concedida por la Universidad Nacional del Nordeste. Inédita. 2003.
- Jiménez Vargas Machuca, Roxana. 2002. "La unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el derecho moderno". En: *Contratación Privada. Contratos predispuestos. Contratos conexos. Código Europeo de contratos.* Soto Coaguila, Carlos y Roxana Jiménez Vargas Machuca (Coordinadores). Jurista Editores, Lima, Perú, 2002.
- Larroumet, Christian. 1999. *Teoría General del Contrato.* Vol. I. Traducción Jorge Guerrero. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1999, T. I.
- Ley Argentina de Defensa del Consumidor, 24.240, texto ordenado con la reforma incorporada por ley 26.361.
- Lima Marques, Claudia. *Confianza en el Comercio Electrónico e la protección del Consumidor.* Editora Revista Dos Tribunais. 2004. San Pablo. Brasil.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Consumidores.* Segunda edición. Editorial Rubinzal-Culzoni. 2009, Santa Fe, Argentina.
- Messineo, Francesco. *Manuale de Diritto Civile e Commerciale. Codici e norme complementari.* Editorial Guiffre. Milán. Italia, T. III. 1959.
- Mosset Iturraspe, Jorge. "Introducción al Derecho del Consumidor". *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 5.
- Mosset Iturraspe, Jorge. "Las cláusulas abusivas en la contratación (Informe del Derecho argentino)". *Revista de Derecho Comparado*, T. 1.
- Ordoqui, Gustavo. "Cláusulas contractuales abusivas", en *Anales del Foro* núm. 125, p. 129. 1996. Montevideo. Citado por Creimer, Israel y Gabriela Muñoz. "Cláusulas Abusivas (Informe del Derecho Uruguayo)". En *Revista de Derecho Comparado*, núm. 1.
- Pagador López, Javier. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación.* Editorial Marcial Pons. Madrid, 1999.
- Rezzónico, Juan Carlos. *Contratos con Cláusulas Predisuestas.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

- Rosatti, Horacio D., Rodolfo C. Barra, Alberto M. García Lema, Héctor Masnatta, Enrique Paixao y Humberto Quiroga Lavié. *La Reforma de la Constitución, explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1994, p. 90.
- Rivera, Julio Cesar. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. I, 1997.
- Stiglitz, Rubén y Gabriel Stiglitz. “Ley de defensa del consumidor”, JA, 1993-IV-871.
- Vega Mere, Yuri. *Contratos de Consumo. Consideraciones preliminares sistemáticas a favor de su construcción dogmática*. Editorial Grijley, Lima, Perú, 2001.

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

Por Alfredo BULLARD GONZÁLEZ⁽¹⁾

SUMARIO: Resumen. 1. Introducción. 2. ¿Por qué Contar con un estándar de consumidor razonable? 3. ¿Cómo se Aplica el Estándar de Consumidor Razonable? 4. ¿Son los Consumidores Irrazonables en la Realidad? 4.1. Pesimismo de los Consumidores. 4.2. Consumidor Razonable y Asimetría Informativa. 4.3. Consumidor Razonable y Pobreza. 5. Comentarios finales.

RESUMEN

El debate entre cuál es estándar de consumidor que debe ser protegido por los sistemas de protección al consumidor sigue siendo un tema de tanta actualidad como cuando recién surgió la controversia. Si se debe proteger al consumidor ordinario o promedio o sólo al razonable es un dilema que está en la medula de todo el sistema. El presente artículo aborda el problema pronunciándose claramente a favor de adoptar un estándar de consumidor razonable, partiendo de la necesidad que el sistema, para evitar errores, requiere que ambas partes, proveedores y consumidores, adopten precauciones recíprocas. Para ello se realiza un análisis legal y económico de la cuestión. Además el artículo explica cual sería el impacto de adoptar la tesis contraria en una aproximación que busca graficar con casos y experiencias prácticas como funcionará el sistema.

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Socio del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra Abogados.

1. INTRODUCCIÓN

Stella Liebeck es quizás uno de los nombres más conocidos en la historia de la protección al consumidor. La señora Stella compró un café en MacDonalds. En el automóvil en el que llevaba el café tuvo la peregrina idea de echarle azúcar. Una vez detenido el automóvil a un lado de la vía, destapó el café que había colocado entre sus piernas. El café se derramó y le generó quemaduras de tercer grado. Demandó a MacDonalds por servir café muy caliente. Obtuvo una indemnización de US\$ 2'900,000, una cantidad bastante atractiva como para coger una taza de café, tomar una respiración fuerte y echársela encima para ir a cobrar una indemnización. Abrir una taza de café caliente sujetando el envase entre las piernas no parece muy razonable. Pero la señora Stella recibió una indemnización porque las Cortes estimaron que merecía que MacDonalds la protegiera contra su propia estupidez.

El caso de Stella Liebeck⁽²⁾ fue tan sonado que un grupo de personas desarrolló una página conocida como los Stella Awards, página en la que se premia demandas estúpidas que son acogidas por los tribunales. Una buena parte de los casos están referidos a la protección de los consumidores.

Mencionemos algunos casos que muestran el dilema entre un consumidor razonable y uno ordinario:

- Un adulto se emborrachó en una fiesta. Saliendo cometió la idiotez de conducir su automóvil y tuvo un accidente que le costó la vida. Se demandó a distintas personas incluyendo a su novia y al dueño de la casa por no haber impedido que condujera, a la madre de su novia por ser dueña del automóvil y a Coors Brewing Co. por haber vendido la cerveza que bebió.
- Una mujer obesa, fumadora empedernida, con presión alta, colesterol elevado y una historia familiar de enfermedades coronarias demandó a su médico por un millón de dólares por no haberla forzado a abandonar los malos hábitos.
- Una mujer mayor solía secar a su gato, luego de bañarlo, colocándolo en su horno de gas a muy baja temperatura (lo que ya es de por sí bastante idiota). Un día su yerno le regaló un horno de microondas y no tuvo mejor idea que colocar su gato y encender el horno “bajito”. El pobre gato falleció de una manera espantosa. El

(2) Ver <http://www.stellaawards.com/caselog.html>.

resultado no se hizo esperar: el fabricante de microondas fue demandado por no haber advertido que no se podían secar gatos en su producto.

- Los fabricantes de andadores enfrentaron innumerables demandas cuando los niños se caían por las escaleras mientras iban en andadores. Por supuesto que los niños se caen por las escaleras no porque los andadores existan, sino porque sus padres cometen la idiotez de no vigilarlos cuando están cerca de una escalera.

Algunos de estos casos son verdaderos, otros son leyendas urbanas, pero en cualquier caso reflejan que muchas veces los consumidores cometen estupideces de las que los proveedores son hechos responsables. El estándar de consumidor razonable trata de evitar que tales idioteces ocurran. ¿Qué pasaría si usáramos un estándar de consumidor ordinario? Pues si los consumidores suelen abrir el café caliente entre sus piernas, desoyen los consejos de los médicos sobre dejar de fumar o comer alimentos poco saludables, conducen borrachos, secan gatos en microondas o descuidan a sus hijos cerca de las escaleras; podrían invocar la protección legal, haciendo responsables de sus propios actos a los proveedores de los bienes o servicios en los que los actos estuvieron involucrados.

Es este el tipo de discusión a la que nos lleva el estándar de conducta que debe usarse para proteger a los consumidores en el mercado.

La reciente discusión en torno a la aprobación de un Código de Consumo ha resucitado la controversia entre si el consumidor que debería ser considerado por las normas de protección al consumidor debe ser el consumidor razonable o el consumidor ordinario o medio.

La discusión tiene especial relevancia para entender cómo deben interpretarse las regulaciones civiles y administrativas de cláusulas generales de contratación y contratos de adhesión, cuando una de las partes es un consumidor final.

La legislación de Protección al Consumidor (es decir el Decreto Legislativo 716 y sus normas modificatorias y complementarias) no abordaron el tema de manera expresa hasta que en el año 2008 el Decreto Legislativo 1045 modificó el artículo 3 del Decreto Legislativo 716, en la parte que define al consumidor. La norma señaló con claridad que: *“La presente ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria de acuerdo con las circunstancias”* y que no es otra cosa que la definición de consumidor razonable.

La jurisprudencia del INDECOPI había desarrollado en los años noventa, en una serie de casos, la idea que el consumidor protegido es el que actúa razonablemente mucho antes de la definición fuera reconocida legislativamente. Desde el inicio de la aplicación del estándar, el mismo ha sido objeto de numerosas y consistentes críticas y cuestionamientos. A pesar de ello, su aplicación se ha mantenido en el tiempo y es hoy en día una de las piedras angulares del sistema de protección al consumidor.

El primer proyecto de Código de Consumo, elaborado por la Comisión presidida por Walter Gutiérrez, sugería sin embargo, un estándar distinto: el de consumidor ordinario. Así, el párrafo 1.3 del artículo 1 del proyecto señalaba:

“Para interpretar el comportamiento de estos agentes en el mercado, se tomará como referencia el parámetro de un **consumidor ordinario**, no especializado y que el proveedor haya actuado conforme al principio de buena fe y de razonabilidad.”

Así, la propuesta de norma exigía razonabilidad al proveedor, no al consumidor. La norma no genera problemas en una sociedad en la que los consumidores usualmente se comportan razonablemente. En ese caso, el consumidor medio u ordinario será un consumidor razonable. El problema se plantea en aquellas situaciones en la que los consumidores tienen, de ordinario, una conducta poco razonable. En esos casos, el consumidor está protegido en sus operaciones de consumo incluso si su conducta no fue razonable. Por ejemplo, si el consumidor ordinario no lee los contratos que firma, estará protegido a pesar que le sería exigible al consumidor razonable leer lo que firma. Bajo el estándar de consumidor razonable no es posible proteger al consumidor que señala no haber leído el contrato.

El debate terminó en un resultado incierto. Hoy el recientemente aprobado Código de Consumo, guarda silencio sobre el tema y no define el estándar de consumidor razonable a usarse para interpretar los contratos, lo que constituye un retroceso, pues no sabemos si las autoridades administrativas o judiciales deberán usar un estándar de consumidor medio o de consumidor razonable para interpretar los contratos de consumo.

Entendemos que un Código Civil que aborde el tema de los contratos de consumo, directamente o indirectamente (a través de las regulaciones de contratos de adhesión o cláusulas generales de contratación) debería definir cuál es el estándar de consumidor aplicable. Y nuestro entendimiento es que debería ser un consumidor razonable.

¿Por qué debe usarse un estándar de consumidor razonable? Si el consumidor ordinario o medio se comporta como un idiota, es digno de protección así haya cometido idioteces. El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez. La ley no podría exigirle al consumidor que deje de comportarse como un idiota. Bajo tal regla resulta claro que no habrían incentivos para corregir la conducta del consumidor.

La defensa que se hace de usar un consumidor medio u ordinario se basa principalmente en la idea de que el estándar de consumidor razonable no es real. Según esta posición los consumidores no se comportan ordinariamente de manera diligente ni razonable, y por tanto estarían usualmente protegidos. El estándar debe ser realista y reflejar lo que el consumidor de carne y hueso es, y no lo que podría ser.

Como veremos, sin embargo, estamos frente a un falso dilema por dos razones:

- i. Es absurdo establecer un estándar en función a lo que las personas son, pues la idea del estándar es mejorar la conducta, no perpetuar las conductas inadecuadas. En otras palabras, debe ser un objetivo de la política de protección al consumidor conseguir que los consumidores que se comportan como idiotas dejen de hacerlo, y no protegerlos a pesar de su idiotez, preservando en el tiempo conductas poco razonables. El que la idiotez se haya generalizado en ciertas conductas no es una defensa que el consumidor pueda invocar.
- ii. Sin perjuicio de lo anterior, los consumidores se comportan en el mercado de manera consistente con el presupuesto de razonabilidad y la operación de los mercados sólo se explica sobre la base de tal consistencia. En otros términos, más allá de algunos casos aislados, los consumidores no se comportan como idiotas, con lo cual no existirá en el común de los casos diferencias entre el consumidor ordinario y el consumidor razonable. Sin embargo, es necesario mantener el estándar de razonabilidad precisamente para que las normas puedan corregir situaciones aisladas de irracionalidad de los consumidores. En otras palabras, el estándar de consumidor razonable sirve para corregir desviaciones marginales, pues es de esperar que los consumidores se comporten razonablemente en la mayoría de los casos.

En las secciones siguientes analizaremos cada uno de estos aspectos, planteando por qué consideramos que cualquier norma debería recoger el concepto de consumidor razonable.

2. ¿POR QUÉ CONTAR CON UN ESTÁNDAR DE CONSUMIDOR RAZONABLE?

El cambio que se ha venido sugiriendo de eliminar el concepto de consumidor razonable crea un problema muy serio porque elimina la idea que los consumidores que se protegen son los que actúen con diligencia ordinaria de acuerdo con las circunstancias. El resultado de una norma que protege consumidores ordinarios, al margen de su razonabilidad, es que renuncia a crear incentivos para una conducta responsable tanto de proveedores como consumidores, en especial en aquellas situaciones en las que la cultura de consumo responsable aún no se ha desarrollado. El cambio sugerido incentiva así la negligencia de los consumidores.

Hablar de un consumidor razonable no es hablar de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso. No es un consumidor racional, calculador y frío capaz de analizar con detalle todas las alternativas como si fuera una calculadora. Por el contrario es una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se le puede exigir a cualquier persona según las circunstancias.

Este criterio no se originó en las normas ni en la jurisprudencia de protección al consumidor. Es un principio universal de Derecho Común. Así, por ejemplo, el artículo 1314 del Código Civil señala que quien actúa con la diligencia ordinaria, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La referencia a diligencia ordinaria evidentemente se refiere a la forma como actuaría una persona (en este caso un consumidor) razonable. El artículo 1327 del mismo Código Civil señala que el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la diligencia ordinaria. Si estas normas se aplicaran a relaciones de consumo, el consumidor, entendido como acreedor del proveedor, no podría reclamar la responsabilidad por consecuencias que se deriven de su propia negligencia. Y este criterio es una de las bases de todo el ordenamiento jurídico. Nadie puede derivar un derecho de su propia falta de diligencia y cuidado. La negligencia no puede ser amparada por el ordenamiento por una elemental aplicación del principio de buena fe.

La lógica de este concepto, que el proyecto original de Código de Consumo trata de descartar, es en realidad bastante sencilla. Los problemas de consumidores recibiendo algo distinto a lo que deseaban tienen básicamente dos fuentes: una es la falta de información de los proveedores, pero la otra es la falta de diligencia de los propios consumidores.

De la misma manera como los accidentes de tránsito dependen de cómo manejan los conductores de vehículos, pero también de cómo cruzan la calle los peatones (cuando no usan, por ejemplo un puente peatonal en una zona de alta circulación), los problemas de consumo dependen de ambas partes en la relación. Consumidores descuidados o poco diligentes incrementan la cantidad y gravedad de los errores que se comenten en los mercados. Es cierto que el error puede ser ocasionado por problemas de información generados por el proveedor, pero también proviene de la conducta de los consumidores. En otras palabras, para evitar errores en los consumidores se requiere que se adopten precauciones recíprocas, y no sólo precauciones unilaterales por parte de los proveedores. Efectivamente, si un contrato es poco claro, el consumidor se puede equivocar. Pero si un consumidor no lee lo que firma también se puede equivocar. ¿Cómo evitar el error, por más claro que sea el contrato, si el consumidor omite leer lo que tiene al frente?

Queremos conductores cuidadosos, pero también peatones cuidadosos. Queremos también proveedores y consumidores cuidadosos, que se informen y tomen precauciones adecuadas.

Asumir que el consumidor puede ser protegido en cualquier caso, sin importar su nivel de diligencia, es asumir que tendrán una suerte de seguro contra su propia irresponsabilidad brindado por los proveedores. Si el proveedor debe responder incluso en supuestos de consumidores descuidados, se estaría elevando los costos que los proveedores tendrían que asumir para cubrir dicho seguro. Ello se logra retirando del estándar de protección el concepto de razonabilidad o de diligencia ordinaria. Estos costos se trasladan a precios con lo que los consumidores no razonables estarían siendo subsidiados en su conducta negligente por los consumidores diligentes. Dado que la conducta diligente no generaría ningún valor agregado para el que la desarrolla (porque igual pagaría precios más altos como consecuencia de los costos que los consumidores negligentes trasladan al proveedor) y asumiendo que ser diligente tiene algunos costos (como tiempo, cuidado, adquirir información, etc.) entonces el resultado sería que los consumidores no tendrían incentivos para ser diligentes. Se produce así un problema de riesgo moral, en el que el consumidor carece de incentivos para actuar con diligencia. El resultado sería más transacciones cerradas en términos ineficientes por falta de diligencia del consumidor, generando precios más elevados. Es decir, habría más errores por parte de los consumidores, con todas las consecuencias que ello significa.

Asumir otros estándares, como por ejemplo el de consumidor medio, promedio, u ordinario (como hace el proyecto original) nos lleva-

ría a que renunciáramos a tener mejores consumidores. Si uno quisiera evitar accidentes de tránsito por parte de los choferes de “combis” evidentemente no usaría como principio de responsabilidad el del chofer promedio u ordinario de “combi”. El resultado sería más accidentes que los deseables. De la misma manera, consumidores ordinarios en un contexto de poca razonabilidad en la conducta, perpetuaría las malas prácticas y los costos y problemas que se generan en el mercado.

Así, si el consumidor promedio no leyera lo que firma, y se le protegiera, entonces no habrá incentivos para leer lo que uno firma, a pesar que ello sería deseable en términos de mejorar el buen funcionamiento de las relaciones de consumo. El resultado final son consumidores poco diligentes a precios mayores de los productos y servicios involucrados, es decir el peor de los mundos. Si es razonable leer lo que se firma, entonces no se puede amparar al que no quiso leer. De la misma manera, como el Derecho Común sólo protege a la persona razonable (es decir al diligente), el Derecho de los Consumidores sólo debe proteger a los consumidores que sean razonables.

Un caso que ayuda a comprender el problema y que se presentó en INDECOPI es el de Henri Van Hasselt Dávila vs. Bancosur⁽³⁾. En él, el señor Van Hasselt adquirió un automóvil a crédito, por lo que obtuvo un préstamo de Bancosur. En el contrato se establecían claramente las condiciones del préstamo, entre las que se incluían los mecanismos a seguir para efectuar un prepago.

El señor Van Hasselt, sin embargo, como consecuencia de no leer el contrato, siguió un procedimiento distinto, pues creyó que bastaba depositar el dinero en su cuenta corriente para que el prepago ocurriera automáticamente. Luego, cuando descubrió que el Banco no había considerado sus depósitos como prepago (porque el contrato exigía para ello que los pagos anticipados podrían efectuarse recién a partir de la tercera cuota, siempre que dicha decisión fuese comunicada al Banco de manera expresa) pretendió que se sancionara al Banco por falta de idoneidad del servicio. Ello, a pesar que no había leído el contrato, no había exigido copia del mismo, no había leído los estados de cuenta en los que se indicaba que no se habían efectuado prepagos durante varios meses y que el sistema de prepago que él consideraba debía efectuar no se ajustaba a los usos y estándares comerciales usuales en ese tipo de operaciones de crédito.

(3) Resolución núm. 179-1999/TDC de fecha 21 de mayo de 1999.

El Tribunal del INDECOPI estableció en este caso:

“Es responsabilidad del consumidor leer adecuadamente el contenido de los contratos que suscribe, toda vez que éste determina los alcances de los derechos y obligaciones que asumen ambas partes. La Sala no ampara la negligencia en que pudiese haber incurrido el consumidor que no leyó adecuadamente los términos del contrato que ha suscrito. Así, la firma del señor Van Hasselt en el contrato de crédito automotriz implicaba la aceptación y el conocimiento de todas y cada una de las cláusulas que contenía, incluida la cláusula séptima previamente citada. En este orden de ideas, debe presumirse que el denunciante estaba al tanto del procedimiento establecido por el Banco para la realización de pagos anticipados.”

Se consideró que el señor Van Hasselt no había sido un consumidor razonable y, por tanto, no era digno de protección por la negligencia con la que había actuado.

Si el caso hubiera sido resuelto de manera distinta, porque se asume que los consumidores no son de ordinario cuidadosos y no leen sus contratos ni sus estados de cuenta, entonces el Banco no hubiera podido informar el sistema de prepago y hubiera tenido que aceptar como prepago cualquier cosa que el consumidor hubiera considerado tenía esa condición. Ello, evidentemente, hubiera elevado el costo del crédito para los consumidores, incluidos aquellos que sí tuvieron el cuidado de informarse y leer el contrato.

Muchas veces se critica que el estándar de consumidor que actúa con diligencia ordinaria diciendo que es irreal. La afirmación podría ser correcta en ciertos casos, pero equivoca la función del estándar. No se protege a los consumidores razonables porque se considere que la mayoría de los consumidores lo sean (aunque creemos que la mayoría de consumidores si actúan de manera consistente con la razonabilidad). Se les protege porque es un estándar diseñado a incentivar conductas consideradas adecuadas. El chofer razonable de “combis” quizás no exista, pero esa no es razón para usar un chofer de combi promedio para establecer un principio de responsabilidad.

El motivo para usar un estándar de conducta no es reflejar la realidad, sino crear incentivos hacia una realidad deseada. Esa función o motivo se pierde por completo bajo el concepto de consumidor ordinario.

También se señala que siendo el consumidor la parte débil de la relación, usar un concepto de consumidor razonable lo desprotege frente al proveedor. Sinceramente no se entiende el argumento. Un peatón es la parte débil si lo atropella un automóvil, pero de ello no se deriva

que renunciemos a exigirle al peatón un cierto grado de razonabilidad en su conducta.

El punto de partida de la crítica al estándar de consumidor razonable es equivocado, porque parte de asumir que los estándares se fijan para reflejar la realidad pero no para regularla. La razonabilidad del consumidor sin duda estará impactada por las prácticas y usos comerciales. Pero de allí no se deriva que las malas prácticas no puedan ser corregidas por el sistema legal, por más que estén generalizadas.

Nadie está en mejor posición para proteger sus propios intereses que uno mismo. Un consumidor podría preferir comprar un televisor más barato pero por el cual no se le ofrezca garantía y otro preferir pagar algo más pero gozar de una garantía de por lo menos un año. Esto explica por qué un consumidor compra un televisor a un vendedor ambulante o informal por más que sabe que carecerá de garantía, y otro prefiere comprarlo en una tienda autorizada para sentirse más seguro. Entre estos dos consumidores un tercero no estaría en capacidad de considerar un término contractual que excluye la responsabilidad del vendedor del televisor como perjudicial al consumidor, si este último, por propia iniciativa, prefirió que le ofrezcan estas condiciones a cambio de pagar un precio reducido. Pero si protegemos a los consumidores ordinarios, incluso cuando estos actúan no razonablemente, estamos en el fondo asumiendo que no puede elegir, y por tanto el Estado o la autoridad que lo representa, está en mejor capacidad de decidir por él.

En esa línea, el criterio de razonabilidad asume que cada quien debe estar en posibilidad de elegir y asumir las consecuencias de sus malas decisiones. El estándar de consumidor ordinario, por el contrario, protege al consumidor contra sus propias malas decisiones, y al hacerlo lo convierte en irresponsable de sus actos.

3. ¿CÓMO SE APLICA EL ESTÁNDAR DE CONSUMIDOR RAZONABLE?

La aplicación del estándar de consumidor razonable puede manifestarse de diversas formas. Sin embargo, casi todos los problemas de aplicación de las normas de protección al consumidor pueden verse resumidas en dos grandes categorías. La primera, se refiere a los problemas de idoneidad, la segunda a los problemas de información.

Los problemas de idoneidad y de información pueden ser considerados como las dos caras de la misma moneda. La idoneidad es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que el consumidor recibe. Pero, a su vez, lo que el consumidor espera depende del

nivel de información que ha recibido. Sin embargo, para efectos operativos, tanto la Ley como la jurisprudencia administrativa han hecho esfuerzos para ir forjando algunas diferencias.

Para determinar si el proveedor cumplió con sus obligaciones se construye un modelo de idoneidad, que se compara con lo que el consumidor recibió. Si lo que recibió es menos que el modelo no hay idoneidad y entonces hay responsabilidad del proveedor.

Así, se cumple el modelo de idoneidad si:

$$\begin{array}{rcl} \textit{Modelo de idoneidad} & & \textit{Realidad} \\ X + Y + Z & = & X + Y + Z \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características del bien o servicio.

Por el contrario, no hay idoneidad si:

$$\begin{array}{rcl} \textit{Modelo de idoneidad} & & \textit{Realidad} \\ X + Y + Z & = & X + Y + H \end{array}$$

Donde X, Y y Z son las características esperadas por el consumidor razonable del bien o servicio y X, Y y H es lo que recibió en realidad, siendo H menos que Z. En ese caso habrá incumplimiento del deber de ofrecer un bien o servicio idóneo.

Pero como veremos a continuación el modelo de idoneidad se construye sobre la base de lo que esperaría un consumidor razonable dadas ciertas circunstancias. De allí la importancia de este estándar para la aplicación de la normatividad de protección al consumidor.

En el caso *Tori vs. Kourus*⁽⁴⁾ se estableció el principio de garantía implícita y garantía explícita que se deriva del artículo 8 del Decreto Legislativo 716. El caso se refería a un par de zapatos adquiridos por un consumidor en el que en un plazo de apenas dos meses uno de ellos apareció con un agujero. El Tribunal del INDECOPI consideró que el referido zapato no era idóneo porque no cumplía con las garantías implícitas que se consideraba el proveedor había ofrecido, pues un consumidor razonable no esperaría que un zapato comprado en las circunstancias en que se adquirió en el caso duraría tan poco tiempo.

(4) Resolución 085-96-TDC/INDECOPI de fecha 13 de noviembre de 1996.

En dicha Resolución se establecieron tres precedentes de observancia obligatoria, dos de los cuales tienen relación directa con el tema de idoneidad que venimos analizando. Así, se estableció:

“a) De acuerdo con lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaríamos **un consumidor razonable**, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de este, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.

b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.”

La diferencia entre garantía implícita y garantía explícita es clara. Ambos conceptos sirven para reconstruir la expectativa del consumidor razonable respecto de lo que esperaba recibir.

En las relaciones de consumo muchas veces es difícil determinar, según los términos contractuales, qué características y condiciones debían tener el bien o servicio ofrecido. En la mayoría de los casos, el único documento relevante es un simple comprobante de pago.

Sin embargo, para determinar qué es lo que el consumidor compró o adquirió es necesario reconstruir un modelo ideal de bien, aquel que dadas las circunstancias, él esperaba haber recibido. El análisis de idoneidad pasa por la reconstrucción de este bien o servicio que hubiera esperado el consumidor, pero no el concreto y de carne y hueso, sino un consumidor razonable en las mismas circunstancias, para luego compararlo con el bien o servicio que efectivamente recibió. Si se aprecia una diferencia significativa entre ese modelo y lo que se recibió, en perjuicio del propio consumidor, entonces se considera que el bien no es idóneo.

Pero este modelo no se construye en abstracto. Por el contrario, se diseña sobre la base de tres coordenadas. La primera es la llamada garantía implícita. Por garantía implícita se entiende aquellas carac-

terísticas y condiciones que el consumidor razonable hubiera esperado recibir, dadas las circunstancias. Así, en el caso que reseñamos, se consideró que un zapato que duraba menos de dos meses no era idóneo, pues dadas las circunstancias, un consumidor razonable esperaría una duración mayor. Así, el Tribunal estableció, en el caso *Tori vs. Kourus*, lo siguiente:

“La garantía implícita no implica que el proveedor deba responder cuando el producto no ofrece la mejor calidad posible. Ello podría, en última circunstancia, perjudicar a los propios consumidores, pues los proveedores se verían obligados a colocar en el mercado productos a mayores precios para responder a dicha calidad ideal. Los consumidores están en la posibilidad de elegir entre productos de distintas calidades y precios, y no es función de la Comisión decidir cuál es la calidad estándar que deberían reunir los productos o servicios que se ofrecen en el mercado. En tal sentido la garantía implícita a la que se refiere esta Sala es la obligación de responder cuando el bien o servicio no es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren o contratan éstos en el mercado, debiendo considerarse para ello las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Así, un lapicero es adquirido para escribir razonablemente bien por un tiempo a su vez razonable, dadas las circunstancias en las cuales fue adquirido. Un electrodoméstico es adquirido para su uso en el hogar, esperándose que el mismo funcione adecuadamente por un tiempo razonable, nuevamente teniendo en consideración las circunstancias en que fue adquirido. En el caso de un zapato de cuero, es de esperar que el mismo sea idóneo para ser utilizado como calzado, teniendo una duración mínimamente razonable, dada las circunstancias que rodean su adquisición.”

Veamos algunos ejemplos de aplicación de este principio.

- En el caso *Solmenia Reátegui Herbachi vs. Construcciones e Inversiones Los Andes S.R. Ltda.*, se determinó que lo que esperaría un consumidor razonable de un proveedor es que una obra de remodelación de los acabados de su domicilio no presente desperfectos. No se desprendía que la empresa denunciada hubiese advertido a la señora Reátegui o a su esposo respecto de la calidad de las losetas que iba a emplear, o los problemas que podría presentar el tamaño de la cúpula que iba a instalar, de modo que un consumidor razonable esperaría que los materiales utilizados en este caso resultarían idóneos para los fines de la obra contratada⁽⁵⁾.
- En el caso *Víctor Roggero Terrones vs. Consorcio Comercial S. A.*, el señor Roggero manifestó que los portahornillas de la cocina que

(5) Resolución núm. 096-1998/TDC de fecha 8 de abril de 1998.

adquirió del Consorcio Comercial S. A., se habían deteriorado a los 2 meses de adquirida la cocina. En dicha oportunidad, los mismos fueron cambiados. Sin embargo, manifestó que los portahornillas continuaron deteriorándose, siendo el caso que dichos accesorios fueron cambiados hasta en 3 oportunidades, en el lapso de aproximadamente un año de uso. Al respecto, la Sala consideró que un consumidor razonable no esperaría que el portahornillas de una cocina que acaba de adquirir se deteriore a los dos meses de uso. Asimismo, en el presente caso, el proveedor no demostró que el rápido deterioro de los portahornillas de la cocina que adquirió el señor Roggero se debiera a causas que no le eran imputables, por lo que, en este sentido, la infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo núm. 716 es atribuible al proveedor⁽⁶⁾.

- En el caso Roberto Dañino Zapata vs. Lima Driver S. A., el Sr. Dañino había contratado un taxi de la empresa Lima Driver S. A. para ir al aeropuerto. En el camino se detuvo en la casa de su suegra por unos minutos, circunstancia en el que el taxi fue asaltado, robándose las maletas del consumidor. El denunciante sostuvo que debía entenderse que la compañía de taxis debía contratar un seguro contra robos. La Sala consideró que un servicio de tales características hubiera sido considerado novedoso por los consumidores, lo que indicaba que no se encontraba dentro de los términos y condiciones que esperaría un consumidor razonable, y por tanto tal obligación no estaba comprendida dentro de la garantía implícita. La denuncia fue declarada infundada⁽⁷⁾.

La garantía implícita es simplemente la reconstrucción de aquellos términos que dada la expectativa de un consumidor razonable, se entienden implícitamente incorporadas a la relación contractual de consumo.

La segunda coordenada es el concepto de garantía explícita. Así, la reconstrucción del modelo de idoneidad no se limita a utilizar las garantías implícitas, sino que añade las garantías explícitas, entendiendo por ellas las características y condiciones expresamente ofrecidas por el proveedor en el etiquetado del producto, comprobante de pago, publicidad, contrato y cualquier otro medio por que se pruebe qué específicamente se ofreció al proveedor, siempre que haya sido informado de manera clara al consumidor.

(6) Resolución núm. 160-1998/TDC de fecha 19 de junio de 1998.

(7) Resolución núm. 69-1998 /TDC de fecha 11 de marzo de 1998.

Así, las garantías explícitas, como su nombre lo indica, se refieren a lo expresamente ofrecido por el proveedor. Así, en la Resolución del caso *Tori vs. Kouros*, se señaló lo siguiente:

“Si las condiciones y términos expresos (contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor) no señalan algo distinto, se presume que el producto es idóneo para los fines y usos previsibles para los cuales normalmente éstos se adquieren en el mercado, considerando las condiciones en los cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados. Sin embargo, el proveedor podría limitar esta obligación si es que informa que vende el bien al consumidor en condiciones distintas a las que se derivan de la garantía implícita. Por ejemplo, si se informa al consumidor claramente que no se ofrece ninguna garantía por el bien, o si se limita temporalmente la obligación de garantía, o si se excluye cierto tipo de problemas de la obligación de garantía o se ofrecen garantías expresas por que excluyen expresamente las garantías implícitas o cualquier otra limitación similar, entonces responderá en los términos ofrecidos expresamente, siempre y cuando dichos términos y condiciones hayan sido conocidos o conocibles por el consumidor razonable usando su diligencia ordinaria.”

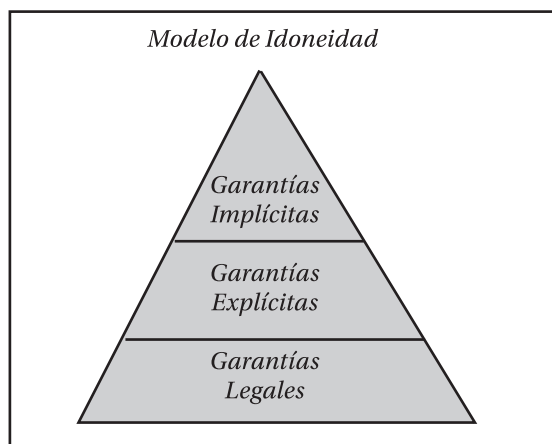
Así, en caso de surgir un conflicto entre una garantía implícita y una garantía explícita se considera que prima la garantía explícita, sea porque ésta ofreció más de lo que esperaría el consumidor, o sea que ésta ofreció menos, en cuyo caso se considerará que si el consumidor fue adecuadamente informado no podrá exigir más de aquello que le ofrecieron expresamente.

A ello se añade una tercera coordenada no incluida en el precedente, que es la garantía legal. Así si la Ley manda un estándar o característica que el bien debe tener necesariamente y contra el que no cabe pactar, no cabe que este sea deslizado por la garantía explícita. Así, el modelo de idoneidad incorpora todas las características y garantías que la Ley ordena. Por ejemplo, una norma técnica obligatoria que indica las características que debe reunir el cemento no puede ser dejada de lado por medio de un pacto. Lo mismo ocurre si una aerolínea pacta con un pasajero que no le ofrecerá seguro de accidentes cuando la Ley ordena que ello sea obligatorio. O el caso en el que un contrato establece el cobro de una comisión o una tasa de interés prohibida por norma expresa.

*(Ver gráfico
en p. 788)*

En esa línea podemos graficar las relaciones entre las garantías en el siguiente Diagrama:

DIAGRAMA N°1



La pirámide que antecede muestra que la base no puede ser desplazada por las garantías que están encima. Las garantías explícitas deben respetar las garantías legales y las explícitas deben respetar las implícitas.

Estos principios fueron complementadas con las precisiones que se hicieron al caso *Tori vs. Kourus*, a través del caso *Carbonel vs. Finantur*⁽⁸⁾. En ese caso, se presentó una consumidora alegando que no había sido informada, al comprar un pasaje Lima-Los Ángeles, que el vuelo iba sólo a tener una escala. La empresa de turismo que le vendió el pasaje señaló, por el contrario, que el número de tres escalas (Panamá, Costa Rica y México) que tuvo el vuelo había sido informado expresamente al consumidor. De las pruebas que obraban en el expediente no quedaba claro que ello hubiera sido informado al consumidor, pero tampoco que hubiera la garantía explícita de que el vuelo sólo tendría una escala.

El análisis efectuado por el Tribunal del INDECOPI condujo, sin embargo, a precisar algunos principios de carga de la prueba que ayudan a definir la importancia de las garantías explícitas. Se señaló que si el término o condición ofrecida era de tal naturaleza que superaba lo

(8) Resolución 102-97-TDC/INDECOPI de fecha 25 de abril de 1997.

que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de probar que tal término o condición fue ofrecida correspondía al consumidor. Por el contrario, si el término o condición se encontraba por debajo de lo que esperaría un consumidor razonable, entonces la carga de la prueba de que tal condición menos favorable había sido ofrecida al consumidor correspondía al proveedor.

Así, en la Resolución referida se estableció un precedente de observancia obligatoria en el siguiente sentido:

“1. Los proveedores tienen la obligación de poner a disposición de los consumidores toda la información relevante respecto a los términos y condiciones de los productos o servicios ofrecidos, de manera tal que aquélla pueda ser conocida o conocible por **un consumidor razonable usando su diligencia ordinaria**.

Para determinar qué prestaciones y características se incorporan a los términos y condiciones de una operación en caso de silencio de las partes o en caso de que no existan otros elementos de prueba que demuestren qué es lo que las partes acordaron realmente, se acudirá a las costumbres y usos comerciales, a las circunstancias que rodean la adquisición y a otros elementos que se consideren relevantes. En lo no previsto, se considerará que las partes acordaron que el bien o servicio resulta idóneo para los fines ordinarios por los cuales éstos suelen adquirirse o contratarse según el nivel de expectativa que tendría **un consumidor razonable**.

2. La prueba de la existencia de una condición distinta a lo normalmente previsible por **un consumidor razonable** dadas las circunstancias corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual. De esta manera, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a los normalmente previsibles dadas las circunstancias, la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél —es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles—. Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él —es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podrían esperar.”

Para determinar los alcances de este precedente la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal usó en la misma Resolución algunos ejemplos para graficar los principios en él recogidos:

“Por ejemplo, el consumidor que contrata un servicio de confecciones de un traje esperará como mínimo que como resultado del trabajo tenga una prenda de vestir que se ajuste a su talla, que la duración del trabajo sea la normalmente previsible, que las costuras tengan un nivel aceptable de resistencia, etc. Quien adquiere un televisor esperará que este funcione

adecuadamente, tenga una señal meridianamente claro, y tenga una vida útil aceptable. La determinación precisa de estas características dependerá de las circunstancias y de los usos y costumbres comerciales existentes en la plaza.

Sin embargo, en caso que el consumidor alegue que el bien o servicio debe tener características superiores a las normalmente previsibles dadas las circunstancias la carga de la prueba de dicha característica recaerá sobre aquél. Es decir, corresponderá al consumidor probar que se le ofreció una promoción adicional o que se le ofrecieron características adicionales o extraordinarias a las normalmente previsibles como consecuencia de su experiencia en el mercado. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el consumidor alegase que el pasaje adquirido es de primera clase y no de clase económica como el que recibió, él deberá demostrar que tal condición efectivamente le fue ofrecida y se incorporó al contrato.

Por el contrario, en caso que sea el proveedor el que alegase que el bien o servicio tiene características menores a las previsibles dadas las circunstancias, la carga de probar que tales fueron las condiciones del contrato recaerá en él. Es decir, corresponderá al proveedor probar que ofreció condiciones menos beneficiosas a las que normalmente se podían esperar. Por ejemplo, si ante el silencio de las partes o la falta de documentos que prueben algo distinto, el proveedor sostuviese que el pasaje aéreo vendido es uno condicionado a que haya espacio disponible, le corresponderá demostrar que ello fue efectivamente ofrecido y/o informado al consumidor y, por tanto, que tal condición se incorporó al contrato.

En pocas palabras, la prueba de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible por **un consumidor razonable** dadas las circunstancias, corresponderá al beneficiado por dicha condición en la relación contractual.”

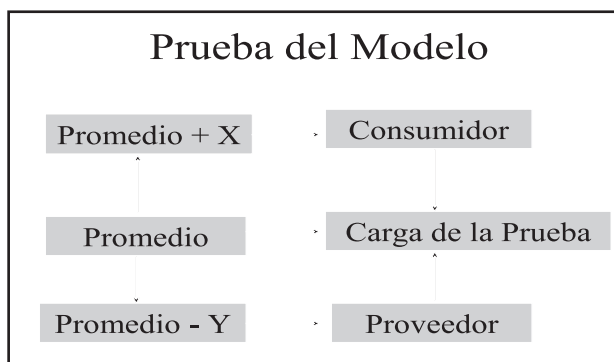
En el caso *Finantur* se consideró que dado que no había pruebas de si se había ofrecido un vuelo directo o se había informado el número de escalas, era necesario establecer qué esperaría *un consumidor razonable* respecto de un vuelo Lima-Los Ángeles. Se consideró que esperaría razonablemente que tuviera una o hasta dos escalas, pero que tres ya superaba el estándar de garantía implícita. Por tanto se sancionó a la empresa de turismo por no acreditar que informó al consumidor del problema.

Otro ejemplo gráfico sería un caso que se presentó en la realidad como una consulta. Una persona compra una rifa para dos pasajes Lima-Buenos Aires. Gana el sorteo y le entregan dos pasajes en ómnibus. Al reclamar que se trataba de pasajes aéreos el organizador le dice que en ninguna parte de la publicidad ni el boleto se indicaba eso. Pero ante el silencio ¿Qué esperaría un consumidor razonable? Sin duda un pasaje aéreo. Esa es la garantía implícita. Siendo esa la

garantía implícita la carga de la prueba de demostrar que se informó que era un pasaje por tierra será entonces del proveedor. Si no acredita que lo informó se considerará que el pasaje es por avión.

Las cargas de la prueba están graficados en el Diagrama N°2:

DIAGRAMA N°2



Según ese esquema si el consumidor afirma que se le ofreció algo más de lo que se derivaría del modelo de idoneidad (definido en el cuadro como "el promedio"), es decir que había una garantía explícita que extendía las calidades o condiciones del producto por encima de lo esperado, es el consumidor el que tiene que probar que se le ofreció más de lo esperado, es decir la existencia de una garantía explícita. Así, si dice que por el precio de clase turista le ofrecieron primera clase, el tendrá que presentar el documento o la prueba que muestre que ello se le ofreció.

Por el contrario, si el proveedor afirma que en realidad se ofreció menos que el modelo de idoneidad, deberá ser dicho proveedor el que demuestre que informó al consumidor de dicho hecho, es decir que existía una garantía explícita limitativa de la garantía implícita. Así, si dice que se vendió un producto con defecto o "yaya" bajo conocimiento del consumidor, tendrá que demostrar que el consumidor fue informado adecuadamente.

Al sustentar la Sala el principio recogido en Carbonel versus Finantur manifiesta su intención de reducir los costos de transacción, reconociendo lo complicado que sería en los mercados masivos obligar a que las partes documenten todos los términos y condiciones que regulan los contratos entre proveedores y consumidores. Así, en Carbonel vs. Finantur se señala:

“Las razones que inspiran este principio radican en la necesidad de garantizar la seguridad en las operaciones de consumo sin elevar los costos de transacción en el mercado correspondiente. Así, se considera que lo pactado es lo que normalmente hubiera aceptado un consumidor razonable dadas las circunstancias. Esto evita generar pruebas o documentación excesiva en este tipo de contratación estandarizada, dinámica y masiva. Por el contrario, si alguien alegara que en realidad las condiciones son distintas a las previsibles y que dicha diferencia lo beneficia, entonces tendrá la carga de demostrar lo que afirma.”

Podemos apreciar cómo estos principios reflejan la íntima relación que existe entre idoneidad e información, tal como hemos señalado líneas arriba. El análisis de idoneidad establecido en *Tori vs. Kourus* depende en gran parte de lo que se haya informado al consumidor. Por otro lado, las cargas de la prueba sobre qué se informó y qué no se informó al consumidor dependen en gran parte de cómo se determina la idoneidad en función a las garantías implícitas que, se entiende, ha ofrecido el proveedor. Son las dos caras de la misma moneda, por lo que separar los temas de información de los temas de idoneidad es, en la práctica, imposible.

Así, lo que se debe informar depende de lo que el consumidor razonable espera y lo que el consumidor razonable esperaría depende de qué es lo que le informó. De ahí la importancia del estándar. Sobre él reposa, literalmente, todo el esquema de protección al consumidor. Hacer un cambio significa alterar el íntegro del sistema.

El problema de la idoneidad no se agota en determinar si el bien es o no idóneo. Si un televisor no funciona no es idóneo para los fines para los cuales se adquirió. Sin embargo, podría ser que no funciona precisamente porque el consumidor le dio un uso inadecuado (por ejemplo lo conectó a electricidad de 220 voltios cuando estaba preparado para 110 voltios, hecho que le fue oportuna y adecuadamente informado). Así, no basta establecer que el bien no es idóneo, sino que además a quien es atribuible la falta de idoneidad. Las fallas ocasionadas por conductas que no se ajustan al estándar de consumidor razonable no son imputables al proveedor, y por tanto lo liberan de responsabilidad.

En el mismo caso *Tori vs. Kourus* se estableció como precedente de observancia obligatoria que, una vez demostrado que el bien no es idóneo, se presumirá que la falta de idoneidad es atribuible al proveedor, salvo que éste demuestre que tal falta de idoneidad no le es imputable⁽⁹⁾.

(9) Así, como ya se citó anteriormente, en este caso se estableció que: “La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor mismo. Dicha

Así, en términos de la Sala:

“El hecho de que exista una garantía implícita no implica que el proveedor sea siempre responsable. Podría ser que el deterioro haya sido causado por un factor diferente como puede ser el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor, circunstancias en las cuales obviamente no podría hacerse responsable al denunciado de lo ocurrido.”

Así, en dicho caso, nunca se pudo determinar si el agujero en el zapato había sido ocasionado por un uso inadecuado (se dijo que el consumidor podría haber usado los zapatos para patear piedras) o a una mala fabricación del zapato. Pero dado que el proveedor tenía que probar que el defecto no le era imputable (cosa que no hizo) se le atribuyó responsabilidad por lo ocurrido.

Algunas personas han criticado el precedente por haber invertido administrativamente la carga de la prueba que, según estos críticos, no se deriva de la Ley. Sin embargo, tal supuesta inversión es en realidad la aplicación del principio contenido en el artículo 1229 del Código Civil, según el cual la prueba del pago corresponde a quien afirma haber efectuado. Siendo que el pago de la obligación de entregar un bien o dar un servicio idóneo es precisamente la entrega de un bien o servicio idóneo, probar que eso se cumplió corresponde precisamente al proveedor.

Esto además se refuerza con la idea de que la prueba de una fractura causal (como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la imprudencia de la víctima) corresponde a quien la invoca.

Estos principios se derivan además de la idea que es el proveedor el que, por su conocimiento del mercado, está en mejor posibilidad, respecto del consumidor, de determinar cuáles son las causas posibles del problema y tomar las precauciones necesarias para evitarlo. Así, el principio se sustentó en la siguiente fundamentación efectuada por la Sala en la Resolución que comentamos:

“De las dos partes es el proveedor el que se encuentra en mejor posición para poder determinar que la falla no puede serle atribuida. Ello porque el control y manejo que tiene sobre el proceso productivo y/o el de comercialización y su propia experiencia de mercado le permiten, en el común de los casos, ser quien puede determinar a menor costo la idoneidad del producto. El

prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo”.

consumidor, en la mayoría de los casos no contará con elementos suficientes como para determinar si el defecto es o no atribuible al fabricante.

Dentro de estos alcances la carga de la prueba sobre la idoneidad del producto debe ser asumida por aquel que es responsable de tal idoneidad y se encuentra en mejor posición para producir prueba sobre la misma. Esta carga de la prueba no implica, necesariamente, llegar a demostrar qué fue lo que realmente ocasionó el defecto (lo que de lograrse lo exoneraría de responsabilidad) sino que el defecto no le es atribuible al proveedor, así no se llegue a probar con toda precisión cuál fue realmente la causa real.

Hay que tener en cuenta, que resultaría imposible efectuar un análisis que, partiendo del supuesto contrario exija al consumidor que demuestre la mala calidad o falta de idoneidad del producto, para lo cual tendría que contar con la misma información que tiene el proveedor respecto del bien, lo que supondría elevar excesivamente sus costos de prueba.”

Como se deriva de lo señalado, el estándar de consumidor es la piedra angular de todo el sistema y de allí la importancia de definirlo adecuadamente. El estándar se aplica así se comprueba que los consumidores ordinarios se comportan de manera distinta al razonable. El no poder reclamar por su poca razonabilidad es precisamente el incentivo que el sistema legal quiere crear para motivar un mejor funcionamiento del sistema de mercado y del intercambio económico en general, asignado un principio elemental de diligencia y responsabilidad entre las partes involucradas.

Sin embargo, como veremos a continuación, el considerar que los consumidores no son razonables en la realidad, tampoco tiene mucho fundamento. En los puntos siguientes veremos que tampoco existe evidencia que permita afirmar que el estándar de razonabilidad no se condice con la realidad. O, dicho de otra manera, el consumidor ordinario y el razonable no se encuentran tan lejos como se sugiere.

4. ¿SON LOS CONSUMIDORES IRRAZONABLES EN LA REALIDAD?

Más allá que el uso del estándar de consumidor razonable no requiere acreditar que los consumidores actúan razonablemente para justificar su aplicación, veremos que en el agregado los consumidores actúan razonablemente y que por tanto la distancia entre el estándar de consumidor razonable y el estándar de consumidor ordinario no es tan amplia como se pretende.

Vamos a analizar, sin embargo, tres aspectos que suelen discutirse sobre este tema: (i) el primero es si los consumidores son en la práctica optimistas. Ello porque se dice que en general los consumidores son fáciles de engañar porque son ingenuos. Sin embargo, ello sólo es

posible si los consumidores fueran optimistas. Sin embargo, veremos que la evidencia demuestra que los consumidores son pesimistas respecto a que van a recibir en el mercado, y por tanto es más probable que sean más cuidadosos y razonables, y que en todo caso, su irracionalidad puede estar más orientada a comprar y contratar poco o a ser exigentes con los términos contractuales, antes que comprar y contratar mucho; (ii) el segundo aspecto es la relación entre consumidor razonable y asimetría informativa, pues algunos señalan que dada la situación de asimetría existente, el uso del estándar desprotege al consumidor, no pudiéndosele exigir al consumidor que actúe razonablemente; y (iii) el tercero es la relación entre consumidor razonable y pobreza, pues se suele sostener que la existencia de grandes sectores de la población.

4.1. Pesimismo de los Consumidores

Analicemos la siguiente pregunta: ¿Incluso en los casos en que existiera un problema de información asimétrica e inadecuada y el consumidor desconociera realmente la calidad que está comprando, es probable que consumidor sea fácilmente engañado?

La generalización de términos como “consumidores incautos” o “engañados” o “estafados” deja traslucir que la mayoría de los consumidores son optimistas, esto es que normalmente esperan más de lo que reciben. Nótese que no se está hablando de que no existan incautos, engañados o estafados. Estamos hablando de que generalizar tal descripción para exigir un mayor nivel de protección que se refleje en un estándar de consumidor más bajo.

Contra lo que está implícito en quienes llaman a los consumidores incautos, las evidencias teóricas y empíricas existentes indican que los consumidores son pesimistas, antes que optimistas, y tienden a esperar de los productos o servicios menos de lo que los productos son en realidad.

Debe quedar claro la importancia de esta afirmación y sus efectos prácticos. Si los consumidores esperan de los bienes más de lo que estos son (es decir si son optimistas) entonces es bastante más fácil engañar a la generalidad de ellos. Y el problema está en el silencio del proveedor. Si el proveedor no dice nada sobre la calidad, ¿Qué imagen se hará el consumidor del producto? ¿Será buena, mala o regular? ¿Cómo se comporta el consumidor razonable? ¿Cómo un consumidor optimista? Si es optimista tenderá a pensar que el producto es bueno. En consecuencia las personas que ofrecen productos de mala calidad tienen una ventaja estratégica. Sin hacer nada, sin mentir, pero sin de-

cir tampoco la verdad, se encuentran con que el consumidor común tiene una imagen positiva del producto. Podrán entonces vender un producto malo al precio de un producto bueno.

Pero si los consumidores son pesimistas la situación será otra. Ante el silencio total del proveedor creerán que el producto es malo. Ello pone al proveedor en una situación difícil. Si su producto es bueno tendrá que hacer un tremendo esfuerzo para atraer a los consumidores: publicidad, demostraciones, etc.⁽¹⁰⁾.

Pero si el producto es malo sólo queda una alternativa: mentir. Y ello genera el problema de vulnerar la ley. Pero incluso si mintiera y no fuera atrapado, será difícil que en el uso el consumidor descubra como

(10) Esto ya ha sido claramente sugerido por SCHWARTZ (1986) en "Justice and the Law of Contracts: a Case for the Traditional Approach". En: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 9, N° 1, p. 113. Incluso, en otro trabajo SCHWARTZ (1988) "Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis". En: *The Yale Law Journal*, vol. 97, N° 3, febrero, p. 374), sugiere algunas. Incluso, en otro trabajo SCHWARTZ (1988) "Proposals for Liability Reform: A Theoretical Synthesis". fórmulas para determinar los supuestos bajo los cuales los consumidores son optimistas o pesimistas. Según SCHWARTZ si:

p^* = la probabilidad real de que ocurra un defecto.

C^* = costo real del defecto.

Entonces:

$R^* = p^* \times C^*$

Donde R^* es el verdadero valor esperado del daño.

Por valor esperado, SCHWARTZ se refiere al descuento que se hace cuando se sabe que no de todas maneras ocurrirá un daño, sino de que existe alguna probabilidad de que se de. El costo en daños que asume un conductor cuando sube a su auto como parte del costo de la actividad de conducir no es igual a la magnitud total del daño si tuviera un accidente, sino a la posibilidad que él espera de sufrir un accidente cada vez que se sube a su vehículo.

Si a su vez asumimos que R , P y C son los estimados subjetivos de estos parámetros (es decir no lo que es en realidad, sino lo que el consumidor cree que es), entonces el consumidor será optimista si:

$R < R^*$

Así el optimismo se producirá en una de las siguientes situaciones:

(1) $p < p^*$ y $C < C^*$; o,

(2) $C > C^*$ pero $p < p^*$ por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de los costos del defecto; o.

(3) $p > p^*$ pero $C < C^*$ por suficiente como para dominar cualquier sobrestimación de las posibilidades de que se de una pérdida.

La fórmula propuesta por SCHWARTZ muestra claramente que el optimismo o pesimismo de los consumidores depende de como evalúan estos la posibilidad de que se de un defecto o la magnitud del mismo si este se presentara. Un pesimista puede por tanto ser consecuencia o de que el consumidor cree que la posibilidad de que el producto falle es mayor a la posibilidad de que el producto no falle, o si fallara los daños serán mayores de si falla en realidad, o ambas cosas a la vez.

bueno un bien que es malo por naturaleza. El proveedor podrá mentir, pero no el producto. Este siempre dice la verdad sobre su calidad una vez que es usado, y por tanto tarde o temprano la verdad saldrá a la luz.

Los consumidores son en realidad, vistos desde la perspectiva de mercado, pesimistas. Desconfían de los productos y de las cualidades que se le ofrecen, porque saben que quien les vende no lo hace de favor, sino para hacer un negocio⁽¹¹⁾. Un consumidor pesimista, que sigue consumiendo un producto de mala calidad, sólo nos demuestra una cosa: que es consciente del tipo de bien que tiene entre manos.

Para demostrar cuál es nuestro punto voy a proponer al lector un ejercicio mental que demuestra como solemos comportarnos ante situaciones de incertidumbre, es decir, cuando carecemos de información adecuada sobre cuál es el paquete de atributos que nos está ofreciendo el proveedor en un bien o servicio⁽¹²⁾:

Imagínese que va al mercado y en un puesto le hacen una oferta. Le muestran una caja cerrada. Le dicen que no puede abrirla, levantarla ni tocarla. Le dicen además que puede comprar la caja a S/.10, lo que incluye todas las manzanas que haya dentro. No le ofrece ninguna garantía de que el número superará ninguna cifra. Del tamaño

(11) Estas razones fueron recogidas de alguna manera en la Resolución N° 053-96-TRI/SDC de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI que resolvió la acción de oficio seguida contra Liofilizadora del Pacífico S.R. Ltda y otros por la publicidad del producto "Manaxx Gold", publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 3 de octubre de 1996. En dicha Resolución se estableció un precedente de observancia obligatoria según el cual, al apreciar el análisis superficial que según el artículo 2 del Decreto Legislativo 691, Ley de Supervisión de la Publicidad en Defensa del Consumidor, hace el consumidor, debe considerarse que "...los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor le atribuirá, al sentido común y usual de las palabras, frases u oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como un testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio [...]."

Este precedente implícitamente afirma que los consumidores son escépticos (es decir dudan o son pesimistas) respecto de lo que los anunciantes dicen en sus anuncios.

(12) El ejercicio que se desarrolla a continuación es una simple adaptación del razonamiento que propone GROSSMAN (1981) (GROSSMAN, SANFORD "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality". En: *Journal of Law & Economics*, vol. XXIV, diciembre, p. 466.

de la caja usted puede deducir que hay entre cero y cien manzanas. Evidentemente el ofertante sí sabe cuántas manzanas hay. Piense por un momento cuántas manzanas cree que habría en la caja antes de seguir leyendo.

Le puedo asegurar que pensó que había menos de cincuenta (es decir que fue pesimista). Es más, me atrevería a afirmar que pensó que había bastante menos de esa cifra, y que la mayoría pensó que la caja probablemente estaba vacía o tenía apenas unas cuantas manzanas. ¿Cuántos lectores creen que hubieran aceptado la oferta? Me animaría a pensar que la inmensa mayoría la hubiera rechazado. Evidentemente si hubiera habido cien manzanas habría sido un negocio redondo. Pero les podemos asegurar que nadie esperaba encontrarse con dicha calidad.

Repitamos el ejercicio con una ligera variante. El ofertante le dice al formular su oferta que: “Por lo menos hay tres manzanas”. ¿Cuántas creería que hay?

Probablemente ha pensado en una cifra cercana a tres, sino tres. Probablemente creerán que hay la cantidad mínima ofrecida, pero asumirán que no hay mucho más que eso.

El deseo de pagar del consumidor dependerá de cuántas manzanas cree que hay en la caja. El consumidor sabe que no es un buen negocio para el ofertante ofrecer más manzanas que la cantidad mínima que garantiza, porque sabe que eso no aumentará el deseo de pagar por parte del consumidor pero sí sus costos, y más bien le hará obtener menos que lo adecuado, sabiendo, como saben los comerciantes, que en la mayoría de casos los consumidores son pesimistas y con algún grado de aversión al riesgo.

Existen evidentes incentivos para revelar cualquier atributo o calidad o condición adicional que pueda estarse ofreciendo, de la misma manera como existen incentivos para que el consumidor crea que el bien no supera lo ofrecido.

Evidentemente, pueden darse casos en que el consumidor dice que existen por lo menos tres manzanas y en la caja no hay ninguna. Pero eso es un problema que se resuelve de manera distinta a prohibir la venta de manzanas.

Como bien anota Grossman (1981), existe una suerte de selección adversa en contra del vendedor que no revela claramente los atributos que tiene su bien. Los consumidores esperan, racionalmente, que la calidad del bien sea la peor posible en relación a la información que

le pueda proporcionar el vendedor. El vendedor, conociendo esta conducta de los consumidores, es decir la de pagar el menor monto posible relacionado con la calidad revelada, encuentra óptimo revelar la máxima calidad posible consistente con la verdad⁽¹³⁾.

¿Cuáles son las causas de este “pesimismo natural”? En realidad las causas pueden ser muy diversas. Schwartz y Wilde (1979) sugieren algunas ideas sobre el particular:

“[...] los errores del consumidor probablemente tenderán hacia el pesimismo por que la evidencia negativa suele ser más viva para el consumidor que la evidencia positiva. Esto explica por qué la gente tiende a hacer inferencias insuficientemente sólidas de eventos que no llegan a ocurrir. Si un producto funciona bien la mayoría del tiempo, pero falla notoriamente en alguna ocasión, la gente tenderá a pensar que es menos confiable de lo que es en realidad por que le dan muy poco peso al hecho de que no falle, y mucho peso a que falle.

[...]

Como consecuencia de lo vívido que es mucha de la información sobre fallas en los productos y la relativa poca importancia de la información sobre su confiabilidad, los consumidores, en el agregado, suelen sobrestimar la posibilidad de un defecto”⁽¹⁴⁾.

(13) GROSSMAN, Sanford (1981) “The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality”. En: *Journal of Law & Economics*, vol. XXIV, diciembre, p. 463.

(14) SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE (1979). “Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: a Legal and Economic Analysis”. En: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, p. 1438. En el mismo sentido se pronunciaría después Alan SCHWARTZ en “Proposals for Product Liability Reform...”, p. 381. En ese mismo lugar cita (pie de página N° 56) a distintos autores e investigaciones que soportan su punto de vista. Así, WEINBERGER (1986), “Products as Targets of Negative Information: Some Recent Findings”. En: *European Journal of Marketing*, vol. 20, p. 110 (los consumidores dan un peso desproporcionado a la información negativa sobre los productos), Lynch y Scrull (1982), “Attentional Factors in Consumer Choice: Concepts and Research Methods”. En: *Journal of Consumer Research*, vol. 9, p. 18, MIZERSKI (1982) “An Attribution Explanation of the Disproportionate Influence of Unfavorable Information”. En: *Journal of Consumer Research*, vol. 9, p. 301, EINHORN y HOGARTH (1986) “Decision Making Under Ambiguity”. En: *Journal of Business*, vol. 59, p. 225, ps. 236 y (1985) “Ambiguity and Uncertainty in Probabilistic Inference”. En: *Psychological Review*, vol. 92, p. 433 BARON (1987), “Second Order Probabilities And Belief Function”. En: *Theory and Decision*, vol. 23, p. 25 (observando que cuando las personas se encuentran en situación de incertidumbre sobre las probabilidades, suelen comportarse como si hubieran asignado altas posibilidades de un mal resultado, evitando tomar las acciones que pudieran llevarlos a un mal resultado incluso si fueran las mismas acciones que los llevarían a un buen resultado) y OLIVER y WINER (1987) “A Framework for the Formation

El pesimismo natural es incluso sustentable con algunas experiencias por las que todos hemos pasado. Cuando hay un accidente de aviación las personas tienen inmediatamente la sensación de que los aviones se caen con más frecuencia de lo que ocurre en realidad. No consideramos que los aviones vuelan millones de veces sin caerse, sino que en unas cuantas ocasiones se cayeron. La muerte de un familiar cercano por cáncer lleva a muchos a pensar seriamente en dejar de fumar, a pesar que conocemos más gente que fuma que no está enferma. Una noticia en la televisión sobre un daño causado por un producto lleva a que mucha gente deje de inmediato de consumirlo a pesar que hay miles de ocasiones en que el producto fue adquirido y no ocurrió nada.

Otra explicación adicional, mencionada por Schwartz y Wilde (1979) es lo que los psicólogos llaman “falta de representatividad heurística”. Una cantidad importante de evidencia empírica sugiere que las personas, cuando tratan de identificar la causa de un evento, son influenciadas marcadamente por la posibilidad superficial de algunas posibles causas del fenómeno mismo. Un ejemplo de ello es lo que se conoce como la “falacia del jugador”, que demuestra como un error que se manifiesta representa su causa oculta. Cuando uno lanza una moneda al aire, el que caiga cara o sello no guarda relación con la anterior vez que se lanzó al aire. Si se lanza muchas veces la moneda y se ha producido una seguidilla de caras, el jugador esperará que la próxima vez caiga sello, a pesar que el nuevo lanzamiento no guarda relación estadística con los anteriores. Este fenómeno se produce porque la gente suele percibir que el proceso que arroja los resultados funciona en secuencia *random* o aleatoria, y largas secuencias de cara y sello son percibidas como más significativas que secuencias de caras continuas⁽¹⁵⁾.

La “falacia del jugador” sugiere que las personas tenderemos a tener representaciones pesimistas de la confiabilidad de los productos que adquirimos en el mercado. Como los consumidores saben que los productos son fabricados por seres humanos, los errores humanos

and Structure of Consumer Expectations: Review and Propositions” (la gente hace predicciones pesimistas cuando le falta información). En: *Journal of Economic Psychology*, vol. 8, ps. 469, 490/491.

(15) Este fenómeno es descrito por KAHNEMAN y TVERSKY (1982) en “Subjective Probability: A Judgement of Representativeness, in Judgement Under Uncertainty” y por ZUKIER (1982) en “The Disolution Effect: The Role of the Correlation and the Dispersion of Predictor Variables in the Use of Nondiagnostic Information”, citados por SCHWARTZ y WILDE (1983) “Imperfect Information in Markets for Contract Terms: the Examples of Warranties and Security Interest”. En: *Virginia Law Review*, vol. 69, p. 1439, nota a pie de p. 83.

suelen existir. Si el consumidor ve que el bien que adquirió funciona bien, y sabe que el proceso de fabricación existen posibilidades de que se den errores (o incluso engaños), pensará que su próxima compra será menos confiable porque “ahora sí le toca”. El error del consumidor se deriva de una mala relación entre el pasado y el presente; una secuencia de caras implica sello la próxima, como una relación de buenos resultados del producto implica probablemente un mal resultado futuro. Este error ha sido verificado con análisis empírico. Una investigación, basada en encuestas, realizada por la Universidad de Michigan señaló que las personas percibían que sus necesidades de reparación en la compra de nuevos artefactos para el hogar eran bastante mayores que sus necesidades de reparación respecto de los artefactos que ya venían poseyendo⁽¹⁶⁾.

Lo que se deriva aquí es que el consumidor tiende a ser irrazonablemente defensivo, es decir que la “irrazonabilidad” lo lleva a protegerse demasiado antes que a protegerse poco. Es más probable que un consumidor se equivoque al considerar que un producto es menos confiable de lo que es en realidad. Así, si el concepto de consumidor razonable no se encuentra en la realidad, es más probable que sea porque los consumidores son demasiado precavidos y no porque son demasiado ingenuos. El resultado de ello son menos engaños, no más.

Debe anotarse, sin embargo, que si el producto “porfía” en comportarse bien por mucho tiempo, su prestigio puede hacer cambiar de idea al consumidor. De hecho así se han construido las marcas más famosas de bienes y servicios. Si un consumidor ve que luego de veinte tiradas cae cara, probablemente “romperá la falacia del jugador” porque creará que hay un factor extraño que hace que la moneda siempre caída del mismo lado (por ejemplo que está “arreglada”) y apueste ahora sí a cara. Pero en períodos cortos, o en productos no tan confiables, es poco probable que “el prestigio del producto” pueda romper el pesimismo.

Bajo estos aspectos, la evidencia empírica y psicológica existente sugiere, como dice Schwartz (1988) que:

“[...] las personas tienden a cometer errores sobre los riesgos de los productos, pero dichos errores, analizados de manera agregada, tienden a ser indife-

(16) SCHWARTZ y WILDE (1983), ps. 1439/1440. El estudio de la Universidad de Michigan mencionado, citado por los autores de la referencia, fue realizado por COURVELLE y HAUSMAN (1979), “Warranty Scope and Reliability Under Imperfect Information and Alternative Market Structures”, en la, p. 1439, nota a pie de p. 84.

rentes o guían al consumidor hacia el pesimismo. Obviamente la indiferencia no puede perjudicar a los consumidores, y el pesimismo en realidad los ayuda por que los hará demandar mayor protección contractual, en lugar de menos protección. En consecuencia, si por “información imperfecta” uno entiende que las personas cometen errores sobre los riesgos existentes, entonces la evidencia reciente indica que esos errores o no afectan a los consumidores o incluso les dan una ventaja. En consecuencia, si bien la información imperfecta es una posible imperfección del mercado y debería en ocasiones ser remediada, parece que las cosas son bastante mejores de lo que mucha gente asume”⁽¹⁷⁾.

En función a los elementos analizados, podemos concluir que, en el agregado, los consumidores son pesimistas, y que por tanto es menos probable aún que el mercado, ante la falta de información, nos lleve a un resultado que los aleje de aquel que buscan. Los consumidores tenderán a contratar menos de lo esperado si tienen dudas sobre la información disponible y por el contrario buscarán protegerse buscando términos contractuales que identifiquen relevantes para los riesgos involucrados en la operación. Adicionalmente a ello, los consumidores tenderán a buscar marcas conocidas que ofrecen ciertas garantías en el mercado. En síntesis, es de esperar que los consumidores tengan aversión al riesgo y que por tanto sean más cuidadosos y prudentes de lo que solemos creer.

4.2. Consumidor Razonable y Asimetría Informativa

Uno de los argumentos que se emplea para sostener que no puede usarse el estándar de consumidor razonable es que en las relaciones de consumo nos encontramos frente a supuestos de asimetría informativa, de la que se deriva una debilidad de los consumidores.

En primer lugar, debemos descartar la idea, profundamente equivocada, que la asimetría informativa es, en sí mismo, un fenómeno no deseado. La asimetría informativa es parte del fenómeno económico de división del trabajo, esto es que algunos en la sociedad nos dedicamos a ciertas actividades (usualmente las que conocemos mejor) y otros a otras. El cliente de un abogado no aspira a tener información simétrica con él. Si fuera así iría a la universidad a estudiar Derecho. Justamente lo contrata para no tener que estudiar Derecho. El cliente posiblemente sepa más que el abogado respecto de sus propios negocios. Es justamente la diferencia de información lo que hace eficiente el intercambio y permite que cada quien en la sociedad se especialice y aumente la productividad de una manera asombrosa, algo que no ocurriría si uno mismo tuviera que producir todos los bienes y servicios

(17) SCHWARTZ (1988) p. 113.

que necesita, lo que significaría saber de todo. La división del trabajo, y la asimetría informativa que genere, nos libera de esa pesada carga. En ese sentido es deseable que los proveedores sepan más que los consumidores respecto a los bienes y servicios que ofrecen. Lo que debe evitarse es que en la contratación esa asimetría genere transacciones ineficientes, porque son tomadas sin una adecuada evaluación de costos y beneficios. Por ello, el objetivo no es la simetría informativa, sino la información adecuada, entendiendo por adecuada aquella cuya producción para el consumidor cuesta menos que los beneficios que genera. Pero establecer una política pública orientada a desaparecer la asimetría informativa sería un profundo error, y sólo inundaría a los consumidores de información que no desean tener.

Otro elemento que hay que tener claro es la diferencia entre poder económico y asimetría informativa. Es común escuchar decir que la protección al consumidor existe para corregir los problemas generados por el poder económico, y se repite sin mucha reflexión que la asimetría informativa es consecuencia del monopolio o del poder de mercado de los proveedores.

Pero el verdadero problema no sería el poder económico sino la existencia de información asimétrica, o más precisamente, en la inexistencia de información adecuada para el consumidor, que no necesariamente se origina en dicho poder. Los consumidores no leen, o de leer no entienden, las cláusulas y condiciones a las cuales se adhieren. El mercado perfecto puede reemplazar el rol de la negociación en un mundo de intercambio masivo siempre que exista adecuada información. Si bien el consumidor no puede negociar los términos de un contrato, sí puede ir a otro productor que ofrece mejores términos. Las opciones de los consumidores para dejar de comprar un producto son el mejor incentivo para que una empresa incluya condiciones razonables en sus contratos. Como dice Trebilcock (1974)⁽¹⁸⁾, el problema no es que las cosas se planteen en los términos de “tómelo o déjelo” sino si en el caso que el consumidor decide dejar lo que se le ofrece, conozca y tenga otras opciones disponibles.

Es importante que la perspectiva de análisis no puede partir de uno o dos casos individualmente considerados, sino del funcionamiento del mercado en su conjunto. Como bien dicen Schwartz y Wilde (1979):

(18) TREBILCOCK, M. J. (1974) “The doctrine of inequality of bargaining power: Post-Benthamite economics in the House of Lords”. En: *University of Toronto Law Journal*, N° 26, p. 80.

“[...] las objeciones normativas a ejecutar contratos celebrados por consumidores informados de manera imperfecta son generalmente injustificadas cuando tales contratos se refieren a bienes intercambiados en mercados competitivos. Una decisión para intervenir regulando los contratos o requiriendo se suministre más información no puede, en consecuencia, sustentarse en la demostración de que un número apreciable de consumidores se encuentran desinformados; por el contrario, la pregunta normativa debería ser cuándo la existencia de información imperfecta produce precios y términos no competitivos”⁽¹⁹⁾.

Estos mismos autores sugieren que los errores que normalmente se cometen en el análisis convencional que se hace de los problemas de información asimétrica en el mercado son dos:

“[...] el análisis suele fallar en establecer directivas a quienes deben tomar las decisiones legales sobre cuáles son las ocasiones y métodos apropiados de intervención legal, y se focaliza de manera incorrecta en individuos antes que en los mercados en los que estos compran”⁽²⁰⁾.

Si se analiza lo dicho por los autores citados verá que es precisamente el problema que se presenta cuando se pretende usar el concepto de consumidor ordinario, centrándose más en experiencias concretas individuales que en el análisis en conjunto de los mercados y su funcionamiento.

Por ejemplo, cuando integraba la Comisión que elaboró el proyecto original de Código de Consumo que pretende cambiar el concepto de consumidor razonable por el concepto de consumidor ordinario (y a la cual renuncie antes que culminara sus labores), las discusiones no se centraban en cómo funcionaba realmente el sistema, sino que eran un largo anecdotario de casos individuales que buscaban colarse para tener un artículo que los regule en la ley. Hubo muy poca discusión conceptual sobre cómo regular y sobre por qué era importante el estándar de consumidor razonable. No es de extrañar por tanto que el resultado fuera el que fue.

Y es que allí está el error principal: perfilar un análisis partiendo del consumidor individual, y no del funcionamiento o no de los mercados de manera competitiva.

De manera similar se pronuncian Beales, Craswell y Salop (1981) al indicar que:

(19) SCHWARTZ, Alan y Louis L. WILDE (1979) p. 631.

(20) *Ibidem*, p. 635.

“La información ha sido tradicionalmente vista como algo que los consumidores tienen o no tienen, y si no la tienen la única solución es [...] dársela. De manera similar, la decepción que pueden sufrir los consumidores ha sido vista como algo indeseable por definición, siendo la respuesta adecuada a tal decepción (obviamente) eliminarla.

Aunque estas afirmaciones podrían ser ciertas tal como han sido formuladas, pierden de vista muchas de las complejidades envueltas en las formas en que la información es comunicada a los consumidores y las formas en las que los consumidores (y los mercados) responden”⁽²¹⁾.

Como bien dicen Schwartz y Wilde (1979):

“Es generalmente aceptado [...] que la información nunca es perfecta; el reto para quienes toman decisiones legales es, entonces, caracterizar, en términos de la necesidad de intervenir, estados que se presentan en la realidad del mundo concreto y que son intermedios entre la información perfecta y la ignorancia perfecta. Esas decisiones son ahora adoptadas en lo que puede ser descrito, diplomáticamente hablando, desde una perspectiva “impresionista”, porque los abogados no tienen herramientas rigurosas para evaluar y responder a problemas de información”⁽²²⁾.

Definitivamente tratar de definir si conviene o no intervenir sobre la base de la cita de textos genéricos de normas (lo que implica avasallar el espíritu de las mismas) y razonamientos legales simplistas, sin tener una idea clara de los costos y beneficios de la intervención, es un acto irresponsable, muy común en el espíritu “omnicomprensivo” de los abogados que creemos que todo puede ser resuelto a partir del Derecho y sin necesidad de acudir a otras ramas del conocimiento. En esa línea, suena muy inspirador tratar de proteger al “consumidor de carne y hueso” pero lo cierto es que tales perspectivas están normalmente condenadas al fracaso.

Los abogados tenemos la costumbre de acercarnos a un mundo complejo a través del caso concreto y a reaccionar en función a visiones parciales. Por ello en el presente artículo compartimos lo que señalan Schwartz y Wilde (1979) cuando dicen que el error del análisis convencional es focalizarse en individuos antes que en mercado. De ese error nace el concepto de consumidor ordinario. Para percibir la naturaleza del error basta observar que los consumidores tienen distintos patrones de comportamiento cuando van de compras al mercado:

(21) BEALES, CRASWELL y SALOP (1981), “The Efficient Regulation of Consumer Information”, vol. 24. En: *Journal of Law and Economics*, p. 491.

(22) SCHWARTZ y WILDE (1979) p. 630.

“Algunos consumidores consultan una serie de fuentes de información, como periódicos, amigos o reportes de consumidores, visitan numerosas tiendas antes de comprar y planean sus compras durante largos períodos de tiempo; otros consultan pocas o ninguna fuente de información, y no realizan ningún planeamiento previo serio. Pero un tercer grupo, aparentemente más grande que los otros dos, se involucra en una búsqueda moderada”⁽²³⁾.

La pregunta a plantearse es si la actitud de los consumidores es suficientemente razonable como para que se encuentren en situación de protegerse de los riesgos y problemas que se derivan del consumo de productos malos o servicios de baja calidad. De acuerdo con nuestra hipótesis de trabajo, en el común de los casos los consumidores saben, cuando adquieren un producto de baja calidad, los riesgos y problemas que pudieran estar enfrentando. El dolo o el engaño son pues la excepción que confirma la regla. Nadie discute que hay consumidores engañados, como tampoco se discute que hay consumidores que se equivocan, pero la inmensa mayoría de consumidores saben lo que hacen cuando lo hacen. De no ser así los mercados serían inviables, y sabemos por experiencia que ello no es así.

La evidencia empírica existente y el análisis de los funcionamientos de los mercados indican que la mayoría de los individuos actuamos razonablemente, esto es ponemos los recursos a nuestro alcance de aquella manera que consideramos maximiza nuestra utilidad. La concurrencia masiva de los consumidores a estos mercados, luego de haber comprado previamente en ellos y probado las calidades y características de los bienes que en ellos se venden, sólo indica que encuentran que, en la inmensa mayoría de los casos, los bienes adquiridos fueron satisfactorios para sus expectativas a la luz de lo que había pagado por ellos.

Para que un mercado funcione bien no se requiere que todos los consumidores estén bien informados y actúen racionalmente. Ni siquiera se requiere que la mayoría se encuentre en dicha situación. Una minoría significativa está en posibilidad de regular el mercado y forzar a las empresas a brindar al consumidor lo que éste busca a un precio reducido.

Clasifiquemos a los consumidores en dos categorías: los “buscadores” y los “pasivos”. Los buscadores van a varios puestos de venta, comparan precios, condiciones y calidades, y buscan información complementaria antes de comprar un bien. Ellos están en capacidad de motivar a los proveedores para que estos le ofrezcan lo que se está buscando a un precio determinado.

(23) *Ibidem*, p. 637.

Por el contrario los “pasivos” simplemente entran al primer local que encuentran, preguntan por lo que buscan y pagan por ello. No comparan ni se informan.

La teoría (y la práctica) indican que los primeros, así sean minoría, están en capacidad de llevar el mercado a su equilibrio, esto es a un punto en que las expectativas agregadas de los consumidores coinciden con las expectativas agregadas de los ofertantes⁽²⁴⁾.

Los “buscadores” y los “pasivos” no se ven diferentes en el mercado. No llevan su forma de ser impresa en la cara ni en un fotocheck. Son personas como cualquier otra⁽²⁵⁾. Por tanto cuando se formula una oferta, o se ofrece una determinada calidad, le es difícil al proveedor saber si se enfrenta a alguien informado o simplemente frente a un descuidado. A fin de capturar la mayor cantidad de clientes, tenderá a ofrecer los mejores términos y condiciones posibles al precio que se desea pagar. No es posible discriminar entre los buscadores y los pasivos a simple vista, con lo que la posibilidad de explotar a los segundos se mediatiza por la simple existencia de los primeros.

En el mismo sentido se pronuncian Schwartz y Wilde⁽²⁶⁾ cuando señalan que:

“La presencia de por lo menos alguna búsqueda por parte de los consumidores en el mercado crea la posibilidad de una “externalidad pecuniaria”:

(24) Los mismos SCHWARTZ y WILDE (1979) nos proponen un modelo matemático para medir la capacidad del mercado de generar un ambiente competitivo (pgs. 650-651): “Si A_1 = número de consumidores que visitan sólo una tienda; A_n = número de consumidores que visitan más de una tienda; n = número de tiendas que cada consumidor que compara ha visitado; F = los costos fijos de cada empresa (incluyendo el retorno de su inversión); s = la “restricción de capacidad”, o nivel de producción que minimiza el costo promedio; PL = el precio común límite; μ = el costo marginal de cada empresa.

Existirá un equilibrio competitivo si, y sólo si $A_n \div (A_1 + A_n) > (1 - (F \div (s (PL - \mu))))$; un equilibrio con a un precio competitivo puede existir si, y sólo si $nA_n \div (A_1 + nA_n) > 1 - (F \div (s (PL - \mu))) > A_n \div (A_1 + A_n)$; y una distribución continua del precio puede existir sólo si $nA_n \div (A_1 + nA_n) > 1 - (F \div (s (PL - \mu)))$.

(25) Es curioso apreciar como en ciertos casos las personas sí pueden ser identificadas como pasivos o desinformados. Ese es el caso de los turistas, en especial los que no hablan español. Cuando acuden a mercados son identificados como tales y se les ofrecen precios y condiciones diferentes. Ello se debe a que, normalmente los turistas no disponen de mucho tiempo para comprar y, sobre todo, no son compradores recurrentes, con lo que dejar una buena impresión (precios bajos por ejemplo) no genera relaciones de clientela sólidas para el futuro. Por ello, la estrategia de venta del artesano cambia respecto a la estrategia que seguiría con un consumidor doméstico.

(26) SCHWARTZ y WILDE (1979), p. 638.

personas que en ocasiones buscan proteger a los que no buscan de empresas agresivas. Este resultado se puede obtener por que en transacciones masivas suele ser demasiado caro para las empresas distinguir entre consumidores agresivos, moderados y despreocupados. [...] En consecuencia, si existen suficientes buscadores las empresas tendrán incentivos tanto para competir por sus negocios y para ofrecer los mismos términos a los no-buscadores. Cuando las preferencias de los buscadores están positivamente correlacionadas con las preferencias de los no buscadores, la competencia entre las empresas por los buscadores tenderá a proteger a todos los consumidores. En este sentido el análisis convencional hace la pregunta equivocada. En lugar de preguntarse cuando un individuo idealizado está suficientemente informado como para maximizar su propia utilidad, la pregunta normativa apropiada es cuando la competencia entre las empresas por grupos particulares de buscadores es, en un mercado dado, suficiente para generar precios y términos óptimos para los consumidores.”

George Priest (1981)⁽²⁷⁾ sostiene algo muy parecido:

“[...] (los) fabricantes compiten no sobre la totalidad de los consumidores, sino por un grupo de consumidores marginales. Si un grupo pequeño lee las garantías y escoge los productos en función al contenido de las garantías, los fabricantes se verán forzados a redactar garantías que respondan a las preferencias del grupo, incluso si la mayoría de consumidores generalmente se despreocupan de las garantías.”

Según estudios empíricos de Bucklin, Newman y Staelin, citados por Schwartz y Wilde (1979), se puede concluir que aproximadamente un porcentaje de 35% de los consumidores visitan dos o más puestos de venta antes de comprar en los Estados Unidos⁽²⁸⁾. Debe destacarse que si bien se trata de estudios referidos a un mercado distinto como el norteamericano?, es de esperar que consumidores de menores ingresos, como los peruanos, inviertan más tiempo y energías en buscar. Pequeñas diferencias de precio, calidad o términos comerciales pueden liberar un porcentaje importante de su presupuesto reducido para cubrir necesidades básicas (el costo de oportunidad del tiempo en promedio para los consumidores en nuestros países también es menor). Por tanto, el rendimiento en bienestar de un resultado positivo para el consumidor en la búsqueda es mayor en términos comparativos. Ello nos conduce a esperar que en el caso de los consumidores de bajos ingresos peruanos la búsqueda sea aún más generalizada que en caso estadounidense.

(27) PRIEST, George (1981), “A Theory of the Consumer Product Warranty”. En: *The Yale Law Journal*, vol. 90, N° 6, mayo, p. 1347.

(28) SCHWARTZ Y WILDE (1979) p. 653.

Sería absurdo pensar que quienes venden productos de baja calidad tengan en sus locales productos con atributos adicionales para los buscadores y con atributos menores para los pasivos y vendan ambas categorías al mismo precio. Los mercados no funcionan así. Menos aún cuando el vendedor puede regresar luego de probar o experimentar con el producto. Quien quiera sistemáticamente engañar a los consumidores, perderá negocios futuros, pues se puede engañar a algunos todo el tiempo o a todos por un tiempo, pero no se puede engañar a todo el mundo todo el tiempo.

La idea de que no es posible engañar a los consumidores porque estos tienen incentivos para obtener información de diversas fuentes es desarrollada claramente por Beales, Craswell y Salop (1981):

“Para satisfacer esta demanda, diversas formas de información han aparecido en la economía. Los consumidores producen ellos mismos información durante sus compras a partir de inspecciones directas de los atributos de los bienes. Estos atributos pueden ser deseados por su valor de consumo, su utilidad como señales de la existencia de otros atributos no observados, o ambas cosas a la vez. Información obtenida por experiencias posteriores influye en las decisiones de compra y es esencial en la construcción de señales [...]”⁽²⁹⁾.

Los incentivos económicos para que los consumidores adquieran información son muy fuertes. El incremento en la eficiencia de las decisiones de compra son equivalentes a incrementos en el ingreso real y, dada la diversidad de opciones disponibles en una economía moderna, la mejora en las elecciones puede llevarnos a grandes ganancias [...]”⁽²⁹⁾.

Un claro caso en que se puede apreciar la capacidad de los consumidores de corregir errores incluso frente a información claramente engañosa fue el resuelto por la Resolución N° 072-96-CCD de la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOPI. El caso Fabril y Nicolini vs. Transcontinental y Publicitas consistía en una denuncia planteada contra el proveedor del arroz “Costeño Graneadito” embolsado⁽³⁰⁾. Este proveedor había difundido una publicidad en la que anunciaba que tres cuartos de kilo de su arroz rendía más que un kilo de arroz a granel. Luego se demostraría que tal afirmación era falsa, pues los estudios en que se basaban carecían de sustento técnico, mientras que tres estudios más completos y detallados mostraban que no existía tal capacidad de rendimiento.

(29) BEALES, CRASWELL y SALOP (1981), ps. 501/502.

(30) Resolución 072-96-CCD en el expediente N° 039-96-CPD y 076-96-CCD, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de enero de 1997.

Lo interesante es que cuando la Sala tuvo que analizar la posibilidad de ordenar un anuncio rectificatorio, debía investigar cual era el efecto residual de la publicidad en la mente de los consumidores. La información estadística que obra en el expediente demostraba que, en un inicio, la preferencia por el arroz "Costeño Graneadito" sufrió un incremento impresionante como consecuencia de la publicidad en cuestión, a tal nivel que prácticamente desapareció el consumo de arroz a granel y afectó inicialmente, aunque en mucho menor grado, a los otros productores de arroz embolsado.

Sin embargo, en unas cuantas semanas la población fue cambiando nuevamente sus preferencias hacia otros arroces embolsados. Los consumidores habían advertido, sin necesidad de hacer los complejos análisis técnicos presentados en el expediente, que el rendimiento ofrecido no era tal. Si bien el arroz embolsado rendía más que el arroz a granel, tres cuartos de kilo no superaban en rendimiento a un kilo. Los consumidores además, no regresaron al granel (como era de esperarse) sino que giraron a otras marcas de embolsado, corrigiéndose así el defecto inicial de información. La razón del mayor rendimiento es, aparentemente, la bolsa. Al estar embolsado el arroz absorbe menos humedad, con lo que su rendimiento final aumenta, lo que no ocurre con el granel. Nótese además que la promoción del arroz estuvo dirigida principalmente a consumidores de bajos ingresos.

Si estos consumidores pudieron advertir en relativamente poco tiempo que el rendimiento no era el ofrecido y que existía una relación entre dicho rendimiento y el embolsado, habiendo incluso corregido el mercado, cabe preguntarse entonces cómo es posible sugerir que no corregirá otros defectos por una calidad distinta a la esperada, el riesgo a su salud o la poca duración del bien.

Y la sanción para quienes no satisfacen las expectativas del consumidor es bastante grave: la salida del mercado. Quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen peores condiciones a más altos precios. Los niveles de calidad existentes son respuestas competitivas, al igual como son respuestas competitivas los precios y las condiciones contractuales.

"En situaciones en donde los vendedores no mienten, el único problema es cuanta verdad van a decir. En particular si un vendedor tiene un producto malo, si no dice nada, ¿llevará ello a los consumidores a creer que su producto es de un calidad promedio? ¿Podrá la selección adversa por el vendedor de baja calidad sacar del mercado a los vendedores de mejor calidad? Si el mercado es competitivo es evidente que ese no será el caso. Si existe libre entrada de vendedores, entonces el buen vendedor proporcionará información

al mercado para distinguirse del mal vendedor. Si cualquier buen vendedor debe enfrentarse a los malos vendedores como consecuencia del silencio de estos deberá decir a los consumidores cuál es la calidad de su producto, entonces el buen vendedor puede a bajo costo informar sobre su calidad y ser distinguido, obteniendo así un precio mayor”⁽³¹⁾.

Según Grossman (1981) los productos de buena calidad reemplazarán a los de mala calidad como consecuencia de la operación del mercado. Pero en el caso de los productos de muy baja calidad lo que ocurre es que los individuos no desean pagar (porque su presupuesto no les alcanza) por un bien promedio. Por eso es que pagan menos. Cualquier persona puede advertir fácilmente que si un producto tiene un precio bajo es porque probablemente tenga menor calidad que otro similar de un precio mayor. Por ello asumirá que no está comprando lo mismo.

Lo que la cita de Grossman (1981) nos demuestra es que quienes vendan productos de mayor calidad intentarán convencer a los consumidores que la diferencia vale el precio adicional sea mediante publicidad o el ofrecimiento de garantías contractuales⁽³²⁾. Si luego de advertido ello por el consumidor, este insiste en comprar el producto barato, sólo nos está indicando que es consciente de que está adquiriendo un paquete de atributos menor, determinado por las coordenadas de sus preferencias y sus limitaciones presupuestarias.

El propio Grossman (1981) nos explica este efecto:

“[...] si el vendedor ofrece menos que una garantía plena, consumidores con expectativas racionales concluirán que lo están tratando de engañar sobre la calidad del producto. Todo consumidor sabe que es óptimo, en términos de Pareto, que un vendedor le venda el bien al precio de reserva del consumidor con una garantía plena. En consecuencia un vendedor sólo ofrecerá menos que una garantía completa si esto hace que la posición del vendedor mejore respecto a la situación en la que se encontraría si brindara la garantía total. Pero ello haría que el consumidor estuviera peor a como

(31) GROSSMAN (1981), p. 465.

(32) Quien compra en ambulantes sabe que no recibe garantías exigibles. Quien compra en un local formal sabe, por el contrario, que recibe una garantía. La garantía es una señal de calidad importante. Quien ofrece una garantía está dispuesto a respaldar contractualmente la calidad del bien, cosa que el ambulante no hace. Ello explica en parte la diferencia de precio. A pesar que esto es sabido por todos los consumidores, aún muchos siguen comprando en ambulantes, asumiendo conscientemente un riesgo a cambio de una reducción en el precio.

estaría si recibiera una garantía completa. Pero ello daría al consumidor menos que su precio de reserva, por lo que no habría la compra⁽³³⁾.

Siguiendo el mismo razonamiento, si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de atributos referidos a la calidad de este bien difiere de los que se incluyen en un bien que se vende con garantía.

El mismo razonamiento se puede hacer respecto de otras señales que envían información al consumidor sobre las diferencias de atributos entre un producto y otro, tales como el lugar de compra (un puesto en la calle y un local comercial) la publicidad, la posibilidad de ubicar al vendedor si hubiera algún problema (un ambulante o una tienda), la apariencia del producto, la experiencia del propio consumidor (a través del proceso ensayo-error continuo al que está sujeto en el mercado), de sus amigos o familiares, etcétera.

Así, si P_g = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar con la calidad adicional; P_n = el precio que el consumidor estaría dispuesto a pagar por el mismo bien sin la calidad adicional; C_g = costo marginal del producto con la calidad adicional y C_n = costo marginal del producto sin la calidad adicional, tendríamos entonces que la valorización del consumidor de la calidad adicional es igual a:

$$P_g - P_n$$

El costo marginal de producir la calidad adicional para el proveedor sería:

$$C_g - C_n$$

En consecuencia el consumidor comprará el bien con la calidad adicional sólo si:

$$P_g - P_n > C_g - C_n$$

Por el contrario no se añadirá la calidad adicional si:

(33) GROSSMAN (1981), p. 463. Más adelante se verá como los consumidores son por naturaleza pesimistas, lo que refuerza la conclusión a la que llega GROSSMAN. Respecto al término "precio de reserva" usado en la cita, este se refiere a aquel precio que refleja lo más que el consumidor está dispuesto a pagar (precio de reserva del consumidor) o lo mínimo que el proveedor está dispuesto a aceptar por el bien (precio de reserva del vendedor).

$$Pg - Pn < Cg - Cn^{(34)}$$

Los precios y las calidades no son pues simple consecuencia del azar o de la casualidad. Tampoco son, de ordinario, consecuencia de las delictivas intenciones de bandas de criminales disfrazadas de proveedores. Son, por el contrario, consecuencia de la íntima relación que existe entre el costo marginal de producir un paquete de atributos y el deseo y la posibilidad del consumidor de pagar tal costo marginal.

Los actos de fraude, conocidos en la jerga de los reguladores norteamericanos como los *hit and run* (pega y corre) son un fenómeno totalmente distinto al de los productos de mala calidad. Se trata de personas inescrupulosas que entran en un mercado, colocan sus productos y desaparecen, pues saben que no tendrán éxito en el largo plazo. Lo mismo se hace con la falsificación de marcas u otras formas de propiedad intelectual, claros actos de fraude en las que el rol del INDECOPI es reconocido.

Un estudio de Apoyo demuestra que los consumidores, en especial los de bajos ingresos, están plenamente conscientes de los riesgos que implica la compra de productos de baja calidad. Así indican que saben que:

“en los ambulantes no pueden reclamar [...]. La mayoría reconoce que saben el riesgo que están corriendo y, por lo tanto, se resignan si fueron engañados. En estos casos funciona una lógica donde se asume que se está pagando muy barato por algo que, asumen, se puede malograr, estar fallado, etc. [...] la mayoría de personas son conscientes de los riesgos que toman al momento de comprar en ambulantes, en un lugar de prestigio dudoso o productos de contrabando o “piratas”. Hay consenso en mencionar que se compra en esos lugares por el precio (principalmente los sectores más bajos). Saben que la probabilidad de engaño es alta pero consideran que por lo bajo del precio, se justifica el riesgo”⁽³⁵⁾.

(34) Las fórmulas propuestas son una simple derivación de las propuestas por SCHWARTZ y WILDE en “Imperfect Information in Markets for Contract Terms: the Examples of Warranties and Security Interest”. En: *Virginia Law Review*, vol. 69, p. 1413. Estos autores señalan sobre el particular:

“El deseo de un consumidor de pagar por la protección de una garantía es la diferencia entre el precio máximo que el consumidor pagaría por el producto con la garantía y el precio máximo que pagaría el consumidor sin una garantía. Si esta diferencia es menor al costo marginal de la empresa de ofrecer la garantía, no se ofrecerá ninguna garantía. Esto es por que la empresa puede inducir a consumidor a tomar la garantía sólo ofreciéndole ésta a menos de su costo marginal, y una empresa que maximiza beneficios no haría ese tipo de operaciones.”

(35) “Imagen y Actitudes hacia INDECOPI” Apoyo, Lima, julio-agosto de 1996, ps. 15/16.

Lo que sí les preocupa a los consumidores es cuando adquieren un producto en un local formal y este no tiene una calidad adecuada⁽³⁶⁾. En el mismo sentido se pronuncia una encuesta de Imasen, que indica que el consumidor capitalino se inclina por el comercio ambulatorio porque considera que vende más barato que las tiendas, aunque reconoce que los ambulantes no ofrecen productos de la misma calidad. A una conclusión similar se llega respecto de la compra de electrodomésticos en ambulante, a pesar de que no ofrecen garantías⁽³⁷⁾.

4.3. Consumidor Razonable y Pobreza

Otro de los argumentos que se usa para intentar descartar el concepto de consumidor razonable es que este no es aplicable a las personas de bajos ingresos que actúan bajo criterios distintos al de razonabilidad. Dado que en el Perú hay muchos consumidores pobres, entonces se perjudica a las mayorías usando un estándar exigente que los desprotege.

En una ocasión tuve la oportunidad de entrevistar a Ronald Coase, Premio Nobel de Economía en 1991. En dicha entrevista incluí una pregunta sobre como reaccionaban los consumidores a productos de muy baja calidad, en particular los consumidores pobres, en actos que parecerían en principio irracionales. Esto respondió Coase:

“En un caso como ese no vería la necesidad de regulación del gobierno para nada. En el agregado, las personas son muy buenos jueces de lo que es apropiado para ellos. Naturalmente, si eres muy pobre, tú no vas a querer gastar la mayor parte de tu dinero en un producto de alta calidad porque ello significaría que no tendrás la posibilidad de gastar dinero en otras cosas. El significado de ser pobre es que tendrán que comprar zapatos hechos de cartón y otras cosas similares.”⁽³⁸⁾

Muchos han tratado de calificar al consumidor peruano como uno totalmente irracional, que compra productos de mala calidad a pesar de ver en los medios de comunicación los riesgos que ello implica. Creo, sin embargo, que el consumidor peruano muestra una racionalidad, dadas sus especiales circunstancias, perfectamente explicable y consistentes con un presupuesto de razonabilidad.

(36) *Ibidem*, ps. 14/15.

(37) Trizia (1993) “La Otra Cara del Consumidor”, *Magazín de Actualidad*, año 1, N° 2, p. 8.

(38) En <http://coase.org/coaseinterview.htm> (1° de abril del 2010).

Los niveles de ingreso de una persona son un claro limitante de las opciones que tienen en el mercado. Quien sólo tiene para gastar en alimentos S/. 50.00 y tiene en el mercado opciones para elegir tres canastas, una de S/. 40.00, otra de S/. 50.00 y una tercera de S/. 70.00 sólo tiene en realidad dos opciones. Eliminar la canasta de S/. 40.00 y la canasta de S/. 50.00 con el argumento de que no ofrecen productos de calidad es, en última instancia, dejarlo sin opciones.

Para analizar cómo reacciona el consumidor a las diferentes opciones que se le presentan en el mercado, y los riesgos que decide consciente o inconscientemente asumir, es pertinente recurrir al concepto de “efecto ingreso”. La capacidad de decidir y las valorizaciones que los individuos dan a determinados bienes, incluso los que no tienen naturaleza patrimonial como la vida o la integridad física, están condicionados con su nivel de pobreza o riqueza, es decir por su ingreso.

Si a una persona se le pregunta cuánto estaría dispuesto a recibir para dejarse matar probablemente respondería que no existe cantidad suficiente para ello. Pero si a esa misma persona le preguntamos cuánto estaría dispuesta a pagar para que no lo maten la respuesta cambia. Probablemente dirá que entregará todo lo que tiene. Y todo lo que tiene es una cantidad determinada reflejada por lo que esa persona tiene como patrimonio.

En el primer caso, no existe cantidad suficiente para que la persona acepte que lo maten. En el segundo se paga una cantidad determinada. ¿Cuál es la razón de la diferencia en la valorización? La respuesta es muy sencilla. La segunda de las preguntas obtiene una respuesta condicionada por lo que se conoce como “efecto ingreso”. Las personas no pueden pagar más de lo que tienen, así valoricen su vida en más que todo su patrimonio. Y cuanto menos tengan su disposición a pagar, incluso para defender su propia vida, será menor. Por ello a la segunda de las preguntas recibiremos respuestas diferentes según la situación de cada persona a la que se le plantea la oferta. Un millonario estará dispuesto a pagar millones para no morir. Un pobre estará dispuesto a pagar unos cuantos soles. El condicionante del nivel de ingreso se manifiesta de manera distinto, sin que con ello queramos decir que la vida de un rico vale más que la de un pobre. Es sólo que el rico tiene más que sacrificar a cambio de su vida y sus alternativas de opción, siendo mayores, le permiten una mayor gama de posibilidades.

Si trasladamos la valorización de la propia vida a situaciones más realistas que la pregunta “¿cuánto pagarías para no dejarte matar?”, veremos que el efecto ingreso también se pone de manifiesto. Las personas, a lo largo de nuestra vida, realizamos distintas inversiones para

proteger nuestra vida, para hacerla más larga y saludable. Por ejemplo, acudimos a realizarnos exámenes médicos periódicos, contratamos seguros de salud, adquirimos automóviles más seguros o compramos productos que brindan más garantías.

La capacidad de asumir costos adicionales para reducir nuestra posibilidad de morir o para proteger nuestra salud está en relación directa a nuestra capacidad financiera. Es de esperar que los pobres gasten menos en ello de la misma manera como es de esperar que gasten menos en alimentos, compren ropa de inferior calidad, construyan casas más baratas o viajen menos al extranjero. Pero ello no es un índice de falta de razonabilidad. El “efecto ingreso” determina que su vida (valorada como la posibilidad de invertir en aumentar la seguridad de seguir viviendo) sea considerada menos valiosa por él mismo. Sólo existe una posibilidad de cambiar ello, y es aumentando su ingreso. Los productos que generen, por ejemplo, un mayor riesgo a la salud, son la simple expresión de ello.

Lo grave es que prohibir esos productos por el mero hecho de no tener una calidad adecuada es condenar al pobre al no consumo, o al consumo clandestino, que en términos económicos y de bienestar social es peor que el consumo de baja calidad.

Bajo los determinantes del “efecto ingreso” la decisión de compra de productos de inferior calidad es una decisión razonable y conciente. Quien compra bienes en paraditas en las que no se ofrecen todas las garantías es, en la mayoría de los casos, conciente de lo que compra. El consumidor, por medio de su experiencia de mercado, ha ido paulatinamente identificando los pros y los contras de esos productos. Si sigue consumiéndolos es porque, dado su nivel de ingreso, constituye una opción razonable. Pensar que el Estado puede decidir mejor que él y privarlo de la posibilidad de consumir lo que vienen consumiendo carece por completo de sustento fáctico y real. Por el contrario su conducta aparece como claramente razonable.

Pero incluso en el supuesto que uno pensara que los consumidores pobres no son racionales, cabe preguntarse si ello justifica utilizar el concepto de consumidor ordinario en lugar del de consumidor razonable. Un mercado moderno debe basarse en la libre elección. La gente, nos guste o no, debe ser libre de cometer errores si es que queremos que pueda tener aciertos. En el mercado la racionalidad se va forjando en un proceso de “ensayo-error” continuo en el que la libertad es la única garantía del respeto de la autodeterminación individual. Por ello la adquisición de bienes de baja calidad, que aparentan ser conse-

cuencia de una decisión no racional, no significa que necesariamente sea así.

Un tema clave en esta discusión es si los mercados están o no trabajando de manera adecuada y si los costos de transacción en dichos mercados permiten o no una adecuada asignación de los escasos recursos existentes.

Schwartz (1977) analiza los efectos que puede tener una regulación equivocada en los sectores más pobres. Si bien se refiere a las cláusulas contractuales, lo que dice es perfectamente aplicable al caso de la definición del estándar de consumidor. A fin de cuentas lo que se busca con el estándar de consumidor ordinario es encontrar una mayor capacidad del Estado para intervenir en el contenido de los contratos de consumo. Según Schwartz (1977):

“Prohibir una cláusula contractual por que para el pobre es difícil comprar términos más favorables nos lleva a un resultado no óptimo. Asumamos, por ejemplo, que un minorista está ofreciendo dos contratos que son idénticos salvo por una cláusula: el primer contrato, que cuesta \$ 100, incluye una garantía contra defectos del producto, mientras que el segundo, que cuesta \$ 90, incluye una renuncia a la garantía. El minorista hipotético tiene clientes para los dos contratos, pero el Estado, por legislación o decisión jurisdiccional, prohíbe la renuncia a la garantía. Bajo tales circunstancias, la prohibición de la renuncia a la garantía no ayuda ni afecta a aquellos consumidores que hubieran comprado la cobertura de la garantía. La prohibición, sin embargo, daña a los consumidores que hubieran comprado el contrato renunciando a toda garantía. Estos consumidores valorizan el seguro contra defectos de los productos en menos de lo que valorizan otros usos de sus \$ 10. En consecuencia, la prohibición de la renuncia nos lleva a un resultado no óptimo: algunos compradores se consideran peor que antes de la prohibición, y ningún comprador se considera mejor”⁽³⁹⁾.

Hasta aquí Schwartz (1977) hace un simple análisis de los efectos en eficiencia de la medida, siguiendo una línea de razonamiento similar a la que hemos desarrollado en los puntos anteriores. Pero luego continúa diciendo:

(39) SCHWARTZ, Alan (1977), “A Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability”. En: *Virginia Law Review*, vol. 65, ps. 1057/1058. Como se puede apreciar ésta es una simple aplicación del llamado criterio de Pareto.

George, Priest (1981) p. 1344 se pronuncia de manera similar cuando nos dice, refiriéndose acciones judiciales que afectan la facultad de decisión del consumidor: “Si el jurado se equivoca, el veredicto hará responsable al fabricante por la falla del producto en satisfacer un uso no preferido por la clase dominante de consumidores, poniendo a ambas clases de consumidores en una situación peor.”

“Este resultado es particularmente indeseable, porque prohibir la renuncia a las garantías afectará probablemente más adversamente a los pobres, que a los ricos. Una persona pobre gasta un gran porcentaje de su ingreso en bienes para los que su demanda es inelástica respecto de su ingreso, por ejemplo comida, vivienda y vestido. Conforme su ingreso se incrementa, él comenzará a comprar bienes para los que su demanda es más elástica respecto del ingreso. El análisis sugiere que la demanda de una persona pobre por la protección de garantías es probablemente más elástica respecto del ingreso que la demanda por “necesidades”⁽⁴⁰⁾.

En el mismo sentido se pronuncia Craswell (1991), cuando nos dice:

“La escasez de recursos de estos consumidores los dejara normalmente en la imposibilidad de pagar mucho por el producto mismo y en la imposibilidad de pagar mucho por la garantía, [...]. En tal caso, los consumidores pobres perderían por la introducción de la garantía, y sólo los consumidores con más recursos se beneficiarían”⁽⁴¹⁾.

Más adelante, el mismo autor continúa diciendo:

“[...] un consumidor extremadamente pobre puede encontrarse imposibilitado de pagar algo por la garantía por que todos los escasos recursos del consumidor son dirigidos a compras más urgentes. Sin embargo, si se le diera la garantía, el consumidor tendría el derecho de exigir una compensación si el producto falla [...] la falta de deseo de pagar por un derecho legal estaría reflejando el alto valor que el consumidor deposita en el dinero, en lugar de bajo valor que deposita en el derecho legal”⁽⁴²⁾.

El efecto sería el mismo con el uso del estándar de consumidor ordinario. Como ya vimos ese estándar permite a los consumidores menos diligentes reclamar responsabilidad al proveedor incluso cuando el problema es generado por su propia negligencia. El proveedor subirá los precios para poder cubrir esa contingencia. Pero ese aumento alejara el producto del consumidor pobre. Finalmente, el rico podrá seguir pagando el sobreprecio. Por el contrario, el concepto de con-

(40) *Ibidem*, p. 1058. La elasticidad respecto del ingreso mide el nivel de respuesta de la demanda a cambios en el ingreso de las personas. Es determinada dividiendo un porcentaje de variación en la cantidad entre un porcentaje de variación en el ingreso. Se puede decir, según lo afirmado por SCHWARTZ, que la demanda por calidad es elástica respecto del ingreso, por lo que el consumidor preferirá cubrir sus necesidades básicas (en las que la demanda es inelástica) antes de adquirir calidad adicional.

(41) CRASWELL, Richard (1991). “Passing on the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships”. En: *Stanford Law Review*, vol. 43, p. 379.

(42) *Ibidem*, p. 392.

sumidor razonable acerca el producto a los pobres, porque reduce los costos del mismo en el mercado.

Así, Craswell (1991) nos dice:

“Desafortunadamente, mientras que todos los consumidores que continúen comprando el producto se estarían beneficiando por obtener una garantía a un precio relativamente bajo, otros consumidores estarían perdiendo porque el precio los ha sacado del mercado.

[...]

De alguna manera, el problema es que las reglas legales como las garantías implícitas son, en el mejor de los casos, una respuesta parcial a problemas como la pobreza, falta de conciencia o información imperfecta. La regla legal podría darles a muchos consumidores lo que hubiesen querido si tuvieran dinero, si sus preferencias han coincidido con las creencias de la sociedad o si hubieran tenido información imperfecta. Sin embargo, tal regla legal no hace nada para corregir la fuente del problema: los consumidores seguirán estando imperfectamente informados, seguirán siendo pobres y seguirán teniendo preferencias inadecuadas. Como resultado, algunos consumidores seguirán sin la posibilidad de obtener todos los beneficios que deberían obtener de la regla legal. Por el contrario, ellos rechazarán la protección adicional negándose a pagar un precio muy alto por ella [...]”⁽⁴³⁾.

Sin duda los efectos negativos en términos de redistribución terminan siendo evidentes:

“[...] la definición de una posición pro-consumidor se torna problemática cuando algunos consumidores pueden probablemente beneficiarse [...] mientras otros tenderán a perder. Los perdedores, una vez más, son aquellos consumidores que se encuentra en o cerca al margen existente entre comprar y no comprar el producto sin la garantía. Si bien este grupo podría estar formado por aquellos que simplemente tienen pocas preferencias por el producto, pueden también estar conformados por aquellos que tienen poco dinero que gastar. En tal supuesto, la redistribución entre los consumidores será regresiva.

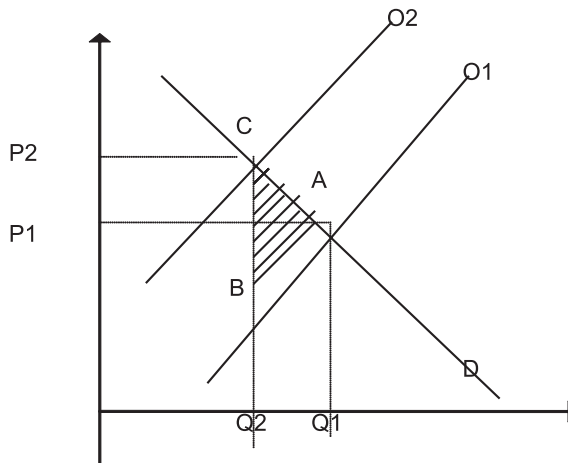
Si dejamos de lado la presunción de que los verdaderos beneficios de la garantía son los mismos para todos los consumidores, y asumimos, por el contrario, que la divergencia entre el verdadero valor y el deseo de pagar varía entre los distintos consumidores, la redistribución a través de los consumidores se torna aún más compleja. Los consumidores marginales serán entonces o los que le dan el menor valor al producto mismo o los que le colocan de alguna manera un valor mayor pero estarían dispuestos a pagar sólo un monto muy reducido por la garantía. Si aquellos que van a pagar un monto reducido por la garantía están en tal la posición como consecuencia de la información imperfecta o por falta de conciencia, entonces la redistri-

(43) *Ibidem*, ps. 395/396.

bución trasladará recursos de estos en favor de aquellos que tengan mejor información y aquellos cuyas preferencias no han sido tan distorsionadas. Si bien es difícil generalizar sobre la distribución en estas dimensiones, en muchos casos los perdedores serán precisamente los grupos que la garantía trata de ayudar”⁽⁴⁴⁾.

Fijémonos que Craswell (1991) se pone incluso en el supuesto de mercados que están funcionando con altos costos de transacción (preferencias irracionales e información imperfecta) y sin embargo concluye que los efectos distributivos de imponer condiciones en los contratos entre consumidores y proveedores no son los deseables.

La pérdida de eficiencia, que afecta principalmente a los pobres, se puede ver reflejada en el siguiente diagrama, en el triángulo sombreado. Esa es la parte del excedente social que se pierde cambiando el concepto de consumidor razonable por el de consumidor ordinario.



Asumamos que se presenta una situación en la que si se usa el concepto de consumidor ordinario el proveedor tiene que pagar una indemnización al proveedor pero si se usa la de consumidor razonable tal pago deja de existir. O1 refleja la curva de oferta de un producto cuya regla legal está sujeta a un estándar de consumidor ordinario. El punto de equilibrio con la curva de demanda (D) determina que se producirá Q_1 al precio P_1 . Como consecuencia de la exigencia legal de que ahora se responda bajo el estándar de consumidor ordinario, se produce un desplazamiento de la curva de oferta, siendo la nueva curva resultante O2. El nuevo punto de equilibrio determina que se producirá Q_2 al precio P_2 , donde $Q_2 < Q_1$ y $P_1 < P_2$, es decir, que se

(44) *Ibidem*, p. 397.

producirá menos a un precio mayor. Ello confirma la predicción de que menos consumidores podrán comprar, y los que compran lo harán a mayor precio. El triángulo ABC refleja la pérdida del excedente social como consecuencia del aumento de costos de producción, y que no es otra cosa que lo que se deja de comprar como consecuencia del nuevo estándar.

El contraargumento que probablemente se plantee sobre el efecto redistributivo regresivo es que los consumidores pobres son menos racionales o están sujetos a una cierta incapacidad civil para tomar decisiones adecuadas. Sea porque tienen menos información, o porque son un grupo de “incautos” fáciles de estafar, estos consumidores no pueden apreciar correctamente los valores de lo que compran o lo que dejan de comprar, atraídos por el cuento del precio barato. Por ello, el estándar de consumidor razonable no sería adecuado.

Como bien señala Schwartz (1977), esas inferencias de incompetencia, comunes especialmente en muchos abogados, “...*raramente se sustentan en el trabajo de expertos —psiquiatras o psicólogos; reflejan por el contrario juicios abstractos en lugar del resultado de exámenes individuales o experimentos controlados; y suelen basarse en anécdotas o impresiones subjetivas*”⁽⁴⁵⁾. Esta descripción se ajusta bastante bien el tipo de trabajo que se desarrolló en la Comisión que elaboró el Código de Consumo en su versión original y de la que pude ser testigo.

Como bien señala luego el mismo autor, tales inferencias son objetables, no porque se haya probado que sean falsas, sino simplemente porque la evidencia utilizada es incapaz de llevarnos a tales conclusiones. Los estudios empíricos realizados, por el contrario, las contradicen. Un estudio realizado por Newton (1977) sobre familias pobres rurales concluye que:

“La gente pobre percibe y actúa de acuerdo con costos y retornos marginales [...] Ellos están [...] cerca al óptimo dadas sus circunstancias, que es más de lo que podemos decir de cualquier otro grupo. Esto significa que es apropiado asumir [...] que los pobres se comportan racionalmente y en su mejor interés”⁽⁴⁶⁾.

(45) SCHWARTZ, Alan (1977) p. 1078. De manera similar, se pronuncia Sunstein... p. 18 cuando afirma que debe trabajarse en el diseño e implantación de marcos regulatorios contra la “regulación por anécdota” o las presiones de grupos privados bien organizados.

(46) NEWTON (1977), “Economic Rationality of the Poor”. En: *Human Organization*, vol. 36, 1977, p. 58, citado por SCHWARTZ. “Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability”, p. 1079.

Otro estudio, examinando el comportamiento crediticio de un grupo de personas de bajos ingresos en los Estados Unidos concluyó que:

“En general, los compradores de bajos ingresos o pertenecientes a minorías aparecen teniendo una percepción realista de la estructura del mercado de crédito, al menos si los comparamos con otros grupos de la población”⁽⁴⁷⁾.

A conclusiones similares llegan una serie de estudios realizados sobre la racionalidad económica de los campesinos peruanos, grupo bastante pobre de la población, los que han sido definidos como muy eficientes y efectivos en el uso y aprovechamiento de los recursos existentes. Schultz, citado por Figueroa (1981), nos dice que: “*En la agricultura tradicional, es decir en la economía campesina, no existe ineficiencia ni sobrepoblación; la pobreza aquí se explica por la pobre dotación de recursos y por la tecnología tradicional. Los campesinos son pobres pero eficientes*”⁽⁴⁸⁾. Javier Albo (1987) concluye que la estrategia campesina no es irracional, sino que es producto del bajo nivel de tecnología disponible, constituyéndose posiblemente en la mejor adaptación posible al medio ambiente dadas las circunstancias⁽⁴⁹⁾.

Es evidente que personas que tienen que satisfacer una gran cantidad de necesidades básicas con una cantidad muy reducida de recursos, tienen incentivos para desarrollar una aguda racionalidad en el uso de los mismos. Es de esperar que los pobres racionalicen sus gastos y asignen sus riesgos de manera mucho más adecuada y eficiente que personas de ingresos altos. El rico puede perder dinero, pero el pobre podría cruzar la línea de la no supervivencia, y eso agudiza su ingenio y su capacidad para administrar su escasez. La existencia de paquetes de atributos limitados puede ser una estrategia adecuada para resolver muchos problemas. Considerar un “incauto” a una persona que puede administrar tan bien sus recursos es, sin duda, un

(47) DAY y BRANDT (1972). “A Study of Consumer Credit Decisions: Implications for Present and Prospective Legislation”. En: *Technical Studies*, vol. 1, p. 95, citado por SCHWARTZ, *loc. cit.* En el mismo trabajo se concluye que no existe correlación entre variables demográficas como la raza o el ingreso y el comportamiento poco racional o desinformado de los consumidores.

(48) Citado por FIGUEROA, Adolfo (1981). *Economía Campesina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, ps. 67/89.

(49) ALBO, Javier (1987). “Algunas Pistas Antropológicas para un Orden Jurídico Andino”. En el libro *Derechos Humanos y Servicios Legales en el Campo*, Comisión Andina de Juristas, Lima, p. 63.

exceso, por lo menos cuando se generaliza el término para justificar una intervención más agresiva del Estado⁽⁵⁰⁾.

Quizás la mejor manera de comprender esto es leyendo la cita que hace Newton (1977) de una madre pobre y que explica cómo funciona la racionalidad humana cuando se enfrenta a una aguda escasez de recursos:

“Mira mi amor, si quieres ver cómo la gente gasta su dinero en cosas que no necesitan, y que no tienen idea sobre qué es lo que están obteniendo por su dinero, y que harán sus compras incluso sin pensar qué es lo que les pasará, mejor anda a estudiar a los ricachones. Si yo desperdiciara el dinero como lo hacen ellos, estaría muerta”⁽⁵¹⁾.

En conclusión, si bien podemos encontrar distintos niveles de razonabilidad entre diversos grupos de consumidores, todo indica que los pobres no se encuentran entre los grupos menos racionales. Todo lo contrario: suelen mostrar una razonabilidad mayor que sus pares de mayores ingresos. En esa línea el estándar de consumidor razonable se condice con su realidad y no es una buena idea usar a los pobres para sostener que debería cambiarse el estándar a uno de consumidor ordinario.

5. COMENTARIOS FINALES

La protección al consumidor es un tema delicado por la complejidad de las relaciones que involucra y la cadena de incentivos que genera. Malos incentivos generan una afectación del bienestar general, pero más concretamente, del bienestar de los propios consumidores. Proteger consumidores individuales puede llevar a desproteger a los consumidores en su conjunto. De allí la importancia de generar incentivos para una conducta razonable.

(50) Incluso existen estudios realizados en personas con enfermedades mentales (AYLLON y AZRIN. “The Measurement and Reinforcement of Behavior of Psychotics”. En: *Journal of Experimental Analysis of Behavior*, vol. 8 o BATTALIO, KAGEL, WINKLER, FISHER, BASMANN y KRASNER. “A Test of Consumer Demand Theory Using Observations of Individual Consumer Purchases”. *W. Economics Journal*, vol. 11 citados por SCHWARTZ, p. 1080) que demuestran que esa categoría de personas responde a incentivos económicos tales como mejores sueldos o cambios en los precios relativos de los bienes. Ante tal evidencia, considerar a los pobres incapaces de responder a incentivos económicos tiene una clara connotación discriminatoria.

(51) NEWTON (1977), “Economic Rationality of the Poor”. En: *Human Organization*, vol. 36, 1977, p. 50, citado por SCHWARTZ. “Reexamination of Nonsubstantive Unconscionability”, p. 1080.

Por ello es importante que las normas no se limiten a señalar derechos y obligaciones, sino los estándares bajo los cuales esos derechos y obligaciones deben de ser interpretados y exigidos. Por eso es recomendable que el Código Civil que regule los temas de contratación masiva, sea de manera directa o de manera indirecta (por medio de las regulaciones de contratos de adhesión o cláusulas generales de contratación) traten el tema y definan un estándar de consumidor razonable.

La idiotez humana puede no tener límites y es importante que el sistema pueda crear incentivos para evitarla. Y hay actos de los consumidores que pueden ser calificados como idioteces o como conductas poco razonables y debemos desincentivarlos. Pero sin duda le temo más a las decisiones idiotas del lado de la regulación: es más difícil crear incentivos para corregirlas.

LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN Y EL NUEVO CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Por Yuri VEGA MERE⁽¹⁾⁽²⁾

SUMARIO: 1. Preliminares. 2. La falta de coordinación entre las normas pre-existentes al Código de Consumo en materia de cláusulas generales. 3. ¿Era necesario tener un régimen más elaborado de cláusulas generales de contratación? Referencia a las expectativas razonables. 4. (Sigue) Las expectativas razonables. 5. La dispersión del tratamiento legislativo sobre las cláusulas generales de contratación en el derecho común y en el derecho del consumo.

1. PRELIMINARES

El día 3 de octubre de 2010 entró en vigencia el Código de Defensa y Protección del Consumidor, conocido como Código de Consumo.

Se trata de un documento de suma importancia, más allá de las luces y sombras que lo acompañan y de las críticas de las que sea posible.

Es mucho lo que se tendría que comentar sobre la estructura y contenido del Código, pero dicha tarea excede con creces el cometido de estas líneas que se ceñirán al tratamiento que contempla dicho instrumento en materia de cláusulas generales de contratación.

Dicho ello, también debo acotar aún más el campo de este trabajo: se trata de una rápida mirada, de un ajustado sobrevuelo que requerirá, nadie lo duda, de un esfuerzo mayor y de un más acabado análisis.

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

(2) El autor fue miembro de la Comisión redactora del Código de Consumo conformada por el Poder Ejecutivo, de la que se retiró por discrepancias en los plazos concedidos a dicha Comisión.

Quizá valga la pena iniciar este ensayo con unas breves notas sobre el escenario que ha encontrado la regulación de las cláusulas generales de contratación por obra del Código de Consumo.

2. LA FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE LAS NORMAS PRE-EXISTENTES AL CÓDIGO DE CONSUMO EN MATERIA DE CLÁUSULAS GENERALES

El contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación (CGC) asoman por primera vez en la legislación cuando se promulgó el Código Civil en el año 1984.

Según los comentarios de los autores que participaron en su redacción, esta parte del Cód. Civil estuvo influenciada por el *Codice civile* y por un proyecto de ley que por entonces se discutía en los Países Bajos.

Para nadie es extraño que el tratamiento del Código Civil ha sido permanentemente comentado o criticado por los efectos que asigna a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa (cuando existe) pues en tales caso dichas condiciones se consideran incorporadas automáticamente a la oferta del proveedor (art. 1393) aun cuando —tal como se desprende de la lectura de la norma— no hubieren sido conocidas por el adherente. Esta situación es diversa cuando se trata de CGC no aprobadas, en cuyo caso el numeral 1397 dispone que ellas se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria. Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad [sin definirse qué se entiende por publicidad adecuada]⁽³⁾. Curiosamente, el Cód. Civil calló toda referencia al control judicial y sólo contuvo —y contiene— normas relativas al control legislativo y administrativo.

A pesar que el Cód. Civil parecía despertar poco interés en esta materia, la ola de privatizaciones de las empresas estatales y la apertura de un mercado cerrado al mundo globalizado no sólo potenció el recurso a un contrato decididamente menos intervenido sino que, a su

(3) Puede verse las críticas a esta distinción en VEGA MERE, YURI, *Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación*, Gaceta Jurídica, Lima, T. 44, julio 1997, ps. 57/C ss., así como en VEGA MERE, YURI, *Contratos de consumo. Estudios sobre el derecho del consumidor*, Editorial San Marcos, Lima, 2004.

vez, gatilló un uso masivo de condicionados generales y las empresas privatizadas o los servicios públicos que fueron objeto de concesión pasaron a ser supervisadas por medio de organismos especializados que asumieron, en algunos casos, la tarea de revisar y aprobar el uso de CGC por aquellas corporaciones.

No obstante, el grueso de los formularios que circulaban en el mercado y en las más diversas actividades económicas, especialmente en el naciente Derecho del consumo (que vio la luz en nuestro medio con el D. Leg. 716, Ley de protección al consumidor), lo hacía sin que existiera mayor tratamiento legal que aquel previsto en el Código Civil y sin que la mayoría de las cláusulas estandarizadas fuera objeto de aprobación administrativa en particular.

Es más, el propio Cód. Civil no sólo no tuvo en mente, como lo hemos comentado en otras oportunidades, la figura del consumidor y sólo abordó el régimen de las CGC mediante escasos mecanismos de protección del “adherente” entre los cuales se incorporó el minúsculo catálogo de cláusulas consideradas como abusivas: el art. 1398⁽⁴⁾.

Hasta entonces [y aún hoy] nadie discutió las ventajas que ofrecen las cláusulas generales, de modo que eliminar el recurso a ellas sería peor que permitirlo pese a que se pudiese usar de manera abusiva por algunos proveedores de bienes y servicios⁽⁵⁾.

(4) En su redacción original esta norma establecía: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje”.

Con la finalidad de promover el arbitraje y no descartar su incorporación en las *forms* se modificó su redacción por obra de la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial núm. 10-93-JUS, publicada el 23/04/93, con el siguiente texto: “En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.”

(5) Un jurista estadounidense nos diría que la incorporación de cláusulas arbitrales es el caso más típico de cláusulas consideradas producto de la diferencia de poder de negociación y las condenaría por medio de la figura de la “*unconscionability*” o por entender que una cláusula de esa clase no sería esperable en un condicionado. Sobre ello me detendré más adelante.

Sólo muchos años después, y sin que la Ley de protección del consumidor (tantas veces modificada) contuviera un régimen decididamente señalado para las CGC al interior de los contratos de consumo, se promulgó —para sorpresa de muchos— la ley N° 28587, Ley complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros, que se introdujo seriamente en el tema⁽⁶⁾.

El artículo 4° de aquella ley encomendó a la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS) la identificación, dentro del universo de los contratos que celebren las empresas supervisadas por aquella, de las estipulaciones que deban ser sometidas a aprobación administrativa previa y obligatoria. Según dicho artículo: “La aprobación administrativa tendrá por finalidad establecer el *equilibrio contractual* necesario entre las empresas y los usuarios...” [la cursiva es mía]. De ese modo, aparece por vez primera en la legislación un estándar: el del equilibrio contractual.

Más allá del temperamento provisorio que se dio a la aprobación administrativa —que no descartó [ni afirmó] el control judicial— dicha Ley fue una norma inesperada sobre el control del Estado no sólo a efectos de asegurar el nuevo rol formal del contrato [como vehículo de transmisión de información] sino también —lo que resultó ser de mayor trascendencia— para establecer el *equilibrio contractual*.

La referencia al *equilibrio contractual* fue, por cierto, genérica y concebida como una *cláusula general* o *estándar*. Pero eso no fue todo.

El muy conocido Profesor estadounidense, TODD D. RAKOFF, “Contracts of adhesion: an essay in reconstruction”, en Harvard Law Review, vol. 96, april 1983, n. 6, ps. 1174 ss., espec, ps. 1220 a 1248, es quien mejor se ha ocupado, en mi concepto, de mostrar las ventajas del uso de las condiciones generales de contratación. Entre otros puntos, RAKOFF destaca la división de tareas al interior de la organización o firma y la disminución de costos al administrar “forms” iguales para los consumidores. La firma decide a quién encomendar la redacción (a los asesores legales) y una vez aprobado el uso de los términos asignará empleados que no necesitarán entenderlos ni negociarlos con lo que se ahorrará dinero en la contratación de personal y las decisiones gerenciales se mantendrán al margen del uso de los formularios. Las “forms” se usarán rutinariamente y la estructura de poder de decisión de la firma se consolidará. Toda disminución de costos se traslada al mercado. Ello, por cierto, no implica que RAKOFF no sea un crítico de las cláusulas generales, especialmente en la medida que se estrella contra la libertad de contratación de la parte adherente.

(6) Antes de la reglamentación de la ley 28.587 dedicamos unas líneas a la norma en VEGA MERE, YURI, “Neoformalismo y justicia contractual en la normativa sobre crédito de consumo”, en Revista Crítica de Derecho Privado, Grijley, Lima, N° 1, 2007, p. 273 ss.

La misma ley inauguró una etapa en esta materia: la etapa de la incorporación de la [nuevamente] *idea* de las *cláusulas abusivas* al ordenamiento jurídico. Remarco: “*idea*” dado que la norma no contempló ninguna definición de lo que habrá de entenderse por cláusula abusiva (art. 11) y limitó la aplicación al caso de los eventuales abusos en las cláusulas relativas a tasas de interés, comisiones y gastos.

Luego se pondría en vigencia la reglamentación de la Ley N° 28587 (por obra de la Resolución SBS núm. 1765-2005). Sus notas más resaltables fueron (i) la precisión de las condiciones que requerían aprobación administrativa (art. 43) y (ii) la inclusión (lamentablemente a nivel reglamentario) de la cláusula de cierre de la Ley alemana sobre cláusulas generales de contratación del año 1976, hoy incorporada al BGB, que inspiró la Directiva europea (del 5 de abril de 1993) sobre cláusulas generales de contratación⁽⁷⁾.

El texto del art. 43 de dicho Reglamento⁽⁸⁾ incorporó criterios de aceptación casi universal. Complementariamente los incisos a); b) y c)

(7) *Artículo 46. Criterios para la determinación de Cláusulas Abusivas en materia de tasas de interés, comisiones y gastos.* Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido.

(8) *Artículo 43. Aprobación administrativa previa de las Cláusulas Generales de Contratación.*

Requieren aprobación administrativa previa de la Superintendencia, las cláusulas generales de contratación que traten de los siguientes aspectos:

- a) La resolución del contrato por causal distinta al incumplimiento.
- b) La conclusión del contrato de manera anticipada.
- c) La limitación o exoneración de responsabilidad por parte de las empresas.
- d) La limitación y/o exclusión de los derechos de los usuarios.
- e) La centralización de las cuentas del cliente, salvo que se trate del derecho de compensación.

Cuando los contratos contengan cláusulas relativas a las materias a las que se refiere el presente artículo, sólo deberán emplearse aquellas aprobadas previamente por la Superintendencia.

Asimismo, las modificaciones que las empresas deseen realizar a las cláusulas generales de contratación previamente aprobadas, deberán seguir el mismo procedimiento de aprobación regulado en este Capítulo.

Las empresas podrán adoptar las cláusulas generales de contratación que hayan sido previamente aprobadas por la Superintendencia a otras empresas, a cuyo efecto deberán enviar una comunicación señalando las cláusulas generales que solicitan adoptar y el número de la Resolución mediante la que fueron aprobadas, a fin que su uso sea autorizado por la Superintendencia. El plazo indicado en el se-

del art. 46 se mostraron como aplicaciones concretas del principio de buena fe pero a través de cuatro criterios de extraordinaria importancia por su carácter general⁽⁹⁾. Así:

El primer párrafo de dicha norma señala:

“Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”.

gundo párrafo de la primera disposición transitoria del Reglamento se computará desde el día en que se notifique la Resolución de autorización correspondiente.

(9) *Artículo 46. Criterios para la determinación de Cláusulas Abusivas en materia de tasas de interés, comisiones y gastos.*

Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido.

Constituyen cláusulas abusivas en materia de tasas de interés, comisiones y gastos, y no podrán ser incorporadas en los formularios contractuales que utilicen las empresas, las que se indican a continuación:

a) Las que faculden a la empresa a variar las tasas de interés, las comisiones y gastos sin previo aviso, cuando ello implique un mayor costo o un perjuicio al usuario, según lo dispuesto en el Capítulo V del Título II del Reglamento.

b) Las que faculden a la empresa a variar las tasas de interés, las comisiones y gastos mediante el establecimiento de mecanismos de información que no cumplan con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Reglamento.

c) Las que faculden a la empresa a cobrar tasas de interés, comisiones y/o gastos que no cumplan con los criterios establecidos en el marco legal vigente para tener la calidad de tales.

d) Las que faculden a la empresa el cobro de gastos y/o comisiones futuras sin que se establezca la obligación de informar previamente los conceptos y la oportunidad en que resulten exigibles.

e) Las que vayan contra las normas de orden público.

f) Las que identifique la Superintendencia, con opinión previa del INDECOPI, de conformidad con las normas sobre la materia, las que serán incorporadas al presente listado mediante norma de carácter general.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato por adhesión.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta, además de la situación ventajosa que se genere para la empresa en perjuicio del consumidor, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como el resto de cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Esta norma, como dijimos, se inspira en la legislación alemana que se ha irradiado a algunos países europeos a partir de la Directiva del 05 de abril de 1993. Es una pena que esta famosa cláusula no haya sido incorporada a la Ley Complementaria⁽¹⁰⁾.

También destacaron los supuestos de los incisos e) [cláusulas contra las normas de orden público] y del inciso f) del art. 46 [que son aquellas que identifique la SBS, con opinión previa del INDECOPI, de conformidad con las normas sobre la materia].

No menos importante se mostró el penúltimo párrafo del art. 46 según el cual el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado no excluirá la aplicación del artículo 46 al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato por adhesión.

Finalmente, el último párrafo del numeral 46 estableció que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta, además de la situación ventajosa que se genere para la empresa en perjuicio del consumidor, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como el resto de cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

Posteriormente, se promulgó el Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor. ¿Qué trajo de nuevo el D. Leg. 1045 en materia de condiciones generales? El art. 18 tuvo la siguiente redacción:

Artículo 18. Reglas generales sobre contratos de consumo.

“En los contratos entre consumidores y proveedores:

a. No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

b. Si los consumidores tienen derecho a desvincularse de determinado contrato, este derecho se ejercerá utilizando la misma forma, lugar y medios a través de los cuales dicho contrato fue celebrado.

c. En caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deberán ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser de ta-

(10) Lo advertí en una ajustadísima opinión, VEGA MERE, Yuri, *Los principales cambios en el Sistema de Protección al Consumidor*, en La Ley, Lima, N° 7, junio 2008, p. 7.

maño menor a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.

d. En las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otros, tengan por objeto:

(i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor; o,

(ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor;

Para la evaluación de las cláusulas antes señaladas, se tendrá en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y la información que el proveedor ha suministrado al consumidor.

Se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan el presente artículo.”

Los incisos a) y b) son loables, no hay duda. Lo que dudo es que existan *standard form contracts* que concedan ese derecho al consumidor.

La norma del inciso c) tuvo como antecedente la ley 28587. Pero era conveniente que dicha obligación (neoformalismo) se extendiera a todo el campo del consumo. Lo que resultó mejor, pero de compleja comprobación, es el deber de usar una redacción comprensible. Por supuesto, una norma de este tipo no podía faltar pese a que los consumidores, por regla, no leen los condicionados.

Siempre he considerado que las normas que tienen por objeto permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor, o establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento explícito e informado del consumidor, son normas que de alguna manera pierden efecto en sus intenciones pues casi siempre en tales reglas se exceptúan los casos en que se obtuvo la autorización del consumidor (que suele formar parte del propio condicionado).

Lo cierto, tras este rápido repaso de lo que ha sucedido normativamente en materia de cláusulas generales, es que el protagonismo de quienes han tenido oportunidad de legislar, siendo instancias diversas que van desde el Parlamento hasta entidades autónomas y especiali-

zadas, provocaron que terminemos con regímenes innecesariamente distintos dentro y fuera del Código Civil pues al interior del propio derecho del consumidor se dieron distintas soluciones (quizá las mejores) para el caso de los servicios financieros.

La Ley Complementaria (D. Leg. 1045) bien pudo generalizar los logros más destacados de la normativa sobre crédito de consumo con el fin de ofrecer mejores herramientas en la solución de los conflictos en los que se ven involucrados los consumidores. Lamentablemente, no fue así.

La descoordinación que ha existido hasta hace muy poco no ha sido resuelta por el Código de Consumo pero sin duda contiene un régimen más integrado que la normativa que le precedió.

3. ¿ERA NECESARIO TENER UN RÉGIMEN MÁS ELABORADO DE CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN? REFERENCIA A LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES

Debido a la falta de organicidad en la regulación de cláusulas generales en el campo del Derecho del consumo era palmaria la necesidad de que al interior de esta materia, al menos, se plasmara un conjunto sistemático de normas sobre el objeto en cuestión.

¿Era necesario incorporar un detallado conjunto de cláusulas calificadas como abusivas —según veremos— y recoger un principio general de identificación del carácter vejatorio de las mismas?

Con todas las limitaciones y lagunas que implica recurrir a fuentes foráneas para intentar enmarcar el tratamiento de un específico tópico, quisiera valirme de los aportes de un sector de la doctrina estadounidense que resultará altamente ilustrativo para los fines que persigo con estas líneas.

La cuestión relativa al uso de las condiciones generales y las discusiones sobre las salvaguardas a favor de los consumidores es un tema que no ha dejado de ser abordado en aquella doctrina. Debo advertir que existe una marcada tendencia en la doctrina de los Estados Unidos de América (incluso en el caso de Todd Rakoff) a favorecer la ejecución (*enforceability*) de las condiciones generales de contratación por parte de las Cortes, sin perjuicio, claro está, de sugerirse los límites para ello.

Aun cuando ya había sentado algunas ideas sobre los contratos estandarizados en diversas ocasiones, Karl N. Llewellyn, el padre del realismo americano, se volvió a ocupar de ellas en plena madurez de

su trayectoria cuando escribió su famosa obra *The Common Law tradition*. En ella, Llewellyn sostuvo que en lugar de aproximarse al tema bajo la idea de asentimiento a los términos, se debe reconocer que no hay consentimiento de todos los pactos. Lo que es acordado, específicamente, está dado por algunos pocos términos que son negociados (*dickered terms*). Para todo lo demás existe un consentimiento “sábana” (*blanket assent*) a los términos que son definidos por el vendedor pero que no pueden ser irrazonables, indecentes, ni pueden alterar o dismantelar el razonable significado de los términos negociados. De ello concluirá Llewellyn que la clave se encuentra en los términos negociados pues es en este núcleo en el que aún sobrevive el espíritu del contrato (no lo dice así, claro está). Aquellos términos no discutidos no pueden arrojar un resultado neto irrazonable (entiéndase, que altere los acuerdos reales o los que puedan ser esperados) pues ello sería actuar contra la buena fe:

“Such is the reality, an I see nothing in the way of a court’s operating on that basis, to truly effectuate the only intention which can in reason be worked out as common to the two parties, granted good faith. And if the boiler-plate party is not playing in good faith, there is law enough to bar that fact from benefiting it”⁽¹¹⁾.

Por su parte, el reconocido Prof. David Slawson, en un muy famoso trabajo de los años 70, intentó también esbozar algunas ideas relacionadas a los límites en el uso de las cláusulas generales. Slawson, que reconoció que el contrato tradicionalmente entendido era un ejercicio democrático por ser obra del acuerdo de las partes, atacó el problema derivado de la aparición de los contratos estandarizados tratando de encontrar alguna justificación del por qué una parte (la denominada *drafting party*) imponía sus términos a la otra.

Para ello, intentó valerse del Derecho público y, más específicamente, del derecho administrativo. Slawson apeló a la idea de que en muchas situaciones, siempre dentro de los cauces democráticos, los Parlamentos sólo legislan parcialmente y delegan el resto en las agencias administrativas⁽¹²⁾. Bajo esta premisa, el autor consideró que la delegación del poder para determinar los alcances de los términos de un contrato debe encontrar justificación en la demostración de que los términos definidos han de contar con el respaldo de “estándares” o

(11) LLEWELLYN, Karl N. *The Common Law tradition. Deciding appeals*. Little Brown & Company, Boston-Toronto, 1960, ps. 362 a 372, espec. 371 y 372.

(12) SLAWSON, W. David, *Standard form contracts and democratic control of lawmaking*, en *Harvard Law Review*, vol. 48, January 1971, n. 3, p. 533.

principios autoritativos (entiéndase, con autoridad) como sucede en el caso de las agencias administrativas que explican su actuación sobre la base de autorizaciones legislativas (y, por ende, conforme a cauces democráticos); mientras que en el caso de “estándares” no autoritativos (no democráticos en su origen) es menester encontrar (por las Cortes) alguna razón o principio que legitime los términos incorporados a las “forms” y que expliquen que la delegación de poder de un contratante al otro forma parte del juego democrático. La delegación es parte de la necesidad del sistema de producción en masa, razón por la que Slawson le acuerda validez a la misma dado que esta forma descentralizada de crear derecho (*lawmaking*) es socialmente deseable y beneficiosa. Al final, Slawson concluye que los términos que pueden ser incorporados gracias a la delegación de funciones únicamente pueden ser aquellos considerados razonables. Tiene razón Rakoff cuando sostiene que la posición de Slawson es una versión de la posición de Llewellyn impregnada de derecho público⁽¹³⁾.

Por su parte Rakoff postuló una nueva forma de aproximarse a los contratos por adhesión. Para este estudioso se deben separar los términos visibles (“*visible terms*”) de los términos invisibles (“*invisible terms*”). Los términos negociados son, claro está, los visibles, en tanto que los invisibles son aquellos presentados por el predisponente sobre la base de la alternativa “*take-it-or-leave-it*”⁽¹⁴⁾.

Para Rakoff distinguir entre unos y otros términos no es tarea fácil. Es más, le preocupaba que los términos impuestos sean producto de la actitud autoritaria de parte de las organizaciones o empresas, que además se aprovechaban de la supuesta “*duty-to-read*” las condiciones. Por ello, tras un exhaustivo análisis concluyó que los términos no negociados no deberían ser exigibles y que deberían ser suplidos por los “*default rules*”; es decir, por lo que nosotros llamaríamos derecho supletorio pero que en el *Common Law* estaría dado por el conjunto de reglas y principios desarrollados por las Cortes como parte del cuerpo del *Contract Law*.

Cierto es que al momento en que Rakoff escribió su muy conocido ensayo ya en los Estados Unidos se había publicado, por obra del *American Law Institute*, la segunda versión del *Restatement of Con-*

(13) RAKOFF, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, cit., ps. 1213 y 1214.

(14) RAKOFF, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, cit., p. 1251.

tracts⁽¹⁵⁾, aún vigente, cuya redacción estuvo primero a cargo de Robert Braucher, quien fuera sustituido —cuando fue convocado a la Corte de Massachusetts— ni más ni menos que por el conocido jurista (hoy desaparecido) E. Allan Farnsworth, que es quien más escribió sobre *Contract Law* durante la segunda mitad del siglo XX en aquel país.

En dicho importante documento (*Restatement [Second] of Contracts*), se contempló una regla aplicable a los contratos estándar:

“§211. STANDARDIZED AGREEMENTS

(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing.

(15) E. Allan FARNSWORTH considera que los *Restatements of Law* son fuentes de autoridad secundaria en los Estados Unidos de América, que no son otra cosa que la expresión del esfuerzo por sistematizar la jurisprudencia. Antes de ello, dice el autor, el derecho norteamericano sufría de vaguedad y complejidad y era imposible tener conocimiento de los precedentes y de la masa jurisprudencial en volúmenes innumerables. Por ello, se llegó a la idea de que era necesario sistematizar la jurisprudencia en aquellas áreas no regidas por la legislación con un texto de mayor autoridad que cualquier tratado. Así nacieron los *Restatements* bajo el auspicio del *American Law Institute*. El primero que vio la luz fue el *Restatement of Contracts* (1932) que tuvo como ponente a Samuel WILLISTON y contó con la asesoría de Arthur CORBIN. Los redactores siempre han sido personas que han gozado de gran autoridad y que a su vez discutían los proyectos en grupos compuestos por abogados, profesores y jueces. Los *Restatements* abarcan diversos temas: *Torts, Contracts, Conflicts of Laws, Property*, etc. y algunos tienen ya hasta tres versiones. No se trata de compilaciones ni normas aprobadas por autoridad alguna. La autoridad proviene de los precedentes, de sus redactores y de los organizadores (el *American Law Institute*). Por ello algunos autores prefieren hablar de *soft law* frente al derecho promulgado por el Estado (*hard law*) *Vid.*, FARNSWORTH, E. Allan, *An introduction to the Legal System of the United States*, Popular Prakashan, Bombay, 1988, ps. 78 a 80. Como bien dijo el afamado jurista GRANT GILMORE, *The ages of American Law*, Yale University Press, New Haven & London, 1977, ps. 72 y 73: “*The Restatements, although cast in statutory form, were not designed to be (and were not) enacted as statutes by any legislature. The idea or the hope was the Restatement formulations would exert a persuasive, even a compelling, force in purging the common law of eccentricities which might have arisen in particular jurisdictions and in promoting a soundly based uniformity throughout the country. The Restatements can be taken as a more direct method of achieving the same results which, earlier in the century, had been pursued through codification of commercial law. Samuel Williston, who, following the success of the Sales Act, had become the quasi-official draftsman for the National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, became the Chief Reporter for the American Law Institute’s Restatement of Contracts*”

(2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing.

(3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part. of the agreement.”

Como resulta de su redacción, el apartado (1) favoreció la exigibilidad de los términos a los cuales una parte se había adherido bajo la idea de la firma o el consentimiento a un escrito bajo la presunción de que los “*terms*” son aquellos que regularmente se incorporarían en una transacción como la concluida. El apartado (2) acuñó la interpretación de los términos siempre que sean razonables y tratando a todos los que los hubieran aceptado de modo similar sin considerar el conocimiento o entendimiento de los “*standardized terms*”. No obstante, el apartado (3), establece que si la parte adherente tenía razón para creer que su asentimiento no hubiera sido dado en caso hubiera sabido que el condicionado contenía un término particular, el término en cuestión no formaría parte del mismo.

El Prof. Joseph Perillo, de la Universidad de Fordham, considera que la regla del *Restatement (Second) of Contracts* sigue la regla de casos como el de *Weaver vs. American Oil*⁽¹⁶⁾, declarando que las partes no están obligadas a términos no desconocidos que se encuentran más allá de las expectativas razonables”⁽¹⁷⁾. Según Perillo, ello implica

(16) *Weaver v. American Oil Co.* 276 N.E.2d 144 (Ind. 1971). En este caso la compañía petrolera presentó al demandado, un arrendatario operador de gasolinera, un contrato estándar de arrendamiento, que contuvo, además de las provisiones normales de alquiler una cláusula que preveía que el operador mantendría indemne e indemnizaría a la compañía petrolera por cualquier negligencia de la compañía petrolera que ocurriese a los locales arrendados. El juicio surgió como consecuencia que un empleado de la compañía petrolera roció gasolina sobre Weaver y su ayudante y a consecuencia de ello les causó daños y se incendió el local arrendado. Esta acción fue iniciada por American Oil con el fin de que se declare responsable a Weaver. El fallo final favoreció al operador.

(17) Aun cuando en el texto del §211 del *Restatement (Second) of Contracts* no se alude expresamente a las expectativas razonables (*reasonable expectations*), en el comentario f) a dicha regla sí se hace referencia a ellas. Así, en dicho comentario encontramos que se señala que: “*f. Terms excluded. Subsection (3) applies to standardized agreements the general principles stated in §20 and 201. Although customers typically adhere to standardized agreements and are bound by them without even appearing to know the standard terms in detail, they are not bound to unknown terms which are beyond the range of reasonable expectations...”. Vid., Restatement of the Law Second, Contracts, 2d, Pamphlet núm. 2, §§178-315, American Law Institute, 1981, p. 122. Hago alusión a este detalle porque el Prof. de Texas*

la aplicación de noción de la “sorpresa injustificada” que es parte de la figura conocida como “*unconscionability*”⁽¹⁸⁾. Para Perillo, la posición del *Restatement* es que si la ordinaria persona razonable no debiera

WAYNE R. BARNES, *Toward a fairer model of consumer assent to Standard form contracts: in defense of Restatement Subsection 211(3)*, en *Washington Law Review*, May, 2007, 82, 2, ps. 251, sostiene que la doctrina de las expectativas razonables a pesar de estar vinculada al apartado 3 del §211 del *Restatement (Second) of Contracts*, es una doctrina principalmente aplicada en el terreno de los seguros, que provee que las expectativas objetivamente razonables de los tenedores serán resguardadas a pesar de que las condiciones de la póliza las niegue. Añade que dicha doctrina apareció justo el mismo año en que el ALI (*American Law Institute*) discutía el §211 (3) y que a pesar que uno de los proyectos era similar a tal doctrina, se dejó de lado para focalizar la preocupación sobre aquello que el consumidor hubiera rehusado como condición de haberla conocido. La doctrina de las expectativas razonables ha sido muy bien documentada por el Prof. W. David SLAWSON en su excitante libro *Binding promises. The late 20th-Century reformation of Contract Law*, Princeton University Press, New Jersey, 1996, ps. 44 a 73, en el que reconoce el gran mérito de Robert KEETON en asentar las ideas precursoras en su trabajo *Insurance Law Rights at variance with policy provisions*, *Harvard Law Review*, 1970, p. 961. Como señala Slawson, KEETON sostuvo simplemente que en caso de los seguros “...the reasonable expectations of the insured prevail even if they are at variance with the policy...”.

(18) La “*unconscionability*” es una figura que tiene del Derecho contractual anglosajón que tiende a impedir la ejecución de un contrato basado en la presencia de términos injustos para una de las partes. La falta de contraprestación (*consideration*) es una base pero no siempre suficiente como para hacer un contrato inexigible. Las Cortes suelen considerar que cuando existe diferencia en el poder de negociación para introducir términos que favorecen abrumadoramente los intereses de quien redactó los términos es posible recurrir a dicha figura. La doctrina americana distingue entre el abuso, irracionalidad o inescrupulosidad (*unconscionability*) en la etapa de formación del contrato (*procedural unconscionability*) y en el contenido del contrato (*substantive unconscionability*). Esta división proviene de un ensayo ampliamente citado de LEFF, *Unconscionability and the Code - The Emperor's new clause*, *U. Pa. L. Rev.*, 115, 1967, ps. 537/538.

Cuando un tribunal utiliza la figura en cuestión puede describir una conducta contractual inaceptable, por no ajustarse a los dictados de la conciencia. Además, cuando se juzga un contrato o un término irracional, el Tribunal se niega a que se cumplan las prestaciones que derivan del acuerdo.

Tanto el *Uniform Commercial Code* (que sí es una ley aprobada individualmente —a veces con ligeras adaptaciones— en cada Estado de la Unión) como el *Restatement (Second) of Contract* regulan la figura. Así, el UCC contiene el siguiente artículo:

“§2 -302. UNCONSCIONABLE CONTRACT OR TERM.

(1) *If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.*

(2) *If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present*

esperar una cláusula sorpresiva ésta no es parte del acuerdo. Según nuestro autor, se debe considerar dos factores para determinar si una persona razonable debiera esperar una particular provisión en una “form”: (1) si el término es bizarro u opresivo y (2) si elimina el propósito dominante de la transacción⁽¹⁹⁾.

Esta nota de lo razonable como límite a la incorporación de términos a los formularios también la encontramos en un ensayo del conocido Profesor Randy Barnett. También dentro de un intento de reconstrucción de la forma en que se debe entender cómo se consiente ante condiciones generales, Barnett encuentra que la aproximación a los “form contracts” no puede basarse en la concepción del contrato como una promesa, pues no se puede prometer lo que no se conoce, dado que, al igual que el resto de los autores antes citados, también el Profesor de Boston considera y parte de la idea de que los consumidores y adherentes no leen ni entienden necesariamente lo

evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination”.

Por su parte, el *Restatement (Second) of Contract*, inspirado en el UCC, contiene el art. 208:

“§208. UNCONSCIONABLE CONTRACT OR TERM.

If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result”.

El comentario d) a dicha regla del *Restatement* señala: “d. WEAKNESS IN THE BARGAINING PROCESS. A bargain is not unconscionable merely because the parties to it are unequal in bargaining position, nor even because the inequality results in an allocation of risks to the weaker party. But gross inequality of bargaining power, together with terms unreasonably favorable to the stronger party, may confirm indications that the transaction involved elements of deception or compulsion, or may show that the weaker party had no meaningful choice, no real alternative, or did not in fact assent or appear to assent to the unfair terms. Factors which may contribute to a finding of unconscionability in the bargaining process include the following: belief by the stronger party that there is no reasonable probability that the weaker party will fully perform the contract; knowledge of the stronger party that the weaker party will be unable to receive substantial benefits from the contract; knowledge of the stronger party that the weaker party is unable reasonably to protect his interests by reason of physical or mental infirmities, ignorance, illiteracy or inability to understand the language of the agreement, or similar factors”.

Sobre la *unconscionability*, *vid.*, FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts*, Aspen, New York, 2004, ps. 294 a 308; FARNSWORTH, E. Allan, *United States Contract Law*, Juris Publishing, 1999, ps. 102 a 107; HILLMAN, Robert A. *Principles of Contract Law*, Thomson West, Minnesota, 2004, ps. 212 a 217; así como el material jurisprudencial compilado que relaciona dicha figura con los contratos estandarizados en FULLER, Lon L. & EISENBERG, Melvin Aron, *Basic Contract Law*, Thomson West, 2006, Minnesota, ps. 692 a 712.

(19) PERILLO, Joseph M. *Calamari and Perillo on Contracts*, Thomson West, Minnesota, 2003, ps. 406 y 407.

que dicen los formularios estandarizados⁽²⁰⁾. Por esa razón, Barnett considera que al dejarse de lado la base de la promesa, nada impide que se pueda —en términos generales— consentir (no prometer) bajo la intención de querer quedar obligado legalmente (*consent to be legally bound*) lo que además podría ser interpretado, según entiende, objetivamente. Dicho “consentimiento”, no obstante, tendrá un límite: valiéndose de la calificación de Rakoff referida a los términos “invisibles”, Barnett entiende que se trata de términos inesperados que requieren mayor escrutinio del que el análisis económico del derecho provee. Por ello, entiende que si la mayoría de personas razonables no hubiera convenido en tales términos, entonces no puede considerarse que hubo voluntad de obligarse legalmente (“.. *if most reasonable persons would not have agreed to such a term, then the other party cannot assume consent to be bound to such a term unless it is made visible*”)⁽²¹⁾.

De alguna u otra manera, también el Prof. Farnsworth comparte (en su obra principal) como límite la solución adoptada por el *Restatement (Second) of Contracts*. Quizá ello sea producto de que fue él quien actuó como *Reporter* en dicho *Restatement*⁽²²⁾.

Más recientemente, diversos autores americanos mantienen la posición relativa a al uso de *boilerplate*, que es el término que se acuña ahora con mayor frecuencia en la doctrina estadounidense, es decir, la falta de lectura y entendimiento por parte de los consumidores y adherentes. Allí encontramos el trabajo de Ronald Mann, que alude a la necesidad de controlar términos *ex ante* y de exigir mayor información así como declarar inválidos *ex post* ciertos *terms* bajo la figura de la *unconscionability*⁽²³⁾; la necesidad de reafirmar como criterio de interpretación la pauta *contra proferentem*, como

(20) BARNETT, Randy E. “Consenting to form contracts”, en *Fordham Law Review*, 2002, vol. 71, ps. 627 a 630.

(21) BARNETT, *Consenting to form contracts*, cit., ps. 637 y 638.

(22) FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts*, cit., ps. 285 a 294. Por cierto, este notable jurista reconoce varios peligros en el uso de los contratos estandarizados: (i) la parte proferente tiene tiempo y asesoría de expertos para preparar los formatos que son redactados a su favor; (ii) la parte adherente no tiene familiaridad con los términos y no tiene oportunidad de leerlos, a lo que se suma la letra pequeña y las cláusulas complejas; (iii) no hay igual capacidad para negociar las cláusulas. La empresa usa su gran poder e impone sus términos: “*The form may be used by an enterprise with such disproportionately strong economic power that it simple dictates the terms*” (op. cit., p. 286).

(23) MANN, Ronald J. “Contracting for credit”, *Michigan Law Review*, 104, 5, March 2006, ps. 899 a 932.

sostiene Michelle E. Boardman⁽²⁴⁾; sin poder dejar de mencionar que el día de hoy existe una marcada tendencia a estudiar la aplicación de los contratos estandarizados en diversos sectores o actividades económicas, ya sea en la industria automotriz⁽²⁵⁾ o en la contratación electrónica⁽²⁶⁾, o en el mercado de crédito, a lo que se ha respondido favorablemente habida cuenta de la necesidad de “sectorizar” el estudio y la regulación de los condicionados generales⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾ y sin dejar de señalar que la crisis del año 2009 ha generado legislación federal de protección de los usuarios y consumidores en algunos sectores que no reseñaré.

He de añadir que no faltan quienes sostienen que existen consumidores que no son profanos o bien, como lo advierten Lucian Bebchuk y el Prof. Richard Posner⁽²⁹⁾, que son oportunistas y que se aprovechan de la reputación de la empresa que usa “*standardized terms*”, reputación que el consumidor no está constreñido a conservar. Como además sostienen dichos autores, la existencia de condicionados decididos unilateralmente no implica que la transacción será a favor de una sola de las partes: los vendedores también tratan con respeto a los consumidores. Además, los vendedores apuestan al futuro y son jugadores permanentes en el mercado de modo que deben conservar una actitud que no disuada o les haga perder posibles nuevos consumidores.

De lo hasta aquí expuesto resulta evidente que el abordaje de un tema como el de las cláusulas generales no admite un único enfoque ni tolera un único tratamiento.

(24) BOARDMAN, Michelle E. “*Contra proferentem*: The allure of ambiguous boilerplate”, Michigan Law Review, 104, 5, March 2006, ps. 1105 a 1128.

(25) BEN-SHAHAR Omri & WHITE, James J. “Boilerplate and economic power in auto manufacturing contracts”, Michigan Law Review, 104, 5, March 2006, ps. 953 a 982.

(26) HILLMAN, Robert A. “Online boilerplate: World mandatory website disclosure of e-standard terms backfire?”, Michigan Law Review, 104, 5, March 2006, ps. 837 a 856.

(27) RAKOFF, Todd D. “The Law and Sociology of Boilerplate”, Michigan Law Review, 104, 5, March 2006, ps. 1235 a 1246. Todos los trabajos publicados en la Michigan Law Review, 104, 5, March 2006, que he venido citando corresponden al Symposium organizado por dicha Universidad “*Boilerplates*”: *Foundations of Market Contracts*.

(28) Que alguna vez propusimos en unas ajustadas líneas que parecen no haber despertado ningún interés; VEGA MERE, YURI, *Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación*, cit., ps. 57/C ss.

(29) BEBCHUK, Lucian A. & POSNER, Richard A. “One-sided contracts in competitive consumer markets”, Michigan Law Review, 104, 5, March 2006, ps. 827.

La intención de este ajustado sobrevuelo a algunas opiniones intenta mostrar ciertos hechos. Primero, que siempre se ha reconocido [en la doctrina americana, de la que nos estamos valiendo] que los adherentes no leen ni entienden los *terms*. Segundo, que ello se puede prestar a la imposición de términos por parte del predisponente (*drafting party*). Tercero, que siempre habrá límites, ya sea por obra de la legislación [como sucede en países como el nuestro o en algunos *statutes* americanos del sector crediticio relativos a la obligación de proporcionar información que contienen la regla conocida como *mandatory disclosure*] o como producto del esfuerzo de las Cortes (aplicando, cuando se deja de lado ciertos *terms*, las *default rules*) o de reglas no estatales (del *soft Law* como ocurre con el *Restatement [Second] of Contracts*), así como por consecuencia de algunas opiniones autorizadas de juristas que coinciden en algunos matices.

En algunas de aquellas opiniones citadas hemos advertido la insistencia con la cual se usa la idea de la “razonabilidad” como pauta que limita y redefine el contenido de los contratos estandarizados a partir de la referencia a las expectativas de los adherentes-consumidores para determinar los alcances de los acuerdos. Entiendo por expectativa aquello que el consumidor (o adherente) asume que sucederá y que considera —aunque la expresión parezca un tanto gruesa— como parte de sus “activos”. El grado de la probabilidad de que ello sea así depende intensamente del contexto y de la confianza en la situación en la que se desenvuelve, cuya construcción obedece en gran parte a la actuación de los proveedores. Una expectativa, por lo demás, supone un hecho futuro. Lo contrario a ese hecho causará decepción o será una sorpresa; ello variará según el grado de alimentación de la expectativa.

El Código de Consumo ha abordado el tema de la expectativa sólo en dos ocasiones. Así, el inciso 2 del numeral V (Políticas Públicas) señala que:

“2. El Estado garantiza el derecho a la información de los consumidores promoviendo que el sector público respectivo y el sector privado faciliten mayores y mejores espacios e instrumentos de información a los consumidores a fin de hacer más transparente el mercado; y vela por que la información sea veraz y apropiada para que los consumidores tomen decisiones de consumo de acuerdo con sus **expectativas** “(resaltado mío).

También lo hace al etiquetar su art. 21 pues el epígrafe de este numeral alude a las expectativas del consumidor. Al desglosar su contenido advertimos que en él se regula el tema de las garantías de los productos o servicio lo que, sin duda, es sólo parte de su protección.

El aludir a expectativas conduce, necesariamente, a su razonabilidad, es decir, a lo que debe esperarse en atención a las circunstancias en que el consumidor recibe la información de un bien o servicio.

Con ello, no pretendo equiparar la “razonabilidad” de las expectativas con el comportamiento de un individuo “maximizador” que apuesta al futuro con una alta probabilidad de éxito debido a que ha obrado premunido de la información, conocimiento y con las habilidades que le permiten desenvolverse eficientemente en la asignación de recursos dentro del mercado, que es el prototipo o modelo que aplican los partidarios de la visión economía neoclásica cuando insisten en que todas las personas actúan (o deben actuar) racionalmente en el mercado buscando optimizar la asignación de recursos para obtener el máximo beneficio. Es decir, que obran de modo eficiente y practican elecciones racionales al momento de concluir diversas transacciones.

Tampoco quiero referirme a la figura del consumidor razonable [que tanta polémica generó en su momento] y que apareció en diversos pronunciamientos de la Comisión de Protección al consumidor y en el Tribunal de Defensa de la Competencia⁽³⁰⁾. Los Lineamientos sobre protección al consumidor de la Comisión de Protección al Consumidor (Resolución núm. 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI) lo describieron como el consumidor que actúa diligentemente que no tiene por qué ser un experto. Luego, por obra del D. Leg. 1045 se incorporó la referencia expresa al usuario diligente y el actual Código de Consumo abandonó toda discusión al consagrar el principio de buena fe en el numeral 5 del art. V del Título Preliminar (Principios):

“5. Principio de Buena Fe. En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe, de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

De esa manera, la actuación leal, correcta (y diligente, añadiría) pasa a ser un parámetro de medición del comportamiento de todas las partes involucradas en una relación de consumo y no sólo del usuario.

(30) El concepto de consumidor razonable ha sido utilizado, entre otras, en diversas circunstancias (en mi opinión, de modo adecuado), en las Resoluciones N^{os} 0395-2000/TDC-INDECOPI, 1486-20057CPC, 1101-2007/CPC, 371-2008/CPC, etc.

En el caso de enfrentarse a un condicionado general, debe destacarse que en la norma apenas citada se indica que la conducta del consumidor se analiza a la luz de las circunstancias del caso, como la información brindada y otros elementos. Tal contexto no es irrelevante ni su inclusión para la tarea encomendada es baladí. Sin llegar al extremo de considerar que los usuarios deben comportarse como el *homo economicus* de la escuela neoclásica, lo cierto e innegable es que los consumidores no leen ni entienden los *standard form contracts*. La existencia de términos o transacciones que pueden ser ineficientes o injustas provienen, precisamente, del hecho incontrovertible de que los predisponentes saben que los consumidores actuarán de esa manera. De modo que si la realidad muestra ello, la ausencia de todo tipo de monitoreo sobre los condicionados generales los convertiría en un mecanismo de incentivo para que las empresas tomen ventajas derivadas de las limitaciones cognitivas o por el hecho de que los compradores no necesariamente se comportan como “maximizadores”⁽³¹⁾.

El cuestionamiento del modelo del individuo que actúa de modo eficiente, racionalizando y maximizando recursos y ganancias en el mercado proviene de los estudios dedicados al *behavioral economics* que han puesto en tela de juicio las asunciones de los economistas neoclásicos y de quienes son partidarios del análisis económico del derecho. Debo confesar que no se trata de estudios de fácil asimilación: son enfoques que han tomado los aportes de la psicología sobre el comportamiento económico de los individuos⁽³²⁾ y que paulatinamente (tras haber sido inicialmente repudiados por los economistas) se han fusionado con herramientas de la economía que se traducen en estudios empíricos que exigen un altísimo grado de conocimiento técnico con la finalidad de medir, como decíamos, el comportamiento de las personas en el mercado o al momento de asignar recursos y concluir transacciones.

Dado que la bibliografía relativa al *behavioral economics* no es de fácil comprensión, se ha requerido de grandes esfuerzos para procesarla e intentar aplicarla al derecho contractual y al campo del consumo de una forma que pueda ser de rápido acceso para los no especialistas. El precursor en los Estados Unidos ha sido el siempre innovador

(31) Ampliamente, KOROBYN, Rusell, “Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability”, en *The University of Chicago Law Review*, 2003, 70, ps. 1216 a 1244.

(32) Y también en otras áreas de actuación.

y original jurista, Prof. Melvin Aron Eisenberg, quien en 1995 escribió un ensayo provocador⁽³³⁾. Según este autor las asunciones relativas a que las partes obran con total conocimiento y buscan racionalmente maximizar la utilidad esperada no son reales debido a que los contratantes tienen limitaciones cognoscitivas. Contratar implica acciones adoptadas sobre la base de lo que ocurrirá en el futuro y este siempre se caracteriza por su incertidumbre⁽³⁴⁾. Las habilidades de quienes se adhieren a contratos estandarizados para conocer las opciones abiertas en el futuro no necesariamente son ilimitadas de modo que no siempre podrán acertar en los cálculos sobre los riesgos.

Eisenberg advierte tres clases de limitaciones cognitivas: (a) la racionalidad limitada (b) límites a la disposición o disposición irracional y (c) la capacidad defectuosa⁽³⁵⁾.

La racionalidad limitada tiene relación con la imposibilidad de asimilar o acopiar toda la información necesaria durante el proceso de contratación para adoptar una decisión óptima: no hay siempre tiempo, ni energía, ni capacidad de memoria (pues las personas no son computadoras y pueden tener problemas para organizar la data que acumulen). Tomar información requiere todos esos recursos y muchos actores no quieren asignar recursos, los costos son elevados o bien elijen sobre determinados rangos de ignorancia racionalmente asumida. Otros procesan de manera imperfecta la información por la inhabilidad de entenderla o por la complejidad de las decisiones que deben adoptarse.

Los límites a la disposición o la *irrational disposition* se expresan a través del exagerado e irreal optimismo con que obran algunos actores sobreestimando las posibilidades de los resultados que persiguen o bien subestimando contingencias que afecten sus expectativas bajo la creencia que podrán superar los obstáculos que se presenten (están ausentes el escepticismo y la cautela). Un ejemplo (que supera el ámbito contractual o económico) está dado por aquellos que estiman que nunca se divorciarán.

(33) EISENBERG, MELVIN ARON, "The limits of cognition and the limits of contract", en *Stanford Law Review*, 46, 1995, p. 211 ss.

(34) EISENBERG, "The limits of cognition...", cit., p. 213.

(35) EISENBERG, "The limits of cognition...", cit., p. 214 ss. Algunas ideas han sido reiteradas por EISENBERG en otro apasionante ensayo que ha escrito bajo el título de "The emergence of dynamic Contract Law", en *California Law Review*, 2000, 88, ps. 1781 a 1789.

La capacidad defectuosa es un concepto más complejo pues tiene relación con los errores sistemáticos que cometen algunos actores en la búsqueda, procesamiento y ponderación de información y escenarios que conducen a acciones erráticas. Uno de esos defectos es, por ejemplo, la defectuosa capacidad para resolver problemas (heurística)⁽³⁶⁾. Otras expresiones de esta capacidad defectuosa pueden ser: (i) tomar decisiones sobre la base de información inmediatamente a disposición y no acopiando información relevante; (ii) no saber diferenciar entre el presente y el futuro; (iii) tomar muestras pequeñas como representativas; (iv) no saber comparar los actuales costos y beneficios con los que se presenten en el futuro; (v) subestimar riesgos; etc⁽³⁷⁾.

Como dice el Prof. Eisenberg, aquellas limitaciones cognitivas también tienen incidencia al contratar con arreglo a *boilerplate terms* pues los alcances están proyectados al futuro y en esa proyección se puede subestimar riesgos o sopesar erróneamente los beneficios y costos sucesivos al confrontarlos con los actuales⁽³⁸⁾, a lo cual se suma la incapacidad para entender los alcances de las cláusulas de contratación y la creencia que invertir en entenderlos podría costar más que los riesgos futuros que se ponderan con baja probabilidad frente a aquello que se espera del contrato.

Estos problemas, sin duda, pueden conducir a exigir un mayor control de los condicionados generales ya sea de manera preventiva (*ex ante, ope legis* o por medio del control de la administración “sectorizada”) o bien a confiar en la reacción (control *ex post*) de las Cortes ante términos que aparezcan opresivos o que se aprovechen de las limitaciones cognitivas de los consumidores, especialmente cuando tales limitaciones conducen a decisiones irracionales, aun cuando estas decisiones irracionales sean conscientes como sucede cuando se tiene certeza de la limitada información con la que se adquirirá un producto o servicio.

No tengo certeza ni creo que la aplicación del concepto de consumidor diligente hubiere llegado a tanto como para considerar los reparos relacionados con las limitaciones cognitivas o, llegado el caso, comprenda factores sociales como la presión o los problemas de los analfabetos⁽³⁹⁾, que se vienen advirtiendo en algún sector la doctrina

(36) EISENBERG, “The limits of cognition...”, cit., p. 220.

(37) EISENBERG “The emergence of dynamic...”, cit., ps. 1782 a 1784.

(38) EISENBERG, “The limits of cognition...”, cit., p. 240.

(39) BARNES, “Toward a fairer model of consumer assent to Standard form contracts: in defense of Restatement Subsection 211(3)”, cit., ps. 260 a 262, refiere un

norteamericana. Tampoco creo que la actuación de buena fe, que exige el Código de Consumo, extienda su manto cobertor a ese supuesto; más aún si sabemos que existe también una férrea oposición a mayores intervenciones o reglamentaciones del mercado promovidas por aquellos estudios que muestran las falencias del comportamiento de los individuos en el mercado⁽⁴⁰⁾, dado que ello generaría —se sostiene— mayores costos y podrían marear (o guiar mal) a los consumidores⁽⁴¹⁾ que tendrían, en su mayoría, todas las condiciones y habilidades básicas para entender las operaciones que realizan.

No obstante, creo que este escenario en el que no prima necesariamente la conducta de un “maximizador” es el que se hace conveniente la regulación del uso de los condicionados generales.

4. (SIGUE) LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES

Debo advertir que no todos los contratos de consumo quedan sujetos a condiciones generales de contratación. En otros casos, los contratos se someten a cláusulas expuestas en vitrinas, paredes, cuadros o cualquier otra forma de publicidad sin que se suscriba ningún documento.

En no pocos casos, lo que insta a concluir contratos de consumo se remonta a la publicidad. Lo que intento remarcar es que los proveedores actúan, en no pocas ocasiones, despertando expectativas en

ejemplo de la presión que se ejerce sobre un consumidor que quiere alquilar un auto y se pone a revisar las condiciones de contratación que se las entregan en el *counter* mientras esperan otros consumidores más apurados que aquél.

(40) Decididamente Richard A. EPSTEIN, “Behavioral economics: human errors and market corrections”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, Winter 2006, ps. 111 a 132. Este artículo es parte de un especial publicado con ocasión del Symposium: *Homo Economicus, Homo Myopicus, and the Law and Economics of Consumer Choice*, en el que escriben autores connotados como Douglas Baird, Oren Bar-Gill, Colin F. Camerer, George Lowenstein, Cass Sunstein, entre otros. También puede verse, del mismo Richard A. EPSTEIN, “The neoclassical economics of consumer contracts”, en *Minnesota Law Review*, 2008, 92, ps. 803 a 835. EPSTEIN, en efecto, considera que lo que se pretende con aquellos estudios (*behavioral economics*) es incrementar las regulaciones del mercado (pgs. 803 y 808), sin perjuicio de reconocer la necesidad de regulación en dos campos como son el caso de información imperfecta y el de monopolios privados en la medida en que se trate de monopolios naturales que requieran alguna forma de regulación de sus tarifas. En cuanto a la información perfecta, EPSTEIN no discute que los cálculos descuidados de los beneficios o costos esperados de particulares acciones pueden conducir a elecciones erráticas.

(41) EPSTEIN, “The neoclassical economics of consumer contracts”, cit., ps. 806 y 807.

los consumidores que nada tienen que ver con el control del eventual carácter vejatorio de los *standard form contracts*. Por el contrario, se trata de casos en los que las empresas ofrecen determinadas condiciones que podrían no estar incorporadas en los formatos o formularios, o bien estos podrían contradecir lo que se ofreció como parte de la promoción de un bien o servicio.

Para ello, es evidente que habrá que revisarse la publicidad, el marketing, la conducta entre las partes o del proveedor y sus agentes al momento de promover los productos o servicios dado que todo aquello que ofrezcan es capaz de generar expectativas.

Por lo tanto, y siempre sin perjuicio del control de las cláusulas vejatorias o abusivas por obra del control legal o administrativo (previo y general), se tendrá que determinar si la confianza que fue creada por el proveedor generó expectativas en el usuario que luego son desvirtuadas por los términos estandarizados del formulario que firma: o bien no se recogen, o bien se excluyen.

Esas expectativas deberán tener un fundamento objetivo y razonable. Me parece, por ello, que “lo razonable” se ha de desplazar—en buena parte— del comportamiento del usuario a sus expectativas, sin perjuicio —insisto— de la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas.

El test de la razonabilidad de las expectativas parece estar ligado a diversas circunstancias que conforman un determinado escenario: (a) la percepción que tendrá una persona diligente que se encuentra en el mismo contexto en el que hallamos al consumidor; (b) la actuación por parte del proveedor; (c) la difusión de determinadas condiciones que generan confianza y creencia sobre argumentos y bases objetivas y sólidas; (d) la existencia de cláusulas generales que no necesariamente coinciden o son congruentes con la difusión de aquellas condiciones señaladas en el literal (c).

La razonabilidad de las expectativas recurre a la congruencia que debe mantenerse entre lo que promete u ofrece el proveedor y lo que finalmente deberá cumplir aun cuando use los *forms* para eludir esas promesas, convirtiéndose, aquellas expectativas, en objeto de protección que redefinirán los alcances de los clausulados generales, incorporando las expectativas o considerando como no aplicables determinados términos no compatibles con aquellas.

Si bien el régimen de las cláusulas generales apunta al aspecto formal de su difusión y puesta en conocimiento, por un lado, y al control de su contenido, por otro, la intención que está detrás de las normas

que regulan tales materias es proteger a los adherentes y consumidores de las cláusulas vejatorias que generan un desequilibrio contractual incompatible con el principio general de la buena fe.

La invocación del criterio dado por las expectativas razonables tiene relación no con la abusividad de ciertas condiciones que puede o no haber conocido el consumidor. Tampoco tiene que ver con la supuesta “*duty-to read*” que se exige a los usuarios. Las expectativas razonables tienen relación con el comportamiento del proveedor y la generación de confianza en ciertos hechos (o derechos) que no se contemplan dentro de los formularios o que son contradichos por estos, pero que al ser razonables, por las circunstancias en que se produjo la transacción [comprobada la diligencia del deudor] merecen ser incorporadas como parte de los *standard terms contracts* o prevalecer sobre algunos de dichos términos.

De esa manera, creo que [insisto una vez más] sin perjuicio del control de las cláusulas abusivas, las expectativas razonables de consumo del consumidor diligente encuentran plena protección y redefinirán el contenido del contrato celebrado con arreglo a términos estandarizados⁽⁴²⁾.

Además de las normas del Código de Consumo que he aludido y que se refieren expresamente pero de modo un tanto lacónico o indirecto a las expectativas razonables.

5. LA DISPERSIÓN DEL TRATAMIENTO LEGISLATIVO SOBRE LAS CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN EN EL DERECHO COMÚN Y EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Cuando se mira al ordenamiento jurídico de manera aislada y no como un bosque se comete errores de coordinación o se crean bloques

(42) He insistido, a lo largo de estas líneas, en que el análisis de las “expectativas razonables” de los consumidores se ciñe a su relación con las cláusulas generales de contratación pues al valerme, para ello, de opiniones autorizadas de algunos juristas contractualistas estadounidenses, no debo dejar de mencionar que el criterio de las “expectativas razonables” fuera del *Contract Law* se encuentra fuertemente cuestionado en el terreno de la responsabilidad por productos defectuosos abordada en el *Restatement (Third) of Torts*, en la parte dedicada a *Products Liability*, de 1998, obra de JAMES A. HENDERSON JR. y AARON D. TWERSKI. Para una interesante polémica sobre la eventual supervivencia de dicho criterio frente al nuevo parámetro adoptado en el *Restatement (Third) of Torts, Products Liability*, relativo al análisis del “riesgo y utilidad de un producto”, puede verse KYSAR, DOUGLAS, “The expectations of consumers”, en *Columbia Law Review*, 2003, 103, ps. 1700 a 1790 y la respuesta de JAMES A. HENDERSON JR. y AARON D. TWERSKI, “Consumer expectations’ last hope: A response to Professor Kysar”, en la misma publicación, ps. 1791 a 1802.

normativos que pudieron mantener unidad. Ello es lo que me parece viene ocurriendo con el régimen legal de las cláusulas generales de contratación destinadas al control de su eventual carácter abusivo.

En otro lugar he sido crítico con las diferencias entre las cláusulas aprobadas y no aprobadas administrativamente al interior del Código Civil pero he aceptado la diferencia de régimen de las cláusulas generales del marco de protección del consumidor⁽⁴³⁾. No todos los adherentes son consumidores.

Sin embargo, creo que al interior del propio derecho del consumo se ha iniciado un proceso de diferenciación que no me parece adecuado. Siempre, claro está, refiriéndome al tema de las condiciones de contratación.

En efecto, mientras que la derogada Ley de Protección ha atravesado por diversos cambios y en ella se ha incorporado normas sobre las cláusulas generales (que no voy a analizar, en esta oportunidad, a detalle), en la Ley de protección en el sector financiero hubo un mejor desarrollo, en mi opinión, curiosamente por obra de un Reglamento que no tiene, lamentablemente, rango de ley, pero que se mostró como un subsistema más abierto, más flexible, más permeable y, por tanto, capaz de auto oxigenarse sin necesidad de esperar enmiendas normativas que a veces llegan tardíamente. Me refiero al Reglamento de transparencia de información y disposiciones aplicables a la contratación con usuarios del sistema financiero, aprobado por Resolución SBS núm. 1765-2005, que incorporó una pequeña lista de cláusulas que debían sujetarse a la aprobación administrativa (art. 43) y una lista de cláusulas abusivas (art. 46) sin perjuicio de contener la famosa cláusula de cierre del sistema alemán y la Directive europea del 05 de abril de 2003 (art. 46, primer párf. *“Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”*).

Aun cuando la última modificación a la Ley de Protección (D. Leg. 1045) tuvo algunos atisbos, la mejor oportunidad se presentó con ocasión de la promulgación del Código de Consumo. Sin embargo, tengo

(43) VEGA MERE, YURI, *Contratos de consumo (Estudios sobre el derecho del consumidor)*, Editorial San Marcos, Lima, 2004, ps. 31 a 54.

la sensación que por el apresuramiento con el cual se discutió el Código en general y especialmente el tema de las cláusulas generales, los avances que se han logrado no son muy halagadores.

El Código de Consumo contiene, en mi opinión, tres niveles de control.

El primer nivel podría denominarse “formal” o de regulación de la “presentación” que se exige a las cláusulas contenidas en un contrato por adhesión o celebrado con arreglo a CGC. Así, el art. 48 dispone:

“Artículo 48º. Requisitos de las cláusulas contenidas en un contrato de consumo por adhesión

En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

a. Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b. Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción.

c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Lo dispuesto en el presente artículo resulta de aplicación a los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación, se encuentren o no sometidas a aprobación administrativa.

En realidad, el inciso c) no es un requisito de forma y su incorporación es innecesaria tal como veremos cuando revisemos el art. 49. Sin embargo, podría ser muy útil si asumiéramos que el inciso c) del numeral 48 prevalece sobre la definición del 49.1 cuando se refiere a la aprobación administrativa, según veremos, que es uno de los mayores errores del Código de Consumo.

Lo cierto es que con la norma del art. 48, además de la claridad, concreción y sencillez que se exige⁽⁴⁴⁾, se busca entregar oportuna-

(44) Sin perjuicio de lo que prescribe el art. 47 del Código de Consumo:

“ARTÍCULO 47º. PROTECCIÓN MÍNIMA DEL CONTRATO DE CONSUMO.

En los contratos de consumo se observa lo siguiente:

a. En los contratos cuyas condiciones consten por escrito o en algún otro tipo de soporte, debe constar en forma inequívoca la voluntad de contratar del consumidor. Es responsabilidad de los proveedores establecer en los contratos las res-

mente al usuario el bloque total del condicionado o de las cláusulas que aplicarán al contrato de consumo a fin de evitar cláusulas sorpresivas que se encuentren referidas pero que no hubieren sido de conocimiento previo o simultáneo del consumidor (piénsese en las remisiones a páginas web a las cuales no todos tienen acceso).

No voy a detenerme tanto en este primer filtro de control legislativo dado que el Código sigue una línea que es habitual en la legislación comparada y, por tanto, no requiere de mayor justificación.

Un segundo nivel de control se da a través de una mixtura de control legislativo y administrativo cuando el art. 54 establece determinadas pautas para la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación:

“Artículo 54º. Aprobación de cláusulas generales de contratación

54.1 En el caso de los contratos de consumo celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, sujetos o no a regulación económica, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación está a cargo del organismo regulador competente, conforme a la ley de la materia y a las disposiciones que emita para dicho efecto.

54.2 En el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Admi-

tricciones o condiciones especiales del producto o servicio puesto a disposición del consumidor.

b. No pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

c. Los consumidores tienen derecho a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados para la celebración de los contratos para desvincularse de estos, como por ejemplo la vía telefónica, cualquier medio electrónico u otro análogo. Esta facultad comprende la contratación de prestaciones adicionales o complementarias.

d. En el caso de formularios contractuales, los caracteres de estos deben ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser inferiores a tres (3) milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.

e. Los proveedores deben entregar a los usuarios copia de los contratos y demás documentación relacionada con dichos actos jurídicos cuando estos hayan sido celebrados por escrito, incluidas las condiciones generales de la contratación. Los proveedores son responsables de dejar constancia de la entrega de los documentos al consumidor. En el caso de contratación electrónica, el proveedor es responsable de acreditar que la información fue puesta oportunamente a disposición del consumidor.

No son exigibles las cláusulas, condiciones, estipulaciones y prácticas que infrinjan el presente artículo.”

nistradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.

54.3 La aprobación general de la cláusula general de contratación sólo puede ser cuestionada en la vía judicial. El consumidor o usuario directamente afectado respecto de la aplicación concreta de la referida cláusula puede recurrir ante la autoridad administrativa o judicial competente para que emita pronunciamiento en el caso en concreto.

54.4 Si con motivo de una investigación efectuada en el ámbito de su competencia, sea en el marco del desarrollo de investigaciones preliminares o de los procedimientos a su cargo, el Indecopi detecta un mercado en el que resulta pertinente la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación, informa de esa circunstancia a la Presidencia del Consejo de Ministros, a la que le corresponde decidir la necesidad de designar una autoridad encargada de ello.

54.5 En la aprobación de las cláusulas generales de contratación, la autoridad administrativa identifica las cláusulas abusivas y emite normas de carácter general que prohíben su inclusión en contratos futuros”.

Los dos primeros incisos no constituyen ninguna novedad, aunque podría decirse que el primero inciso (los contratos celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos, sujetos o no a regulación económica) bien podría entenderse como una clara intención de sentar como principio que dichos contratos (en la medida en que se suscriban por escrito o que queden sujetos a CGG) deberán ser aprobados por la autoridad reguladora, aunque ciertamente se remite a la legislación sectorial y es posible que tal aprobación no esté prevista en todos los casos.

Novedoso es, más bien, el inciso 3 del numeral 54 sin perjuicio de señalar que su redacción parece contradictoria pues tras señalarse que la CGC aprobada sólo puede ser cuestionada en la vía judicial, sin embargo añade que el consumidor afectado puede recurrir a la autoridad jurisdiccional (lo que constituye el típico control judicial que es posterior al administrativo) o a la autoridad administrativa para que se pronuncie en el caso concreto. Pero, ¿acaso no sólo se cuestiona judicialmente la condición aprobada por la administración? Si ya fue aprobada y no se acusó ningún signo de abusividad o vejatoriedad, ¿debe la autoridad administrativa, en el caso concreto —como dice la norma— cambiar de posición y mantenerla como aprobada para el resto de casos? Tendremos que esperar una explicación del autor o autores de esta disposición para poder entender qué pretendió decir. Por ahora aparece como una norma contradictoria. No debemos olvidar que el inciso 5 de este mismo art. 54 del Código de Consumo establece que la referida autoridad, al aprobar los *standard forms* identifica los

términos abusivos y emite normas con carácter general que prohíben su inclusión en los condicionados, de modo que también este último inciso nos muestra que la disposición del inciso tercero adolece de una redacción ininteligible.

El inciso 4 del art. 54 contiene, antes que una norma de directa aplicación a las CGC, un mandato o bien el reconocimiento de la atribución a favor del Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi).

El art. 49 contiene tres normas, la primera de las cuales tiene una redacción que, en mi opinión, ha terminado siendo poco feliz pues desaprovecho la oportunidad para superar las críticas que se han formulado contra los arts. 1393 y 1938 del Código Civil cuando permite la inclusión automática de los términos propuestos por la *drafting party* cuando recibe aprobación administrativa y no sanciona con invalidez las cláusulas que el propio art. 1398 considera abusivas por el simple hecho de contar con la antedicha aprobación.

Desafortunadamente, el art. 49.1. del Código de Consumo repitió el plato del numeral 1398 del Código Civil al descartar, por lo menos en la cláusula considerada como “general” o “de cierre” de todo sistema legal de control CGC, el eventual carácter abusivo de ciertos términos predispuestos por existir una conformidad de la autoridad administrativa. En efecto, en esta regla se señala que:

“Artículo 49°. Definición de cláusulas abusivas

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos”.

La disposición no sólo parece carecer de coherencia cuando se recuerda el tenor del literal c) del art. 48 del Código de Consumo, que exige buena fe y equilibrio en todos los contratos de consumo proscribiendo las cláusulas abusivas sin importar que estas condiciones hagan parte de *forms* que cuentan con aprobación administrativa. Lo que es más grave: ni el numeral 50 ni el 51 del mismo Código, que sancionan con ineficacia absoluta o relativa condiciones abusivas alude en ningún momento a la aprobación administrativa. Porque, ciertamente, si se concediera prioridad al texto de la norma del art. 49.1. y con ella se interpretara los mencionados arts. 50 y 51, entonces llegaríamos a la conclusión (no deseable) que los términos abusivos de un *boilerplate* similares a los mencionados en estas dos últimas reglas del

Código de Consumo no son ineficaces por gozar de la bendición de la autoridad administrativa. No comparto, como es evidente, tal conclusión. Por ello, resulta conveniente modificar el tenor del numeral 49.1.

Una de las normas que proviene de la experiencia y de la legislación comparada es la contenida en el art. 49.2. según la cual para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

Finalmente, el numeral 49.3. prevé que si la *drafting party* alegase que una condición ha sido negociada con el fin de evitar la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas, deberá probarlo.

Me llama profundamente la atención que pese a que el Código Civil sancione con invalidez las cláusulas abusivas y la normatividad bancaria con nulidad, los autores o ponentes de los arts. 50 y 51 del Código de Consumo introdujeran una sanción de ineficacia contra los términos vejatorios. Es más, mientras la primera de las reglas se refiere a un supuesto de ineficacia absoluta, la segunda contempla una suerte de ineficacia relativa:

Artículo 50°. Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculden al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculden al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o

a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.

f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.

g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.

h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

Artículo 51º. Cláusulas abusivas de ineficacia relativa

De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.

c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.

d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.

e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.

f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato”.

El asunto no es de escasa importancia y genera una serie de interrogantes, sin perjuicio de saludar, finalmente, la inclusión de lo que en la legislación comparada suele denominarse listas “negras” y “grises”, aunque ciertamente, las CGC del art. 51 no son meramente sospechosas; son cláusulas a las que no se reconoce efectos pero sólo en el caso concreto, para lo cual será de mucha utilidad la pauta del numeral 49.2. del Código de Consumo.

Una de las primeras objeciones que generará preguntas y problemas de aplicación que entiendo serán resueltos en último término por los Tribunales tiene relación con la diversidad de consecuencias que encontramos: cláusulas inválidas (Cód. civ.), nulas (legislación bancaria) e ineficaces (Cód. de consumo) que en algunos casos son del mismo sentido; por ejemplo las que facultan al predisponente a resolver unilateralmente el contrato o a prorrogarlo. Es claro que ante un contrato de consumo se aplicaría, en virtud del principio de especialidad, el Cód. de consumo; pero el Juez o quien resuelva también podría invocar el art. 1398 del Cód. civil en la medida en que el art. 53 del Cód. de consumo establece que las CGC se rigen por las disposiciones de este Código y del Cód. Civil. En suma, el Juez o quien resuelva aplicará dos normas cuyas consecuencias no son coincidentes pues, en general y no sólo para el caso que nos ocupa, no todos los actos o términos ineficaces son inválidos ni todos los términos inválidos. De ello, por supuesto, podrían derivar temas de congruencia dentro de un proceso judicial entre lo demandado y lo resuelto.

No está de más recordar que ni nuestra doctrina civilista ni el Código Civil han desarrollado de manera coherente y orgánica una doctrina sobre la invalidez y la ineficacia y que los diversos supuestos contemplados en la legislación tampoco son parte de un sistema que responda a criterios o principios uniformes.

Posiblemente hubiera sido menos complejo seguir la línea del Cód. Civil o uniformar todos los sectores en una única dirección.

Lo cierto es que, pese a la confusa terminología, ambas normas contienen, en general, atribuciones o derechos del proveedor que podrían generar o agravar la situación de desventaja de la parte adherente y ser, en general, previsiones contrarias a las exigencias de la buena fe objetiva. Inclusive, algunas de las cláusulas sujetas a ineficacia relativa podrían haber quedado sometidas a un régimen de ineficacia absoluta, siempre en términos de lo que dice el Cód. de consumo. La inexistencia de una exposición de motivos así como la conformación de varias comisiones de trabajo (después de la primera designada formalmente por el Poder Ejecutivo) contribuyen a mantener el tema en la nebulosa. Es posible que hubiere bastado una única lista y la cláusula de cierre (lamentablemente contaminada con la inclusión de la aprobación administrativa como criterio para considerar vejatorio una condición predispuesta, art. 49.1.) hubieren cumplido el mismo fin sin llegar a diferencias que podrían adolecer de una adecuada explicación o justificación. Empero, tal como lo ha anticipado, la inclusión de ambas listas, más allá de la distinción en sus efectos generales y específicos (del caso concreto) y sin

perjuicio de la crítica al numeral 49.1, constituye un, al menos, esfuerzo de sistemática (no logrado totalmente) que además muestra la clara posición del legislador frente a determinados términos contractuales y sienta las bases para un futuro afinamiento de los catálogos de cláusulas abusivas, sin desconocer el antecedente que se dio con el D. Leg. 1045.

No quisiera terminar este rápido y ajustado sobrevuelo sin señalar que la prisa con que se preparó la primera versión del Código de Consumo generó algunos vacíos que podrían causar problemas de definición relativos a la subsistencia de un contrato de consumo.

Como miembro de la primera Comisión redactora del Código de Consumo presenté una ponencia sobre cláusulas abusivas que hacía suya la decisión del legislador español de recurrir al derecho supletorio cuando se descartase la aplicación de determinados *terms* por ser pasibles de calificar como abusivos. Si luego de ese paso no era posible sostener la sobrevivencia del contrato de consumo, éste debía entenderse inviable. No voy a entrar en detalle si se trata de un supuesto de ineficacia sobreviniente u otra clase de vicisitud de la relación de consumo. Lamentablemente no contamos con una disposición similar en el actual Código. El art. 52.1 apenas se limita a señalar que las cláusulas abusivas ineficaces son inaplicadas por la autoridad administrativa, a lo que se debe añadir que el numeral 52.2. establece que tal inaplicación se efectúa sin perjuicio de las decisiones que sobre el particular pueden ser adoptadas en el ámbito jurisdiccional o arbitral, según fuese el caso.

En suma, se deja en manos de los Tribunales (o de los árbitros si alguna vez llegase a implementarse el sistema de arbitraje de consumo) las decisiones que al parecer el Código no precisa, por lo que todo parece conducir a la necesidad de echar mano al derecho común, entendiéndose tanto principios como reglas, para encontrar una solución que estuvo planteada en la primera Ponencia que se formuló sobre la materia. Esperemos que las decisiones que se adopten sean racionales o que, finalmente, el legislador se percate de la necesidad de colmar una innecesaria laguna.

CONTRATOS: CONDICIONES GENERALES, ADHESIÓN Y PREDISPOSICIÓN (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA)

Por Miguel PIEDECASAS⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Condiciones Generales, adhesión y predisposición: Necesaria distinción inicial. 2. Las CGC, los CA y las CP, en relación a nuestro concepto de contrato. 3. Las CGC, los CA y las CP, en la ley de defensa del consumidor. 4. Las CGC, los CA y las CP, los consumidores y el previo control estatal. 5. Consentimiento, adhesión y predisposición, frente a los consumidores. 6. Contratos administrativos, CGC, CA y CP. 7. Contratos Empresariales, CGC, CA y CP. 8. La interpretación “contra predisponente”. 9. La “abusividad” como criterio límite. 10. Las CGC, las CP y los CA, frente al negocio y los derechos fundamentales.

1. CONDICIONES GENERALES, ADHESIÓN Y PREDISPOSICIÓN: NECESARIA DISTINCIÓN INICIAL

Si bien las condiciones generales de la contratación (CGC), los contratos celebrados por adhesión (CA) y las cláusulas predispuestas (CP) aparecen vinculadas, conceptualmente y jurídicamente, representan institutos y situaciones diversas, aunque emparentadas en la realidad contractual.

Las tres situaciones/instituciones del derecho contractual se manifiestan (por lo común) en forma conjunta y en virtud de determinadas necesidades que impone el ámbito real del contrato o negocio.

Sin embargo, no es ello necesariamente así.

Las CGC responden a la necesidad de que las relaciones contractuales se establezcan en un marco de bases negociales similares o idénticas para todos los que quieran participar en esa relación contractual a establecerse. Responden a criterios técnicos, económicos, financieros o

(1) Profesor y ex Secretario Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

bien a necesidades determinadas de quién las establece o aún del negocio mismo, trascendiendo a las partes. Representan una manifestación del negocio en el contrato. Pueden encontrarse en diversidad de manifestaciones contractuales, como lo son las contrataciones con el Estado, los contratos entre empresas (contratos de concesión, agencia, franquicia), los contratos entre empresas e inversores (fideicomiso, leasing), y también entre proveedores y consumidores, donde son miradas con mayor atención, a los fines de que no sean representativas de abusos.

Claramente, y en los diversos ámbitos, responden a una técnica de elaboración del contrato, que refleja la necesaria base negocial común que hace posible ese contrato en relación a ese negocio, acto o hecho a llevar adelante o ejecutar sobre la base del contrato.

Como cualquier otra condición contractual, es revisable por el órgano jurisdiccional, adecuado y susceptible de ser declarada sin validez a través de los diversos mecanismos que provee el ordenamiento jurídico.

Las CP, no necesariamente son solamente las que representan o expresan condiciones generales; sino que también pueden expresar las condiciones denominadas “particulares” del contrato. Expresan una forma temporal/expresiva de insertar una cláusula en el contrato. Una parte predispone (o sea antes de la deliberación) una serie de cláusulas que expresan componentes del contrato, sean estos principales o accesorios, generales o particulares.

La o las otras partes se encuentran con el contrato total o parcialmente predispuesto.

Esta situación, tampoco es inicialmente ilícita o ilegítima.

Por el contrario, en diversos ámbitos, es necesario expresar el contrato de esta manera, para permitir que se siga adelante en forma ordenada de acuerdo con su naturaleza y fin la secuencia contractual. Ello ocurre en la contratación administrativa y en la contratación empresarial y en la contratación entre proveedores y consumidores, y es en este último ámbito/subjetivo/contractual donde encuentra muchas veces reparos, ya que marca una clara limitación que encubre imposición, que trasunta luego en abuso.

Los CA, reflejan, en cambio, una forma de lograr el consentimiento.

No se delibera, sólo se adhiere y a veces, esta misma adhesión lo es por medios o modos que ni siquiera revelan o pueden revelar conciencia de que es lo que se está realizando y mucho menos reflejando en lo que significa el consentimiento contractual.

Es la adhesión, muchas veces un acto reflejo u obligado.

Necesariamente se prescinde de la deliberación.

Para que exista adhesión debe, previamente existir predisposición y cláusulas generales y particulares.

De allí su vinculación.

La adhesión es típica de los contratos entre proveedores y consumidores y puede encontrarse, aunque con otros matices, escalas o modalidades en los demás ámbitos de la contratación.

Igualmente, la sumatoria de estas tres instituciones/situaciones, vinculadas, no contienen ninguna nota implícita de ilicitud, por la cual puedan ser cuestionadas, sin perjuicio de la necesaria valoración que debe realizarse de ellas al momento de analizar el consentimiento contractual y la conformación del contenido del contrato.

Es importante, entonces, analizar las situaciones especiales que han llevado a la zona de “conflicto” a estos tres institutos, usuales, y lícitos en el ámbito contractual que nos ocupe y que sin embargo han propiciado necesarias respuestas de la doctrina judicial en casos especiales que las han puesto en la línea de la ilicitud.

Por consiguiente, no realizaremos un análisis exhaustivo de estas figuras, sino sólo en aquellos casos que han merecido el tratamiento y la respuesta jurisdiccional.

2. LAS CGC, LOS CA Y LAS CP, EN RELACIÓN A NUESTRO CONCEPTO DE CONTRATO

Una de las cuestiones iniciales a determinar es la relación existente entre estos tres institutos en análisis y el concepto clásico de contrato, o por lo menos el que tiene recepción normativa y aceptación jurisprudencial.

El concepto de contrato ha sido recogido por la jurisprudencia señalándose que por contrato se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial en el cual están en presencia dos partes que formulan una declaración de voluntad común con directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones⁽²⁾. Y así, reafirmando este concepto señalado por la Corte, se ha dicho por ejemplo que el contrato es un acuerdo de voluntades seria y ajustadamente formulado⁽³⁾.

(2) CSJN, 31/7/73, ED, 49-480.

(3) C1ªCC de La Plata, sala I, 5/2/80.

También se puede extraer del análisis jurisprudencial distintas precisiones sobre los elementos más importantes que surgen del concepto antes señalado.

Así se reitera insistentemente que este artículo 1137 refiere al contrato como una resultante del acuerdo de partes sobre una declaración de voluntad común⁽⁴⁾; estas voluntades se ponen de manifiesto por medio de ofertas claramente expuestas y aceptadas, debiendo ellas ser concretas, ciertas y dirigidas a personas determinadas⁽⁵⁾.

En lo que refiere a los sujetos, se establece la necesidad de que para que exista contrato estén involucrados dos sujetos en el negocio jurídico en sus roles de acreedor o deudor⁽⁶⁾; aunque ello se refleja muchas veces en el término de “parte” del contrato, entendida ésta como un centro de intereses constituido por una persona o sujeto o por varios sujetos⁽⁷⁾.

Es dable destacar la necesidad de que exista intención de obligarse, aunque no se hayan previsto todos los elementos del negocio, pero sí resultan en claro los esenciales, ya que en muchos casos la ley suple la voluntad de los interesados⁽⁸⁾; aunque algunos pronunciamientos exigen que el acuerdo verse sobre todas las cláusulas en discusión y no sólo sobre las esenciales⁽⁹⁾.

Como se puede observar, desde la formulación misma del contrato, la modalidad que impone la predisposición, el mecanismo de cláusulas impresas y la aceptación por adhesión, condicionan u obligan a reformular la caracterización práctica de estos aspectos.

No se trata de que en virtud de ellas surge un nuevo y distinto concepto de contrato, sino que los extremos y elementos de este concepto deben ser interpretados sobre la base de la característica propia de la expresión de voluntad y de realidad fáctico/negocial que suponen esas especialidades que son las CP, las CA y las CGC.

3. LAS CGC, LOS CA Y LAS CP, EN LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

La ley 24.240 en la Argentina, ha regulado algunos aspectos especiales de estas situaciones en estudio.

(4) CCC de Azul, 4/8/98, DJBA 155-8210.

(5) CNCiv., sala F, ED, 49-376.

(6) CSJN, JA, 19-973-418.

(7) CCC de Rosario, sala II, La Ley, 124-1173.

(8) CCC de Rosario, 2/7/43, La Ley, 32-904; CNC, sala D, 31/8/60, JA, 1960-VI-480.

(9) SCBA, ED, 40-577, La Ley, 145-393.

La norma es de carácter tuitivo, de orden público y de interpretación en caso de duda a favor del consumidor.

Existen en esta ley diversas situaciones tendientes a proteger a los consumidores e interpreta y resuelve situaciones especiales como lo son la provisión de servicios públicos, las ventas domiciliarias, las ventas para consumo y otras tantas y diversas situaciones.

Regula como principio básico el deber a una información adecuada, cierta, veraz, suficiente, completa, objetiva y previa que tiene el proveedor respecto del consumidor y que sirve de base para resolver todas las cuestiones que se puedan plantear en relación a estas condiciones, cláusulas y sistemas de adhesión.

Sin embargo, entre todas estas normas se encuentra regulada en forma especial en los artículos 37,38 y 39 de la ley, las denominadas “cláusulas abusivas” y los “contratos tipos”.

En este sentido señala principios interpretativos de determinadas cláusulas (en su artículo 37º), señalando que: “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.”

Como se puede observar, ha tomado, la norma el criterio de establecer pautas generales, dentro de las cuales cabe encuadrar o no a las situaciones particulares que se planteen en el caso concreto.

Igualmente, y como en las demás legislaciones y reiterando un principio que está contenido también en el artículo 3º (interpretación pro consumidor), señala que en casos de duda deberá estarse siempre a la interpretación más favorable al consumidor: “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

Sin perjuicio de lo expuesto, se señala la posibilidad de solicitar la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, en cuyo caso, nace la posibilidad de integrar el contrato por el Juez. Esto hace al proceso natural de que los contratos son revisables y adecuables por la Justicia: “En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de

información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”

Respecto de los contratos celebrados por adhesión o que contengan cláusulas generales o particulares preimpresas, se establece que las mismas serán susceptibles de revisión por la autoridad administrativa de aplicación de la ley. La diferencia central radica en que en un contrato celebrado de manera tradicional, donde se ha garantizado la deliberación de las partes, no existe facultad del estado de revisar, adecuar o anular cláusulas y en estos casos, esta norma de orden público lo habilita expresamente en su artículo 38º, “La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.”

Se avanza en la cuestión de que puede ocurrir, que estos contratos tipos, requieran de la aprobación de otra autoridad de aplicación como ocurre con los contratos de seguros que deben ser aprobados por la SSN y entonces pueden contener esta clase de cláusulas “abusivas” en términos de la ley de defensa del consumidor, y en estos supuestos se habilita la posibilidad de que la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del consumidor, requiera a la otra autoridad especial de aplicación que controle y adecue los contratos a las pautas básicas de esta norma de orden público. Así el art. 39º, establece que: “Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación”.

Estas facultades, utilizadas en forma adecuada y razonable, como debe ser, es un contrapeso normativo necesario para mantener el equilibrio en las contrataciones masivas, eliminar el conflicto individual multiplicado y posibilitar la existencia válida de estos sistemas, modos, formas y exteriorizaciones actuales de la contratación.

4. LAS CGC, LOS CA Y LAS CP, LOS CONSUMIDORES Y EL PREVIO CONTROL ESTATAL

Lo expresado en el punto anterior nos obliga a repasar la jurisprudencia argentina en esta materia, donde si bien por un lado, no se deja

fuera del concepto clásico de contrato a estas situaciones especiales, si se habilita el avance del previo control estatal, sea administrativo o judicial y el avance amplio de la facultad revisora e integradora de la justicia sobre el contrato.

Los contratos por adhesión, que nos enfrentan a la problemática de la contratación en masa, con cláusulas predispuestas, y que hoy se encuentran tratados en diversas normas de la ley 24.240 y su reglamentación, igualmente siguen comprendidos en el ámbito del concepto de contrato que prevé el Código Civil argentino.

Tradicionalmente se ha señalado que no necesariamente se los debe confundir con los contratos por formularios o los denominados contratos-tipo, ya que las cláusulas pueden haber sido motivo de discusión entre las partes⁽¹⁰⁾ y que lo que caracteriza a estos contratos sería el estado de compulsión⁽¹¹⁾, pero en estos casos son repudiables las situaciones contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres, o que signifiquen un ejercicio abusivo del derecho, y el hecho de haber prestado el consentimiento por adhesión no invalidaría el contrato, siendo necesario probar la existencia de un vicio⁽¹²⁾. Sin embargo, se ha ido modificando la jurisprudencia que señalaba que las cláusulas previamente determinadas y propuestas por uno sólo de los contratantes, que son aceptadas por sistemas uniformes, se regirían por las normas propias y generales de los contratos⁽¹³⁾.

En la actualidad, por el contrario, esas cláusulas son esencialmente revisables sobre la base de lo dispuesto por las normas expresas de la ley 24.240 y la jurisprudencia concordante que las declara ineficaces cuando desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad por daños, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, siendo interpretadas siempre en el sentido más favorable para el consumidor⁽¹⁴⁾.

(10) CNCiv., sala F, 13/6/77, ED, 74-577.

(11) CNCiv., sala D, 21/6/77, La Ley, 1978-A, 121.

(12) CNCiv., sala D, 21/6/77, La Ley, 1978-A, 121; sala C, 16/3/81, ED, 93-608.

(13) CCC de Rosario, sala IV, 8/9/80, JA, 1981-I, 10.

(14) CCC de Azul, sala I, 12/5/94, inédito; CNFed.CC, sala III, 16/12/94, ED, 167-433; T. S. de Córdoba, Sala Civ. y Com., 8/2/95, JA, 1998-II-300; CNFed.CAdm., sala II, 2/5/96, La Ley, 1997-A, 92; CCC de San Nicolás, 7/5/96, LLBA, 1997-240; CNFed.CAdm., sala II, 8/10/96, ED, 171-199; C1ªCC de Mar del Plata, sala I, 1/4/97, ED, 174-493; sala II, 15/5/97, LLBA, 1997-1095; C1ªCC y C2ªCC de La Plata, en pleno, 16/9/97, La Ley, 1997-C, 105; CNCom., sala C, 30/9/97, La Ley, 1998-B, 656; íd., 31/12/97, La Ley, 1998-E, 833; sala B, 30/4/99, inédito, entre tantos otros.

Es más, aun en los casos de contratos con cláusulas predisuestas que se encuentren avaladas por el previo control administrativo se ha reivindicado la facultad de los jueces de revisarlas e invalidarlas⁽¹⁵⁾.

5. CONSENTIMIENTO, ADHESIÓN Y PREDISPOSICIÓN, FRENTE A LOS CONSUMIDORES

La formación del consentimiento y la expresión de la oferta y aceptación, son algunos de los extremos que se alteran fáctica y jurídicamente cuando existen contratos tipo, por formularios, con cláusulas predisuestas y con condiciones generales.

La doctrina nacional y extranjera se ha pronunciado suficientemente sobre estas situaciones por lo que es importante indagar en la aplicación práctica de estas posiciones y por ello se deben analizar los pronunciamientos jurisprudenciales, que se enfrentan al caso concreto.

Se debe partir de la amplitud que se le da a la interpretación del consentimiento, de la oferta y de la aceptación para luego establecer la pauta directriz frente a esta clase de situaciones.

Éste es uno de los puntos de partida en la formación del contrato, destacándose que el consentimiento debe ser siempre manifestado y que resulta de la armoniosa conjunción de la oferta con la aceptación, en el sentido de integrarse recíprocamente, inclusive en las cláusulas accidentales, reflejando el acuerdo de voluntades⁽¹⁶⁾.

Lo que se exige, cualquiera sea el negocio del que se trate, es que exista un cambio de consentimiento necesario y suficiente para tener un negocio de aquel tipo, sin que la ley exija ningún otro requisito, y por ello es un contrato⁽¹⁷⁾.

Debe quedar claro que estamos necesariamente frente a manifestaciones de voluntad, que es la exteriorización del consentimiento contractual⁽¹⁸⁾.

(15) CSJN, 6/12/94, citado en la obra de PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad civil por liquidación de empresas de seguro*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 76 y 77; CNCom., sala A, 21/11/2000; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 24/3/99, La Ley Supl. de Jurisprudencia de Derecho Administrativo del 2/8/99.

(16) CNCiv., sala A, 12/5/80, ED, 89-308; SCBA, La Ley, 145-393; CNCiv., sala C, La Ley, 84-403.

(17) CNCiv., sala A, 18/12/80, JA, 1981-IV-215.

(18) CNCiv., sala A, 17/3/97, La Ley, 1997-F, 93; sala C, 23/3/93, La Ley, 1993/1/484; CNFed. CC, sala III, 17/9/96, La Ley, 1997-C, 826.

Este consentimiento reconoce dos extremos que son la oferta y la aceptación.

La oferta o propuesta es, pues, en esencia, una exteriorización de declaración unilateral de voluntad y receptiva; debe ser, en consecuencia, autosuficiente y contar con todos los elementos o antecedentes constitutivos del contrato⁽¹⁹⁾; tiene por finalidad la formación de un contrato y por destinatario al aceptante⁽²⁰⁾.

La oferta es entonces el medio por el cual manifiesta su consentimiento la parte que la emite⁽²¹⁾.

Siendo una declaración de las denominadas recepticias, cuya validez dependerá de la recepción por aquel a quien se la ha dirigido⁽²²⁾.

Es interesante, conceptualmente hablando, el pronunciamiento de la Corte que consideró arbitraria la sentencia que admitió la distinción entre oferta y propuesta del contrato, desconociendo efectos vinculatorios a la primera⁽²³⁾.

La aceptación tiene que concordar con la oferta, debiéndosela hacer en forma pura y simple, y cualquier modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla importará la propuesta de un nuevo contrato y el rechazo de la oferta originaria⁽²⁴⁾.

Si el cambio de consentimiento entre las partes ha sido suficiente, se configura un contrato, tanto en lo que refiere a las cláusulas personalmente discutidas en el curso de los tratos previos, como en los contratos de adhesión que se constituyen con la aceptación que da uno al formulario en serie presentado por el otro⁽²⁵⁾, siendo necesario, también en estos contratos, probar los vicios del consentimiento⁽²⁶⁾.

Sin embargo, queda claro que el contrato de adhesión envuelve un consentimiento sin deliberaciones previas al aceptar una fórmula pre-establecida⁽²⁷⁾, contratos éstos signados por la desigualdad económica

(19) CNCiv., sala A, 12/5/80, ED, 89-308; sala D, 14/11/78, La Ley, 1979-A, 404.

(20) CNCiv., sala D, 30/6/83, ED, 105-148.

(21) CNCiv., sala D, 18/10/77, La Ley, 1977-D, 670.

(22) CNCiv., sala A, 12/5/80, ED, 89-308.

(23) CSJN, 23/7/81, Fallos: 303:1017.

(24) CNCiv., sala A, 14/5/2002, D. J. 2002/2/877.

(25) CNCiv., sala A, 18/12/80, JA, 1981-IV-215; CNECC, sala V, 30/12/83, La Ley, 1985-B, 150.

(26) CNCom., sala B, 6/12/2000, La Ley, 2001-D, 9.

(27) CFed.CC de Córdoba, 17/9/79, JA, 1980-III-498.

de una de las partes, y donde debe cobrar preponderancia el principio de la buena fe, en la manifestación del consentimiento y en la aceptación de la oferta⁽²⁸⁾.

Cobrará importancia el deber de información impuesto por el artículo 4º de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, el que está fundado en la desigualdad que presupone que sólo una de las partes se encuentre informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra, de tal modo que el contrato no hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables⁽²⁹⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en diversos casos y en los cuales ha sentado algunas pautas interpretativas que es importante reseñar a continuación:

“Toda vez que el acuerdo de voluntades de un contrato de compraventa de automotor fue instrumentado en un formulario pre impreso, debe ser considerado como un contrato de adhesión, circunstancia por la cual, la cláusula que establece la prórroga de la jurisdicción debe ser interpretada en el sentido más favorable al consumidor, por ser la parte más débil de la relación jurídica, de conformidad con el art. 3º de la ley 24.240 (Del dictamen del Procurador General, que la Corte hace suyo).”⁽³⁰⁾

“La adhesión a cláusulas predisuestas por una empresa de medicina prepa y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final, indica que debe darse tanto a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3º y 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125).”⁽³¹⁾

“Si se trata de una ejecución prendaria iniciada como consecuencia del presunto incumplimiento de un contrato de compraventa de automotores instrumentado en un formulario pre impreso, corresponde considerar a dicho acuerdo como de adhesión con cláusulas generales predisuestas, entre las que se encuentra la prórroga de jurisdicción —cuya invalidez planteó la demandada—, las que deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la parte más débil de la relación jurídica, cual es el consumidor, según el

(28) CFed. de Corrientes, 11/5/2000, La Ley, 2001-A, 649; CFed. de Córdoba, sala B, 13/8/85, LLC 1985-940.

(29) CNFed.CAdm., sala I, 31/10/97, D. J. 1998/2/105; CCC de Santa Fe, sala I, 30/4/2002, LLLitoral, 2002-915; CNCom., sala B, 27/11/95, ED, 166-626; CNFed. CAdm., sala V, 15/4/96, La Ley, 1997-C, 845; CCC de San Nicolás, 7/5/96, LLBA, 1997-240; CCC de Rosario, sala III, 28/2/97, La Ley del 26/3/99, y tantos otros.

(30) CSJN; 07/04/2008; La Ley Online.

(31) CSJN; 28/08/2007; La Ley 05/09/2007.

artículo 3º de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125). (Del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).⁽³²⁾

“Es aplicable el régimen de defensa del consumidor —ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125)— al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, habida cuenta que se trata de un contrato de adhesión y de consumo (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo).⁽³³⁾

“La adhesión a cláusulas predisuestas por una empresa de medicina prepaga y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final, indica que debe darse tanto a la ley cuya interpretación se discute como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125).⁽³⁴⁾

“Si se trata de una ejecución prendaria iniciada como consecuencia del presunto incumplimiento de un contrato de compraventa de automotores instrumentado en un formulario pre impreso, corresponde considerar a dicho acuerdo como de adhesión con cláusulas generales predisuestas, entre las que se encuentra la prórroga de jurisdicción —cuya invalidez planteó la demandada—, las que deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la parte más débil de la relación jurídica, cual es el consumidor, según el artículo 3º de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125). (Del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).⁽³⁵⁾

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CGC, CA Y CP

Una cuestión interesante es destacar que no resulta correcto circunscribir la problemática de las CGC, CA y CP, a los contratos o contrataciones con los consumidores.

Si bien nos posicionamos en una situación fáctica subjetiva/objetiva, sustancialmente diferente, en el ámbito de los contratos con el estado, en sus diversas manifestaciones, también nos encontramos con predisposición, adhesión y condiciones generales y particulares que se imponen a una de las partes y que esta debe aceptar o no participar.

Con esto quiero señalar, que es preciso dejar en claro que estos esquemas, sistemas, o realidades de la contratación no son necesariamente negativas ni tampoco privativas de un ámbito o especie o clase de contratos, sino que pueden manifestarse en otros ámbitos y relaciones y ser perfectamente válidos.

(32) CSJN; 18/10/2006; Publicado en: La Ley Online.

(33) CSJN; 13/03/2001; La Ley, 2001-B, 687.

(34) CSJN; 28/08/2007; La Ley 05/09/2007, 8.

(35) CSJN; 18/10/2006; La Ley Online.

Así lo ha recogido, desde antaño, la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal:

“En materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente y en virtud del cual no es posible admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre lo dispuesto por las normas de rango legal, ya que la validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo)”⁽³⁶⁾.

“Es incompetente el Tribunal Arbitral de Obras Públicas para entender en el reclamo formulado por una empresa contratista de obra pública a fin de obtener el pago de una indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la comitente, por cuanto del pliego de condiciones generales y especiales del contrato, no surge la inclusión de cláusula arbitral alguna, ni se alegó la existencia de compromiso arbitral posterior entre las partes que justifique el sometimiento de la controversia al tribunal apelado”⁽³⁷⁾.

“Es procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que dejó sin efecto el decreto municipal que había anulado un contrato administrativo y reconocido el derecho del actor a percibir una indemnización, ya que, estando probado en el expediente que aquél se encontraba inhibido a la fecha de la licitación, se apartó de la solución brindada por el pliego de bases y condiciones, que determinaba la imposibilidad de ser oferente en tales circunstancias y que si el vicio era detectado después, provocaba la caducidad del contrato o bien su nulidad.” (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo)⁽³⁸⁾.

“Lo expresado en la ley 23.982 (Adla, LI-C, 2898), en el sentido de consolidar en el Estado Nacional las deudas definidas en ella, sólo significó disponer que el conjunto heterogéneo de deudas contraídas por la administración central y las administraciones descentralizadas quedarán sujetas en lo sucesivo a un régimen unificado, cuyas condiciones de cancelación uniforme, mediante títulos de la deuda emitidos a tal efecto por el Tesoro Nacional, serán de aplicación a todas indistintamente”⁽³⁹⁾.

“Las divergencias del recurrente con la inteligencia asignada por la cámara a la situación de hecho —construcción adelantada de la obra en relación con la ampliación del plazo acordada por demora que el comitente estimó justificada— y al derecho no federal —art. C. G. 59 del pliego de condicio-

(36) CSJN; 05/10/2010; La Ley Online.

(37) CSJN; 08/05/2007; IMP2007-13 (Julio), 1338 - La Ley, 2007-D, 262.

(38) CSJN; 13/02/2007; La Ley 30/03/2007, 4 - La Ley, 2007-B, 596.

(39) CSJN; 02/08/2005; Publicado en: La Ley Online.

nes generales del contrato—, resultan inhábiles para sustentar la tacha de arbitrariedad, de carácter excepcional, la cual no autoriza a sustituir a los jueces de la causa en la decisión de cuestiones que les son privativas, aunque se alegue error en la solución del caso.”⁽⁴⁰⁾

“La cláusula prevista en la propuesta de la empresa adjudicataria, por la cual se modifica el pliego de bases y condiciones del contrato administrativo suscripto, no es una disposición accesorio y separable, sino que abarca todo el régimen del contrato en el caso de incumplimiento, pues forma con él un solo todo, distinto del que fue establecido en las cláusulas generales de licitación, por lo que no resulta aplicable el principio contemplado en el art. 1039 del Cód. Civil.”⁽⁴¹⁾

“Corresponde declarar la competencia de la justicia en lo contencioso administrativo federal, si la solución del caso exige la interpretación de las cláusulas y condiciones generales y particulares del contrato y del pliego de condiciones de contratación de Petroquímica General Mosconi, lo que excede el ámbito del derecho privado, máxime, teniendo en cuenta el carácter público de los objetivos perseguidos por la sociedad demandada, lo que determina la competencia del fuero federal para el conocimiento de las actuaciones y lleva a considerar a la causa —prima facie— como contenciosoadministrativa.”⁽⁴²⁾

“La demanda iniciada por Ferrocarriles Argentinos a fin de reclamar el cobro de la penalidad derivada del incumplimiento en que habría incurrido la sociedad accionada respecto de las obligaciones que le imponía su condición de adjudicataria de orden de compra según licitación privada encuadra, prima facie, en las causas contencioso administrativas a que se refiere el art. 45, inc. a), de la ley 13.998, pues las estipulaciones del Reglamento General de Contrataciones de Ferrocarriles Argentinos importan reconocer a la entidad estatal facultades más bien propias de las convenciones de derecho público que de las de derecho privado.”⁽⁴³⁾

“Si las estipulaciones del Reglamento de Contrataciones de Gas del Estado importan reconocer a la entonces Empresa del Estado facultades más bien propias del derecho público que del derecho privado, a lo que cabe agregar el carácter público de los objetivos perseguidos por dicha empresa, en tales condiciones la demanda deducida por esa sociedad del Estado por cobro de la penalidad por el incumplimiento en que incurrió la adjudicataria de una orden de compra, debe considerarse encuadrada “prima facie” en las causas contenciosoadministrativas a que se refiere el art. 45, inc. a), de la

(40) CSJN; 14/07/1983; AR/JUR/2307/1983.

(41) CSJN; 24/11/1937; Colección de Análisis Jurisprudencial 01/01/1900, 608 - La Ley, 8, 790.

(42) CSJN; 23/06/1992; La Ley Online.

(43) CSJN; 28/05/1985; La Ley Online.

ley 13.998 (Adla, X-A, 221), y, por ende, de competencia de la justicia en lo contencioso administrativo.”⁽⁴⁴⁾

7. CONTRATOS EMPRESARIALES, CGC, CA Y CP

Otra cuestión de importancia y que ha resuelto nuestra Corte Nacional, es distinguir la consideración de estas situaciones según los contratantes.

La adhesión, la predisposición y las condiciones generales, no merecen la misma consideración según que se trate de una relación “proveedor/consumidor”; “empresa/empresa” “Estado/Empresa” o bien “Estado/consumidor”.

Ya nos hemos pronunciado sobre las relaciones entre el estado, y los proveedores frente al consumidor donde se aplica la ley de defensa del consumidor con sus pautas especiales.

También hemos hecho una breve referencia a cómo juegan estas situaciones en las contrataciones de las empresas con el estado.

Ahora bien, queda por ver que es lo que sucede cuando aparece una contratación entre empresas que suponen adhesión predisposición y condiciones generales que se deben aceptar.

Los contratos empresariales pueden dar lugar a posiciones contractuales de sometimiento. Por ello existen las leyes de defensa de la competencia y de lealtad comercial.

Sin embargo, llegado el caso concreto a análisis, es claro que en el contrato debe analizarse cuidadosamente el contexto del mercado, las ventajas esperadas, el sentido de lucro empresarial en juego, la buena fe adecuada al ámbito de los negocios, la profesionalidad y otras tantas cuestiones que son propias de la negociación mercantil.

Por ello es importante destacar el distingo realizado, desde hace tiempo y en un contrato empresarial en particular (concesión automotriz), donde la CSJN, distinguió entre la cláusula abusiva y el ejercicio abusivo. O sea las cláusulas de estos contratos pueden ser válidas, pero también puede existir un ejercicio abusivo de ellas, lo que deberá ser demostrado en el caso concreto.

“Para determinar la presencia de abuso en un contrato de adhesión es preciso formular la distinción ínsita en el art. 1071 del Cód. Civil entre el

(44) CSJN; 26/04/1984; La Ley, 1984-C, 45.

derecho y el ejercicio, ya que una cosa es que el derecho estipulado en favor de una de las partes sea abusivo y otra distinta es establecer si ese derecho fue ejercido en forma abusiva.”⁽⁴⁵⁾

8. LA INTERPRETACIÓN “CONTRA PREDISONENTE”

Una de las premisas que el máximo tribunal Nacional ha seguido desde siempre es la de tomar como pauta interpretativa, que cuando existe, adhesión, predisposición y condiciones generales o particulares formuladas de esa manera, rige sin retaceo alguna la regla “interpretación contra predisponente”.

Así ha quedado reflejado a través de diversos precedentes de la CSJN:

“Las cláusulas de los contratos de cobertura médica celebrados con empresas de medicina prepaga deben interpretarse a favor del beneficiario, pues se trata de contratos de adhesión y consumo comprendidos en el régimen de defensa del consumidor establecido por la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) conforme arts. 3º y 37, ordenamiento citado (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo).”⁽⁴⁶⁾

“En caso de duda respecto de cláusulas contractuales predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente —en el caso, referido a la exclusión de la cobertura de un trasplante de hígado en un plan de medicina prepaga— debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con él o contra el autor de las cláusulas uniformes, máxime si se trata de contratos de prestación médica, habida cuenta que se hallan en juego la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria.”⁽⁴⁷⁾

“En caso de duda respecto de las cláusulas contractuales predisuestas, cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, debe prevalecer la interpretación que favorece a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes. Máxime, cuando se refieren a las cláusulas de un contrato de prestación médica, dada la jerarquía de los valores que se encuentran en juego: la vida y el derecho a obtener la conveniente y oportuna asistencia sanitaria.”⁽⁴⁸⁾

“No corresponde interpretar las cláusulas predisuestas de un contrato de seguro de modo tal que, por vía analógica, se restrinja el riesgo cubierto por la póliza. Ello así, en atención a que en caso de duda debe considerarse subsistente la obligación del asegurador, que no sólo redacta las condiciones del contrato sino que, por ser quien realiza las previsiones de los siniestros

(45) CSJN; 04/08/1988; La Ley 1989-B.

(46) CSJN; 13/03/2001; La Ley, 2001-B, 687.

(47) CSJN; 16/04/2002; La Ley, 2002-C, 630.

(48) CSJN; 15/12/1998; La Ley, 1999-B, 118 - DJ, 1999-2-98.

mediante cálculos actuariales, está en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones.”⁽⁴⁹⁾.

9. LA “ABUSIVIDAD” COMO CRITERIO LÍMITE

También es necesario dejar en claro que el verdadero límite a estas modalidades de la moderna contratación es que las mismas encierren, encubran faciliten, propicien o favorezcan situaciones de abuso, ya que de lo contrario serán válidas.

Esta es la verdadera regla.

No debe permitirse el abuso.

No siempre este abuso es explícito, sino que se encuentra encubierto bajo el ropaje de cláusulas que pueden ser ambivalentes y que requieren de su confronte con la realidad concreta del caso.

Pero a su vez, al señalar esta regla como la esencial a determinar se está estableciendo el parámetro de la validez de estas cláusulas, sistemas o modos de contratación.

Entendemos que esa es la pauta rectora que ha seleccionado la Corte Nacional y que se refleja de una y de otra manera en diversos precedentes que se transcriben a los fines ilustrativos.

“Cabe desestimar el planteo de invalidez de una cláusula de prórroga de jurisdicción pactada en un contrato de mutuo, por su carácter abusivo, toda vez que dicho planteo se sustenta, centralmente, en la ley de Defensa del Consumidor y en la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, y el contrato base de la ejecución no es de aquellos denominados como de adhesión, máxime si el demandado no ha requerido su nulidad, ni ha demostrado que se le afecte la debida defensa en juicio o que le genere una virtual denegación de justicia.”⁽⁵⁰⁾

“Si la cláusula de prórroga de la competencia territorial se pactó en la escritura traslativa de dominio de un inmueble, en la que además se dejó constancia de la entrega del dinero para la compraventa, en el marco de un mutuo celebrado con la mutual deudora, cuya devolución se garantizó con hipoteca sobre el bien, ello pone en duda que pueda predicarse que el contrato contuviera cláusulas predispuestas o de adhesión que permitan presumir una situación de abuso hacia el solicitante del préstamo. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).”⁽⁵¹⁾.

“Si bien es indudable que la ley 25.065 (Adla, LIX-A, 62) —en cuanto a la responsabilidad patrimonial de los usuarios adicionales respecto del titular—

(49) CSJN; 06/12/1994; La Ley, 1995-B, 1 - DJ1995-1, 667.

(50) CSJN; 13/03/2007; La Ley Online.

(51) CSJN; 20/02/2007; La Ley Online.

infiere que en las estipulaciones predispuestas existe cierto desconocimiento de su contenido al momento en que se estampa la firma, no resulta posible concluir que cuando los adherentes firmaron los formularios —aun antes de la entrada en vigencia de dicha norma— hubiesen ignorado que pudiese existir alguna cláusula que les generase responsabilidades, si no se cuenta con otra prueba que avale semejante conclusión.”⁽⁵²⁾.

“Es improcedente el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que rechazó la acción incoada con el objeto de obtener la nulidad de una cláusula de indisponibilidad de un bien suscripta en oportunidad de cancelar la hipoteca que lo gravaba, habiendo expresado el a quo que no cabe tildar de abusiva la señalada cláusula, a poco que se examine el origen de la deuda que vino a cancelar con moneda desvalorizada y la naturaleza de la contratación que en su oportunidad permitió a la actora acceder a una financiación oficial en condiciones excepcionalmente ventajosas, con fines de intereses público y bienestar general en base a los cuales se otorgó el préstamo en los términos de la operatoria denominada “Plan 25 de Mayo”, esto es, para la construcción de viviendas económicas, debiendo ser las unidades a construirse “destinadas a la venta en calidad de vivienda propia y permanente de los interesados en adquirirlas”. En el caso, el recurso no está debidamente fundado y, además, por aplicación de la reiterada doctrina de la exigencia de gravamen actual, como requisito para la procedencia del recurso extraordinario, impide su admisibilidad cuando aquél se basa en agravios futuros o meramente conjeturales. (Del dictamen del Procurador General de la Nación al que se remite el fallo de la Corte Suprema).”⁽⁵³⁾.

10. LAS CGC, LAS CP Y LOS CA, FRENTE AL NEGOCIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como señalamos al principio de nuestro análisis, esta clase de situaciones contractuales, que son las CA, las CP y las CGC, se dan en distintos ámbitos.

Particularmente las podemos encontrar en la relación que se establece entre el Estado proveedor y los consumidores y entre las empresas proveedoras de bienes o servicios y los consumidores.

Implican y reflejan generalización, pasividad, predisposición, que son necesarias para poder llevar adelante esta clase de contratación en masa.

Pero en muchos casos esta propuesta en masa y esta adhesión a cláusulas y condiciones predispuestas para la generalidad, no permi-

(52) CSJN; 11/11/2003; DJ2004-1, 847 - La Ley, 2004-C, 263.

(53) CSJN; 03/11/1981; La Ley, 1982-D, 103.

ten contemplar las situaciones especiales del contratante que adhiere, acepta y es impuesto.

Esto puede llevar, en determinados casos, que la aplicabilidad literal de las cláusulas, de lo predispuesto, de lo expresado a través de estas formulas contractuales, no lleven a un resultado justo, o bien no prevean una situación determinada. Es lo que hemos dado en llamar las “fallas” del sistema. Y la pregunta consecuentes es ¿quién debe hacerse cargo de estas fallas del sistema?

Esta cuestión viene ocupando y preocupando al jurista y a todos aquellos que pretenden una sociedad más cercana a la dignidad humana.

Ello implica una apertura intelectual inicial marcada por las realidades negociales que sirven de base, también al desarrollo social.

De manera tal que bien vale señalar que dentro de nuestro esquema de desarrollo, pondremos en juego, equilibrado, razonable y adecuado, los conceptos de sistema, empresa, negocio, contrato y derechos fundamentales, que son algunos de los aspectos que se encuentran en juego en determinados modelos de contratación y su aplicabilidad y eficacia práctica.

Se da en este cuadro de situación, la relación, cada vez más frecuente y masiva entre proveedores empresariales y consumidores, en el marco de determinados sistemas de negocios.

La empresa, privada o pública, resultan ser los gestores del sistema.

El contrato, la herramienta formal para ingresar, con determinados grados de seguridad y certeza, al sistema.

El negocio, constituye el fin económico financiero del sistema y del contrato, manifestado en la renta empresarial y el desplazamiento individual de riesgos y responsabilidad por parte de los gestores y hacia el “sistema” que ellos administran.

Los derechos fundamentales, son la salud, la vida, la dignidad de las personas, que siempre se encuentran involucradas en estas áreas de alta sensibilidad social que se trasunta o refleja en los daños que la afectan, y que constituyen los fines humanos supravalecientes del sistema, del negocio y del contrato.

Aparecen en juego, las denominadas “fallas del sistema”, que al estar modelado de una manera general, predispuesta y al que se accede

por adhesión, nunca se pueden contemplar las particularidades del contratante o de la situación que este vive.

En la actual etapa de las relaciones jurídicas mercantiles, se observa un debate fundamental que enfrenta a las estructuras jurídicas tradicionales con conceptos, derechos, principios y garantías que antes no tenían para el interprete/operador, el alcance, las connotaciones y los efectos que actualmente se le otorga a estos.

El negocio subyacente, el contrato, y los derechos fundamentales suelen ponerse en pugna, en situaciones concretas como puede ocurrir en el campo del seguro o de la medicina prepaga (en particular y de la medicina en general).

Ello ha obligado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular y a los demás tribunales, en general a expedirse y tomar postura acerca de esta nueva situación, lo que representa una de las más importantes transformaciones (desafíos) en el ámbito del derecho argentino.

Estamos obligados a reexaminar conceptos jurídicos fundamentales y a tomar posición ideológica, política, filosófica y jurídica, clara y sin “representaciones” (máscaras de conveniencia), frente a esta nueva situación social.

Se ingresa así, en la búsqueda del difícil equilibrio entre la realidad negocial y la realización (y no la negación, desvirtuación o eliminación) a través de ella de los derechos fundamentales.

Resulta necesario analizar los conceptos de empresa, mercado y contrato, en el marco del mundo actual de los negocios, consumidores y derechos fundamentales.

Estamos obligados (como siempre) a repensar la función de la empresa en la sociedad.

Partimos de la idea de que no existen mercados sin reglas; por lo menos en este momento social determinado, en que se realiza el presente análisis.

Asimismo, podríamos afirmar, desde nuestra óptica, que si bien el principio socio-constitucional es el de la libertad de comercio y asociación con fines de lucro (en el ámbito mercantil/negocial), el empresario y su organización no escapan (ni podrían ni deberían hacerlo), a los paradigmas éticos y jurídicos de nuestra Constitución (sociedad local) de los Tratados Internacionales (sociedad mundial o universal), que

son las/los que configuran un marco contextual normativo adecuado para la materialización e interpretación, de las actividades negociales.

El ámbito negocial tiene reglas que emanan de la Constitución, de los Tratados Internacionales y de las propias reglas imperativas de la sociedad local, como lo pueden ser la ley de defensa de la competencia, la ley de defensa de los consumidores, la ley de protección al ambiente, la ley de lealtad comercial y otras tantas que establecen los parámetros o paradigmas sociales sobre la base de los cuales se debe pensar y desarrollar la actividad comercial.

Rápidamente estos paradigmas/principios, pueden identificarse (entre otros), como a) la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona por sobre otro cualquier otro principio o derecho; b) la libre concurrencia, sin restricciones, distorsiones ni abusos, y con funcionalidad social c) la articulación funcional entre ambos principios, siempre en pos de la realización de la persona humana en dignidad y sin desmedro de sus derechos fundamentales.

Cabría afirmar que el rol de la empresa en la sociedad, es materia de debate, discusión y decisión del componente humano de esa sociedad, y que estas definiciones de todos (y no sólo de determinados grupos de intereses o poder), deben tomarse en los ámbitos sociales adecuados.

La Corte Nacional, ha construido, según nuestra interpretación, un esquema, en materia de derecho a la salud y a la vida, frente al contrato, pautas que son aplicables o que por lo menos deben ser tenidas en cuenta, referencialmente, al momento de resolver una cuestión vinculada con la existencia de confrontación entre las condiciones generales, la adhesión, la predisposición, y las “fallas” que este sistema o modo uniforme deja expuesto, en determinados casos.

El derecho a la salud es parte integrante del derecho a la vida y se concibe a la salud como sistema.

El contrato y el negocio se encuentran relacionados.

Los contratos en estos ámbitos son de consumo y de adhesión y deben interpretarse siempre en contra del predisponente y lo que no se encuentra expresamente excluido puede considerarse en principio incluido.

Advierte a las empresas que en estos ámbitos se asume un especial riesgo empresarial y un alto compromiso social.

Señala la desaparición o licuación del álea negocial y contractual por la existencia de cálculos de probabilidades que hacen que el sistema asuma sobre la base de esas pautas y no a lo concreto y real, lo que permite la absorción de los supuestos no contemplados o en el límite de lo contractual formal.

Son sectores que se encuentran en ámbitos de regulaciones razonables del Estado y por ende, la concepción clásica y libre del contrato, encuentra límites en ellas.

La ley actúa en estos sectores como instrumento de equilibrio, entre los negocios, los mecanismos y los derechos en juego.

El estado siempre es garante final del sistema de salud y de preservación de estos derechos fundamentales.

Los jueces deben dar respuesta siempre al derecho fundamental en juego, con amplitud de criterios y de vías.

Estas pautas pueden extraerse de diversos precedentes, entre ellos “Capomodónico”; “E.R.E.”; “Hospital Británico”; “Peña de Márquez Iraola”; “Risolía de Ocampo”; “Cambiaso Peres”; “Passero”; “María”; “Unión de Usuarios y Consumidores”; “P.S.E.”; “Rivero”, entre tantos otros y según nuestra libre interpretación.

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LOS CONTRATOS

Por Jaime A. ARRUBLA PAUCAR⁽¹⁾

SUMARIO: Introducción. 1. La problemática en la contratación. 2. Las nuevas formas de contratación. 2.1. Contrato por adhesión a condiciones generales. 2.2. En busca de un concepto sobre los contratos de adhesión a condiciones generales. 3. Problemas y ventajas de la contratación estándar. 4. En búsqueda de soluciones. 4.1. Los derechos del consumidor. 5. La posibilidad de protección al consumidor en el derecho de los contratos. 5.1. En la etapa de formación del contrato. 5.2. Clasificación de los contratos. 5.3. El contenido del contrato. 5.4. Condiciones generales. 5.5. Cláusulas abusivas. 5.6. Responsabilidad. 6. La situación en Colombia. 7. Conclusiones y recomendaciones

INTRODUCCIÓN

Es importante precisar para los efectos de este estudio, la diferencia que existe entre abuso de la posición dominante en el mercado y el abuso de la posición dominante en los contratos.

Una empresa tiene una posición dominante en el mercado en el cual participa, cuando, por su alto desarrollo y la posición que tiene en el mismo, puede establecer libremente los precios de sus productos sin tener en cuenta a sus competidores o a las estrategias que ellos utilizan, incluso a las mismas preferencias de los consumidores. Se habla de posición de dominio en el mercado cuando un agente económico puede fijar las condiciones del mercado (dec. 2153 de 1992, art. 45).

En cambio, la posición dominante de una empresa en la contratación se presenta cuando formula previa y unilateralmente el contenido del contrato con el cual se presentará ante sus consumidores.

En el primer evento, estamos frente a una situación de interés general, que afecta al orden público y por ende, el estado debe intervenir

(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.

a partir de las autoridades con que cuenta para el efecto, para regular y equilibrar la libre competencia.

En el segundo evento, también hay un interés general, pues el contrato cumple una función social y se debe mantener la igualdad como deber del Estado, protegiendo especialmente a la parte débil del contrato y sancionando los abusos que se cometan contra ella.

Las empresas que detentan dominio en el mercado, representan un mayor riesgo en ese entorno, por ello, la libre iniciativa que consagra la constitución, debe ceder ante ciertas exigencias de comportamiento en las actuaciones de dichas empresas. La posición de dominio en el mercado impone mayores responsabilidades para la empresa que la detenta y la constitución política se ocupa en los estados constitucionales de derecho de establecer la responsabilidad de los productores y distribuidores en la colocación de los productos ante los consumidores.

En el presente estudio nos centramos en la posición dominante que se ocupa en el contrato y los efectos que de allí pueden derivarse.

1. LA PROBLEMÁTICA EN LA CONTRATACIÓN

La ley tiene una vocación de pretérito inmediata. Se puede decir perfectamente, que luego de promulgada comienza a envejecer. Por otro lado marcha la vida social, siempre dinámica y llena novedades frente a las cuales, la ley queda obsoleta. Por ello, la labor del jurista en definitiva, para utilizar la expresión de Garrigues, es poner en armonía la ley y la vida; es decir, se debe tratar de solucionar esa antinomia de que hablara Ascarelli, cuando se refería a la “tipología jurídica” y la “tipología de la realidad”; en el fondo, toda investigación jurídica, todo trabajo interpretativo, toda reforma debe consistir en tratar de armonizar estas dos cosas.

Hay que observar ambas cosas separadamente, la realidad y la regulación legal, para que concluyamos en cuánto se alejan o aproximan.

Observando la sociedad actual podemos apreciar claramente las notas que caracterizan las relaciones negociales de los diferentes sujetos.

1.1. El escenario es una sociedad de consumo, caracterizada por la masificación de los negocios y del obrar humano. Todo, producto de la formación de los grandes centros urbanos. El derecho que se aplicaba en el siglo XIX, además de estar inspirado por finalidades y objetivos

muy diferentes a los que ahora deben moverlo, estaba elaborado para una sociedad muy distinta, donde se observaba una acción jurídica mucho más lenta y más meditada. El fenómeno de la producción industrial en masa, posiblemente, como lo señalara Jaspers, es el dato más característico de nuestra época.

1.2. Existen fuerzas económicas que son las grandes productoras de los bienes y servicios que se imponen como necesidades primordiales para el individuo moderno. Las grandes empresas, por sus mismas necesidades de circulación económica y además por la constante demanda que supone la sociedad, mecanizan su actividad, fabrican en serie y en gran escala.

La gran empresa irrumpe en el mundo de las relaciones económicas y con su presencia se presenta la crisis del principio de la autonomía de la voluntad⁽²⁾.

1.3. La tecnología se impone en todos los sistemas de producción y de circulación económica y se renueva a una velocidad exagerada. Muchos productos llegan al consumo cuando las empresas están disponiendo su reemplazo por obsolescencia.

1.4. La circulación de los productos y servicios tiene que efectuarse también en forma masiva y acelerada. Aparece la mecanización de los negocios jurídicos y el anonimato en las personas intervinientes. El ambiente en que vive el hombre podría denominarse “ambiente típico”, al cual se adecua en forma vertiginosa. También las manifestaciones contractuales se impregnan de la colectivización y aparecen los “contratos tipo” o “contratos de masas”.

Como vigorizante y modernizante para la contratación mercantil se presenta la llamada transferencia electrónica de fondos. El manejo de dinero efectivo que, a fin de cuentas, es la única especie liberatoria de las obligaciones dinerarias, adquiere nuevas modalidades, como la transferencia electrónica⁽³⁾, que a su vez presenta riesgos no resueltos para los usuarios.

1.5. Artificialmente se crean necesidades masivas, generalizadas mediante la acción de la publicidad. La agilización y generalización

(2) SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis. *Bases para una ordenación del derecho de la contratación mercantil. La reforma de la legislación mercantil*, Ed. Civitas. Madrid, 1979, p. 283.

(3) PEÑA, Gilberto. *Algunos aspectos de la moderna contratación contractual. Foro nacional de notariado y registro*. Cartagena. Mayo de 1986.

de los grandes medios de comunicación contribuye a influir al consumidor psicológicamente para hacerlo propenso al determinismo de la propaganda.

1.6. Se observa un necesario y marcado intervencionismo estatal en todas las actividades productivas y económicas. El Estado acoge como cometido la tutela del interés general. Se acentúa la presencia del Estado en las tareas de organización de la vida colectiva y, singularmente, en la ordenación de las relaciones sociales enmarcadas en los ciclos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

1.7. Toda la transformación que ha experimentado la vida en sociedad introduce modificaciones en la forma de relación negocial. Se estandarizan muchos contratos, aparecen formas contractuales preimpresas por las grandes empresas, en las cuales solamente interviene el usuario para manifestar su adherencia; se observa claramente la predisposición a un esquema negocial unilateral uniforme e inequitativo algunas veces para quienes se adhieren a él.

1.8. Cada día se aumenta la situación de inferioridad de la persona frente a las grandes concentraciones de capital que han acaparado el mercado de la oferta de contrato. Pero se agrava aún más con el hecho que los empresarios no han alternado en el sistema de la libre competencia, sino que realizan concertaciones y se agrupan alrededor de determinadas pautas de contratación, de tal manera que las condiciones de la oferta aparecen estandarizadas frente al consumidor.

Ahora observemos la regulación jurídica para los tratos negociales:

- El sistema jurídico imperante data del siglo XIX, adaptado a las circunstancias sociales, económicas y políticas de ese medio ambiente. “El derecho obedecía la realidad en ese período de la historia”⁽⁴⁾.
- La solución que presenta el derecho frente a este panorama es un sistema jurídico tradicional, fundado en la escuela del liberalismo, fiel garante de la libertad económica y que predica la igualdad frente al contrato y las formas negociales, de donde parte para la interpretación misma de los tratos. Ese sistema se presenta ostensiblemente insuficiente para regular las situaciones de desequilibrio creadas por el consumo e impotente para establecer una igualdad real.

(4) VALLESPINOS, ob. cit., p. 181.

- También, queda por establecer si las antiguas categorías contractuales del sistema clásico siguen vigentes todavía y si logran encuadrar en ellas las nuevas relaciones que impone la vida social. Caracteriza nuestros días, en opinión de Vallespinos⁽⁵⁾, la estandarización de las relaciones jurídicas, la manifestación de los contratos, la uniformización del contenido contractual, los aprovechamientos por parte del contratante más fuerte, la presencia de ofertas oligopolio o monopolísticas, etc. Ninguno de estos fenómenos los contempla nuestro sistema jurídico tradicional.
- La libertad jurídica en los contratos ha decaído y solamente se manifiesta, en la mayoría de los casos, en uno sólo de los sujetos de la relación jurídica contractual. Para el adherente, esa libertad existe solamente para decir si contrata o no contrata, con la advertencia que, en muchos casos, ni siquiera conserva esa posibilidad de decisión. El individuo ha perdido su libertad para determinar el contenido del contrato; el contratante de superioridad económica no le permite la discusión del esquema que las regulará en el futuro.
- En la actualidad, la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente, que dispone de recursos para negociar, son estándar. Por ejemplo, los que realice para tomar un bien en arrendamiento donde vive o donde pasará sus vacaciones; para transportarse por los diferentes medios; los de compraventa en su gran mayoría, como cuando compra un carro; para abrir una cuenta corriente o de ahorros; para obtener un seguro de vida; para comprar víveres en un supermercado; para ver una película o para parquear un carro; para comprar muebles y enseres; para cubrir necesidades de seguridad u otros servicios. No exageraríamos si afirmamos que casi todos los contratos del hombre corriente son contratos por adhesión⁽⁶⁾.

Todo el panorama que presentan estas reducidas notas necesariamente invitan a reflexionar sobre varios aspectos: definitivamente el Estado contemporáneo tiene que atender a nuevos cometidos para equilibrar la posición jurídica de los particulares en su actividad ne-

(5) Ob. cit., p. 207.

(6) CEPEDA, Manuel José. *Revista de Derecho Civil*. N° 3. Universidad de los Andes. Noviembre de 1985, p. 8.

gocial; de otro lado se tienen que buscar las fórmulas adecuadas para que esa protección sea efectiva.

“El derecho debe ajustarse a los hechos. Si las normas del orden público son violadas de una manera constante por el conjunto de la población, hay que cambiarlas”, es la opinión de Carbonnier, y a tal empeño debemos dirigir nuestros esfuerzos.

Es momento para plantear como interrogante si el moderno tráfico de bienes encuentra en el contrato la respuesta adecuada del ordenamiento jurídico y de precisar hasta qué punto el régimen jurídico unitario de la contratación subsiste o puede subsistir tras el impacto que le ocasiona la constante intervención del Estado⁽⁷⁾.

El contrato ha dominado por mucho tiempo el mundo de las relaciones humanas y concretamente el de la circulación de bienes y servicios. Esta circulación ha tenido en el contrato su cauce jurídico por excelencia, logrando una gran fluidez, precisamente por estar rodeado éste de toda la protección liberal, asentado sobre la declaración de voluntad como causa de sus efectos jurídicos. Esa voluntad, libremente manifestada, ha inspirado el mundo económico y ha determinado sus avances; esa voluntad es reconocida por el derecho como fuente creadora del mismo con las solas limitaciones impuestas por el orden público y las buenas costumbres.

Pero cuando nos encontramos con una relación de intercambio diferente, caracterizada por las notas anteriormente enumeradas, la reglamentación deja de ser pertinente; el concierto de las voluntades no es armónico y la relación que se presenta entre los sujetos deja de ser un acuerdo de voluntades. Como lo señala Suárez-Llanos⁽⁸⁾, en estos casos contratar es, en realidad, aceptar colocarse en un situación que producirá efectos jurídicos; pero unos efectos jurídicos que no serán fruto de una voluntad autónoma, de un auténtico acuerdo, sino de una voluntad heterónoma que tiene sus raíces o en la ley o en la voluntad del contratante más poderoso.

2. LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

Como un hecho indiscutible se presentan en el tráfico económico contemporáneo unas claras transformaciones en la contratación civil y mercantil.

(7) SUÁREZ-LLANOS, ob. cit., p. 287.

(8) SUÁREZ-LLANOS, ob. cit., p. 296.

2.1. Contrato por adhesión a condiciones generales

Esta modalidad contractual se encuentra indiscutiblemente vinculada a la sociedad de consumo, y ésta a su vez, se encuentra relacionada de manera semejante a la gran empresa y a la tendencia contemporánea de producir en serie bienes y servicios⁽⁹⁾.

El tráfico en masa se ve estimulado por la multiplicación del número de consumidores en los grandes centros urbanos y por los medios masivos de comunicación que extienden la necesidad del consumo hacia los lugares más apartados. El tráfico económico se convierte en un tráfico en masa, acelerado y estimulado por las constantes demandas del consumidor.

La circulación de este tipo de bienes y servicios producidos en serie, no encaja en las estructuras tradicionales de negociación. Por lo pronto, la etapa de formación donde las partes tenían oportunidad de discutir las condiciones del acuerdo, queda superada. La contratación en masa requiere otro “ritmo que sólo permite la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e inmodificables en su formulación”⁽¹⁰⁾. Se limita la intervención de las partes, pues el examen del contenido del contrato queda reemplazado por la mecánica, consistente en formularios preimpresos redactados por la empresa, con disposiciones manifiestamente favorables a sus intereses y con detrimento para la parte débil del negocio. La uniformidad en el goce y cambio de las cosas y servicios conduce a la fungibilidad de los contratos⁽¹¹⁾.

En este proceso hacia el contrato es manifiesto que si el rol de la voluntad del consumidor queda reducida a nada, no participa en lo que será el esquema o contenido del contrato. La etapa de formación del negocio queda reducida a un esquema preimpreso que el contratista detentador de la “fuerza económica” ha preparado con debido cuidado y viene utilizando con anterioridad y piensa utilizarlo en el futuro. Será la práctica y algunos fallos judiciales desfavorables a sus intereses, los que le inviten en un futuro a incluir algunas modificaciones que seguramente realizarán su departamento jurídico pero en las cuales no intervendrá ninguno de los consumidores.

Esta forma de contratar impone al consumidor o usuario a tomar o dejar el contrato sin que pueda discutir sus motivos. En muchas ocasiones tendrá que aceptar aún contra su voluntad, porque la empresa

(9) STIGLITZ-STIGLITZ, ob. cit., p. 47.

(10) STIGLITZ-STIGLITZ, ob. cit., p. 48.

(11) STIGLITZ-STIGLITZ, ob. cit., p. 48.

es monopolista o porque la competencia tiene exactamente las mismas formas contractuales.

En este tipo de contratos no podemos apreciar a plenitud la “libertad contractual” que, según Larenz, supone para el individuo la posibilidad de reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y en tanto con ello queda afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter judicialmente obligatorio mediante un concierto libremente establecido⁽¹²⁾. No observamos esta libertad, pues una voluntad depende del arbitrio de la otra. Para esta última, la cuestión es bien simple, ¡lo toma o lo deja!

El contrato por adhesión es un supuesto típico de desplazamiento del principio de la libertad contractual⁽¹³⁾.

Esta clase de contratación se impone en la vida moderna, y a pesar de lo mucho que se elaboró en el siglo XX y se viene discutiendo en los inicios del presente sobre su desarrollo y perfil legislativo, la realidad es que se trata de un tema en evolución, que es preciso delimitar para dar soluciones jurídicas a los desequilibrios que plantea.

2.2. En busca de un concepto sobre los contratos de adhesión a condiciones generales

Desde 1901, año en el cual Saleilles introdujo el término contrato de “adhesión” en el romance jurídico, se ha seguido toda una polémica por definir lo que debe entenderse por este tipo de contratos. El mismo término utilizado se ha discutido; algunos prefieren la denominación de contratos estándar, o contratos a condiciones generales, contratos tipo, contratos reglamento, contratos autorregulatorios, etc.

La discusión se ha extendido a establecer si son en realidad contratos, o más bien actos unilaterales y han surgido tesis eclécticas para explicar su naturaleza jurídica. Algunos prefieren hablar de relaciones obligatorias más bien que de contratos forzosos, que son similares a las que derivan de un contrato, pero que no tienen su causa en un contrato sino en un acto de soberanía estatal (Díez-Picazzo); para otros es mejor utilizar la noción de “relaciones contractuales de hecho”, explicando que son unas relaciones jurídicas, en todo iguales a las contractuales, sin que en su origen pueda encontrarse un verdadero contrato,

(12) LARENZ, K. *Derecho de obligaciones*, Ed. R.D.P. Madrid, p. 65.

(13) STIGLITZ-STIGLITZ, ob. cit., p. 49; con este tipo de contratos se rompe el modelo de corte individualista en cuanto a la formación del negocio jurídico.

llamadas por la doctrina alemana “prestaciones del tráfico en masa” (Haupt); se llegó a introducir en la dogmática de la fuente de las obligaciones, la categoría de “la conducta social típica”, que se entiende como un comportamiento social del que derivan unos efectos jurídicos semejantes, aunque no iguales, a los que se asignan al contrato (Larenz).

La realidad es que con este tipo de contratos queremos hacer clara diferencia de aquellos preestipulados, en los cuales participan ambas partes en su elaboración y discusión o al menos pueden hacerlo en pleno ejercicio de su libertad contractual.

Observemos algunos de estos enfoques y encontraremos en todos ellos la idea común que venimos planteando:

- Saleilles decía a principios del siglo xx:

“Indudablemente hay contratos de contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, y cuya construcción jurídica aún está por hacer; [...] se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes, no ya sólo a un individuo sino a una colectividad determinada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus* y entrar a formar parte de este acuerdo ya creado por sí mismo”.

- En opinión de Le Pera⁽¹⁴⁾, en sentido estricto, contrato de adhesión parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición de clara superioridad respecto de la otra.
- Messineo define el contrato por adhesión como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

Algunos autores parten para sus estudios del concepto de condiciones generales, estrechamente vinculado al de esta clase de contratos.

- Para García Amigó⁽¹⁵⁾, por condiciones generales de los contratos designamos la serie de cláusulas formuladas preventivamente en forma general y abstracta en vista a la celebración de una

(14) Según LE PERA. *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Astrea. Buenos Aires 1974, p. 271.

(15) GARCÍA AMIGÓ, M. *Condiciones generales de los contratos*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969.

serie indefinida de contratos que al ser aceptada por las partes pasan a regular la relación contractual que aquéllas deseen crear, estableciendo su contenido normativo, y, por efecto reflejo, el contenido obligacional subjetivo, sin que por otro lado coincidan con normas legales o consuetudinarias.

- Federico de Castro y Bravo⁽¹⁶⁾ ofrece su concepto sobre condiciones generales:

“Bastará a nuestro objeto decir que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar”.

3. PROBLEMAS Y VENTAJAS DE LA CONTRATACIÓN ESTÁNDAR

Los principales problemas que plantean los contratos homogéneos son afrontados con un sistema jurídico tradicional que no fue establecido para ellos.

Observemos algunos de los problemas e inconvenientes que se presentan con este tipo de pactos:

- Como una de las partes redacta y otra adhiere, ¿podrá decirse que el segundo actúa con libertad contractual? ¿Podrá afirmarse que el adherente dio su voluntad al contrato estándar? ¿Se encuentran las partes en una posición de igualdad contractual?
- Como la parte que detenta la fuerza económica redacta y tiene por su actividad de empresa, generalmente, una adecuada asesoría técnica y jurídica, aprovecha el vehículo de las condiciones generales para reforzar su lugar en el contrato y debilitar al adherente, siendo este punto el mayor de los peligros que presenta el contrato de adhesión⁽¹⁷⁾ ¿Valdrán las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad y las obligaciones del empresario? ¿Qué puede hacerse con las cláusulas onerosas para el adherente?
- En la práctica las condiciones generales contienen reglas tan laberínticas y oscuras que ni siquiera un buen conocedor del

(16) *Las condiciones generales de los contratos y la eficiencia de las leyes*, Civitas, Madrid, 1985, p. 12.

(17) GARCÍA AMIGÓ, ob. cit., p. 28.

derecho logra entenderlas⁽¹⁸⁾. Muchas cláusulas además de estar redactadas ambiguamente o en forma ininteligible, aparecen en letra menuda que no lee el adherente o que llega a conocer después de firmado el contrato o no se conoce de su existencia⁽¹⁹⁾.

- Muchas cláusulas también las redacta el contratante prevalente pensando en supuestos excepcionales de modo que no siempre el resultado encaja en ellas, y por el contrario, se presenta desmesurado y ajeno al propósito del redactor.
- Sucede, a veces, la concertación de empresas para redactar las condiciones generales, y de esta manera, unificar sus esquemas contractuales frente al usuario en general.
- También ocurre la presencia de cláusulas técnicas establecidas por el estipulante, quien conoce perfectamente su oficio y que son una desventaja para el adherente, que es un hombre medio y no las entiende.
- Pero desde otras ópticas jurídicas, los problemas y dificultades que plantean los contratos de adhesión no son menos en cantidad y densidad ¿Podrán los jueces con fundamento en el sistema jurídico tradicional, echar por tierra, algunas de estas cláusulas abusivas? ¿Debe considerarse obligatorio el contrato con este tipo de cláusulas? ¿Responden las razones de invalidez del negocio jurídico tradicional a este tipo de abusos? ¿La concepción tradicional de los vicios del consentimiento, será suficiente para lograr la equidad en este tipo de relaciones jurídicas?
- ¿Son los contratos de adhesión en realidad contratos? ¿Serán actos unilaterales? ¿Será un negocio de base contractual y de fondo reglamentario?
- ¿Tendrá algún sentido continuar hablando de contrato cuando una de las partes está obligada a contratar? ¿Podrá decirse que el ciudadano que utiliza un bus urbano para transportarse celebra un contrato de transporte o celebrará un contrato el ciudadano que adquiere una cajetilla de cigarrillos en una máquina automática, acude al autoservicio en las grandes cadenas de

(18) DE CASTRO y BRAVO, Federico, ob. cit., p. 19.

(19) GARCÍA AMIGÓ, ob. cit., p. 29.

almacenes, o podrá afirmarse que hay contrato en la relación de seguro que se establece en algunos países en forma obligatoria en materia de responsabilidad automoviliaria?

- Las reglas tradicionales de interpretación de los contratos están elaboradas para una contratación en pie de igualdad y se presentan ineptas para aplicarse en una contratación a condiciones generales o estandarizadas, que de suyo, sabemos desequilibrada. Nos preguntamos si podemos sustraernos a dichas reglas y podrán los jueces encuadrar este tipo de situaciones en otras pautas de interpretación, acuñadas en la buena fe, o en principios generales como el abuso del derecho.

La premisa sentada en el Código de Napoleón, que consagra la mayoría de los códigos occidentales para interpretar en favor del adherente⁽²⁰⁾, es inocua e insuficiente.

Dice la norma lo siguiente:

“Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes [...] se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

La realidad es que tales cláusulas no son ambiguas sino muy claras⁽²¹⁾; su problema no es que sean ambiguas, sino que son abusivas para la parte que adhiere al convenio. Así las cosas, la norma no es pertinente, no viene al caso por no tratarse de un problema de oscuridad o ambigüedad que debe dilucidarse por la vía de la interpretación de la cláusula. Es un problema de contenido contractual de justicia en una de sus disposiciones que aparece groseramente a favor de, o recargada para una de las partes.

Estos son algunos de los problemas que plantea la contratación por adhesión o estandarizada, o a condiciones generales según se le quiera llamar.

Pero la realidad hay que aceptarla. El hecho económico debe atenderse y el derecho está llamado a adecuarse al momento. Muchas de las dificultades y problemas enrostrados son reales y otros aparentes. No debemos esgrimir como premisa que este tipo de pactos son indispensables en el tráfico económico contemporáneo, es una premisa que no está en duda. Corresponde al derecho ofrecer las vías para su

(20) Artículo 1624 del Código Civil colombiano.

(21) De esta misma opinión: PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. Estudio citado.

control. No creo que estemos, como decía algún autor, ante la muerte del contrato.

“¿Cómo hablar de la crisis del contrato, cuando acrece su número, se diversifican sus especies y se abulla su contenido obligatorio?”⁽²²⁾, decía el profesor Risolía.

En otras palabras ¿existe tal muerte del contrato? ¿No será más bien que la sociedad se transforma, que la vida moderna es más compleja y que deben amoldarse nuestras instituciones a los nuevos momentos en que se vive?

Para el profesor Vallespinos⁽²³⁾, el contrato estructuralmente está en crisis porque sus principios de libertad e igualdad presentan profundas alteraciones, sin embargo esa voluntad no está aniquilada. El contrato simplemente ha variado las bases sobre las cuales asienta su misión y su alcance, a la vez que han nacido nuevas expresiones de los vicios de la voluntad.

La contratación a condiciones generales, no obstante sus inconvenientes y problemas, también ofrece sus ventajas. La doctrina⁽²⁴⁾ no duda en señalarlas:

- Que dichas cláusulas no se establecen sólo para limitar la responsabilidad del empresario o para que éste obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas.
- Que los códigos han quedado anticuados y el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse de regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama del comercio.
- Que con ellas se procura claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos.
- Que las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cu-

(22) RISOLÍA, Marco Aurelio. *Soberanía y crisis del contrato*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 118.

(23) Ob. cit., p. 202.

(24) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, ob. cit., p. 17.

brirse de riesgos mediante el seguro, agrega García Amigó a la lista de ventajas de la contratación a condiciones generales⁽²⁵⁾.

- Las condiciones generales de los contratos se acomodan perfectamente a la realidad social y a las necesidades prácticas.
- Además se va preparando de una manera progresiva, sobre una base real, la modernización de los ordenamientos positivos.
- Colaboran con la unificación del derecho comparado relativamente a las relaciones contractuales a que se refieren, dada la aplicación sin límites de fronteras de muchos de sus modelos.
- Hay ventajas incluso para el adherente, pues hay igualdad para cada uno de los adherentes con la empresa predisponente, no hay posibilidad de que un contratante obtenga mejores condiciones que otro.
- Las condiciones preimpresas hacen posible una dilusión y conocimiento de las condiciones generales en que se contrata, que sin ellas no se lograría en muchos casos; además se facilita la contratación por categorías profesionales que se adecuan mejor a las exigencias del tráfico, lo que se logra con las generalizaciones necesariamente abstractas que trae la ley.

Es indudable que los contratos estándar tienen y tendrán un creciente uso en la práctica comercial, por tratarse de mecanismos ágiles y rápidos para la circulación de los bienes y servicios de consumo. Además, constituyen una forma o mecanismo práctico y sencillo para controlar las facultades de los subalternos y dependientes del comerciante, quienes tienen que ajustar con la clientela, en forma rápida, casi instantánea, convenios comerciales de cuantías enormes, cuya estipulación no puede estar al arbitrio de los dependientes jurídicos o administrativos. Este tipo de contratos, por ejemplo en la práctica bancaria, constituyen una “camisa de fuerza” para que el gerente no desborde sus facultades⁽²⁶⁾.

4. EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES

Es evidente que los estudiosos del derecho deben procurar soluciones para la realidad que se impone en la contratación contemporánea. Pero como advierte Weill, el deber del jurista es estudiar el dere-

(25) Ob. cit., p. 25.

(26) PEÑA, Gilberto. Estudio citado.

cho pero no como fin en sí mismo sino como medio de adaptación a las exigencias de la vida.

Pero antes de sentar posibles soluciones a la problemática debemos atender algunos presupuestos:

4.1. Los derechos del consumidor

Dijo César Vivante: “El Legislador convocó al empresario a compilar el código, y luego dijo a los consumidores: he aquí el código que debéis respetar”. Nadie duda sobre cuáles deben ser tareas y cometidos del Estado moderno. Le corresponde al Estado intervenir en la tarea de proteger los derechos del consumidor, la cual podrá realizar de múltiples maneras, según opinión de Larenz⁽²⁷⁾ bien se produzca esa intervención en la configuración interna del contrato o bien se manifieste en la libertad de contratar.

En cuanto a la configuración interna del contrato, el Estado interviene para fijar precios, proteger al consumidor, defender el interés público. Se puede manifestar en la necesidad de aprobar un contrato por una entidad estatal, imposición de contratos tipo y formularios aprobados por el Estado, prohibición del contrato cuando éste se halla sometido a autorización de contratos para impedir la nulidad. Con relación a la libertad de contratos, se impone a ciertas empresas la obligación de hacerlo, cuando son monopolio o prestan servicios públicos.

También se interviene rompiendo la competencia desleal. Se facilitan, además, las condiciones para la creación de asociaciones y agrupaciones de consumidores, etc.

Superando una inicial formulación de un concepto tradicional de consumidores que lo concretaba al comprador de productos alimenticios o farmacéuticos, se llega a un concepto más amplio como sujeto de tráfico económico frente a la empresa organizada⁽²⁸⁾.

Así se perfilan ahora varias inquietudes en pro de la defensa del consumidor, tareas que corresponde emprender al Estado:

- Revisión de los códigos de corte decimonónicos para regular condiciones generales, cláusulas abusivas, ventas a domicilio.

(27) Citado por Polo, Eduardo. La protección del consumidor en el derecho privado, Civitas, Madrid, 1980, p. 26.

(28) POLO, ob. cit., p. 29.

- Imposición de nuevas obligaciones a empresas, como la información al consumidor.
- Agravación de la responsabilidad del fabricante o del vendedor.
- Mayor represión de la publicidad engañosa.
- Creación de organismos de defensa de los consumidores.
- Representación y participación de los consumidores en los organismos que toman las decisiones que les afecten.

En países como España, se elevó el derecho del consumidor a garantía constitucional. El artículo 51.2º de la Constitución de 1978 dice: "Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca".

Desde la Carta Europea de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa en mayo de 1973, y del programa preliminar para una política de protección e información a los consumidores de la Comunidad Económica Europea en abril de 1975, se han venido delineando y concretando esos derechos que corresponden a los consumidores.

En Colombia, la Constitución de 1991, también consagra la protección de los consumidores en el artículo 78.

5. LA POSIBILIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Al momento de hablar de la protección del consumidor en el derecho privado, hay que pensar sin duda alguna en el tema de la contratación. De nada servirían las demás acciones del Estado por sus otras ramas, si permanece un sistema que somete a las partes a la ley del contrato.

Para asegurar la eficacia de la protección de los derechos de los consumidores se precisa una reforma profunda en el derecho de los contratos, precisamente, el carácter dispositivo de la mayoría de sus normas ocasiona una gran interferencia para lograr el cometido. El tema de las cláusulas abusivas y de las condiciones generales, en aspectos como el de prestación, cumplimiento o responsabilidad en el contrato, son el centro de la problemática de la protección al consumidor que presenta la materia.

Veamos dónde y en qué deben consistir esas reformas:

5.1. En la etapa de formación del contrato

Como paso previo a la formación del contrato debería pesar sobre la empresa un deber de información, consistente en suministrar al consumidor un detalle veraz y completo sobre precios, calidad, cantidad, composición, características y condiciones de los productos y servicios objeto del contrato, contenido de éste. Este deber hoy lo podríamos entender dentro del deber de buena fe que se impone en la etapa preparatoria, pero se precisa que sea un deber especialísimo para los contratos por adhesión a condiciones generales.

5.2. Clasificación de los contratos

Sería indispensable clasificar legalmente los contratos en preestipulados y por adhesión a condiciones generales, a fin de buscar efectos jurídicos diferentes en cada uno de ellos, desde normas especiales para su interpretación hasta las mismas normas imperativas.

El consentimiento se produce en ambos casos en forma diferente y esto debe incidir en los vicios del consentimiento que no pueden ser mirados con la misma óptica.

Los autores franceses distinguen entre los contratos de *gré a gré* (voluntad a voluntad) y los contratos de adhesión. Según la terminología utilizada por Diéz-Picazo, los contratos pueden clasificarse como contratos por negociación y contratos por adhesión.

Inicialmente se pensó que las cláusulas abusivas objeto de protección eran las que representaban en los contratos por adhesión. La Directiva Europea de 1993 concierne a todos los contratos y no solamente a los por adhesión. El criterio de protección se fundamenta en la falta de negociación de la cláusula y no en la clase de contrato, pero según la directiva, cuando la cláusula abusiva ha sido introducida en un contrato por adhesión, se presume la falta de negociación de la cláusula allí radica la diferencia. El derecho francés se inclina por la misma solución aunque no contempló la presunción de falta de negociación en las cláusulas en los contratos por adhesión.

5.3. El contenido del contrato

Se deben establecer normas de índole imperativa, que llevarían a modificar muchas de ellas que hoy solamente tienen un temple dispositivo. De esta manera se impediría el carácter lícito o abusivo de muchos pactos, como las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad, las que limitan las garantías, las que invierten la carga de la prueba o acortan plazos de prescripción, o acomodan el lugar de

competencia para solucionar ciertos conflictos, jugando con el lugar del pago o del cumplimiento de la obligación.

Si se desatienden las normas de índole imperativa deberá acarrear la sanción de invalidez de la cláusula, que operará de pleno derecho. Exigir la declaración judicial de invalidez equivaldría a desproteger notoriamente al adherente. Algunos sistemas traen varias clases de sanción para diferentes cláusulas abusivas, unas que operan de pleno derecho y otras que requieren declaración judicial.

5.4. Condiciones generales

Sobre las condiciones generales de los contratos, es necesario observar tres aspectos⁽²⁹⁾:

5.4.1. La formulación de condiciones tipo, donde habría injerencia estatal y de las organizaciones de consumidores.

5.4.2. También sería necesario el control de las condiciones generales; son dos sistemas los que aparecen: un control judicial, fortaleciendo para el efecto a la rama jurisdiccional, o un control administrativo, por un organismo defensor de los consumidores como el *ombudsman* de los consumidores escandinavos.

El *control judicial* es fundamental para lograr el bloqueo de las condiciones generales. Es necesario fortalecer a la discrecionalidad del juez para apreciar circunstancialmente el contrato, porque puede ocurrir que otros remedios sean insuficientes en un momento dado.

Se piensa que ese *control judicial* puede revestir dos modalidades: *la primera*, sería un control previo, según el cual las condiciones de los contratos deberían ser homologadas por los tribunales antes de ser aplicadas por las empresas. Este control sustituiría la aprobación administrativa que requieren algunos contratos, que en opinión de García Amigó⁽³⁰⁾ es preferible, por la sencilla razón de que el juez es un conocedor del derecho privado, mientras que los funcionarios públicos están en un contacto más lejano con referencia a las normas de orden civil o mercantil. En nuestra opinión, todo control previo es peligroso independientemente de quien lo realice, porque aumenta los costos de los bienes en perjuicio de quien los requiere. Habría que utilizar este sistema de control para algunos especialísimos contratos donde se puede planear la aprobación previamente. *La segunda*, sería la revi-

(29) POLO, ob. cit., p. 91.

(30) Ob. cit., p. 180.

sión de los contratos celebrados con base en condiciones generales, es decir, un control posterior. Los tribunales podrían revisar los contratos por adhesión o estándares, cuando el adherente lo solicite y con el fin de equilibrar su posición frente a cláusulas abusivas. Este criterio de revisión se ha impuesto en países como los Estados Unidos e Israel. El primero, rompiendo un poco su sistema tradicional del *common law*, publicó en 1952 el *Uniform Commercial Code*, que ha sido aceptado por más de veinte estados, codificación en materia mercantil que ha tenido que conciliarse con el sistema tradicional del poder de la jurisprudencia, reconociendo unas facultades amplias para los tribunales. Se les reconoce a los tribunales la facultad de revisión de los contratos en el párrafo 302 de la sección segunda, denominada "*general obligation and construction of contract*". Dicha disposición señala que si el tribunal considera que un contrato o una cláusula contractual ha sido excesivamente onerosa al momento de celebrar el contrato puede negar la ejecución del mismo, o ejecutar el resto del contrato, o en fin, limitar la cláusula inequitativa en la medida necesaria para impedir un resultado excesivamente perjudicial. La ley israelita 5724 de 1964, también otorga a los tribunales el poder de revisión de contratos con cláusulas leoninas y dice en su artículo 14 que cuando el juez del litigio interpartes llega al convencimiento de que una cláusula restrictiva, considerada formando parte del conjunto de todas las circunstancias del contrato, es perjudicial para los adherentes o reserva al predisponente una ventaja no equitativa que perjudica a los clientes, puede considerar nula la cláusula en su totalidad o en parte, así como ordenar la restitución al adherente de lo que éste haya entregado ya en cumplimiento de dicha cláusula.

En cuanto al *control administrativo* es bastante dicente la experiencia nórdica en materia de protección al consumidor, donde se ha venido institucionalizando el llamado *ombudsman de los consumidores*. El *ombudsman* interviene en una fase preliminar intentando dirimir los conflictos entre empresarios y consumidores; si no logra su cometido, puede someter, es el caso de países como Finlandia y Dinamarca, a la *Cámara de Reclamaciones del Consumidor*, que es un verdadero centro de arbitraje integrado por representantes de los empresarios y de los consumidores, la diferencia presentada.

5.5. Cláusulas abusivas

Uno de los debates más interesantes en el derecho privado en los últimos años ha sido sobre lo que debe entenderse por cláusula abusiva.

La Corte de Casación francesa había admitido en 1994 que todo contrato por adhesión estaba fundado en un abuso de poder econó-

mico por una de las partes y por consiguiente, todas sus cláusulas debían ser consideradas como abusivas. Ello no necesariamente es así. El contrato por adhesión puede contener cláusulas que no son abusivas. Una cosa es considerar que se presume una falta de negociación de sus cláusulas y otra muy distinta es tener sus cláusulas en general como abusivas.

Se han presentado varios sistemas. La ley inglesa y el derecho Alemán (ley de 9 de Diciembre de 1976), trae una lista de cláusulas que se consideran abusivas, también conocidas como negras y también una sanción general que pueden aplicar los jueces para todo tipo de cláusulas que se consideren abusivas. El Código Civil de Québec, de enero de 1994, en su artículo 1437, faculta al juez para anular u reducir toda cláusula abusiva en los contratos de adhesión o en aquellos celebrados por el consumidor y trae una definición de cláusula abusiva.

La ley inglesa sobre el tema señala: hay distintos tipos de cláusulas abusivas; las que limitan o excluyen la responsabilidad por culpa en caso de daño o pérdida de las mercancías⁽³¹⁾; las que limitan o excluyen la responsabilidad por violación del contrato, permiten modificar la ejecución en relación con lo que razonablemente se podía esperar, o que se reservan el derecho de eximirse de la ejecución total o parcial de la obligación.

Cuando la ley trae una lista negra no es necesario traer una definición de cláusula abusiva, pues toda cláusula incluida en ellas, se considera abusiva. Pero si la lista es gris, es decir, es a título de ejemplo, no taxativa, se ha necesario definir en términos generales que es una cláusula abusiva. También se hace necesario definirla cuando no hay ningún tipo de lista.

Para algunos, el sistema más eficaz es aquel que no limita la protección a una serie de cláusulas señaladas en la ley, sino que deja el campo abierto al examen del juez⁽³²⁾, la ventaja es que evita el arbitrio del juez, aunque este puede evitarse gracias al control de la Corte Suprema de Justicia. Este sistema es adoptado por la Directiva Europea de 1993, cuando señala que una cláusula es abusiva cuando “a pesar

(31) En Colombia, sostenemos este principio en contratos como el de transporte, pero en forma general.

(32) LARROUMET, Christian. *La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y en derecho francés*. “Política y derecho del Consumo” Autores varios. Ed. El Navegante. Bogotá, 1998, p. 170.

de la exigencia de buena fe, provoca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones originados por el contrato". Esta misma definición es acogida por la ley francesa de 1 de Febrero de 1995 que incorpora a la legislación la directiva Europea, salvo la alusión al consumidor y a la buena fe.

En efecto, según la directiva citada, toda cláusula puede ser declarada abusiva y por tanto ineficaz cuando se adecua al concepto señalado por la misma. Un anexo señala una lista de cláusulas, pero se advierte que es sólo indicativa y no a la manera de una lista negra como en el sistema alemán. En directiva europea se protege solamente a los consumidores, en el código de Québec a los consumidores y profesionales en los contratos por adhesión, en la ley francesa de 1978 y en la de 1995, se amplía el ámbito de la protección para consumidores, profesionales y no profesionales. La realidad es que la protección se fundamenta en que entre las partes, sea una de ellas consumidor o no, se presenta una relación de fuerza que es desfavorable a esta última por ello se torna necesario privilegiar la ausencia de negociación de la cláusula o del contrato que la contiene. En el derecho alemán se protege a todo aquel que figura como adherente.

Un problema que generan algunas de estas regulaciones, es para encontrar un concepto sobre consumidor.

Cláusula abusiva no significa necesariamente que sea lícita, pero puede serlo. Perfectamente, desde un punto de vista formal, algunas estipulaciones pueden aparecer completamente lícitas, pero serían abusivas en cuanto al fin que persigue el predisponente que es asegurar su posición dominante en el contrato.

La *cláusula abusiva* no implica que debe reportar una ventaja económica, basta la ventaja de cualquier índole para el predisponente como cuando se otorga el derecho a realizar la entrega de la cosa unilateralmente. Para que estemos ante una cláusula vejatoria es suficiente que el adherente quede en circunstancias de inferioridad, dificultad o manifiesta incomodidad para el cumplimiento de sus obligaciones o el reclamo de sus derechos.

El derecho alemán⁽³³⁾ considera ineficaz la estipulación contractual cuando perjudica al adherente indebidamente, en oposición al principio de la buena fe. La cláusula acreedora de tal sanción sería, entre

(33) Ley para la regulación de las condiciones generales del 1º de abril de 1977.

otras, aquella que limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad del mismo.

5.6. Responsabilidad

Otro de los puntos concierne con el tema de la responsabilidad de los empresarios: se trata de salirse de los clásicos lineamientos de la responsabilidad contractual o extracontractual por culpa o negligencia.

Por ejemplo, la jurisprudencia francesa y belga, siguiendo a Pothier, resumen en el *vendedor empresario* el conocimiento de los vicios de la cosa vendida. Con una disposición en tal sentido se dejaría sin eficacia la disposición tendiente a limitar la responsabilidad.

Las normas clásicas de responsabilidad por culpa aquiliana son insuficientes para proteger al consumidor en los casos de daños originados por los productos, ya sea en las cosas o en las personas, pues exigen la prueba de la peligrosidad o defectuosidad del producto y la prueba de la relación de causalidad entre éste y el daño. Con ello se invierte en la práctica la carga de la prueba de la ausencia de culpa en perjuicio del consumidor. Pero, si no obstante se prueba lo anterior, el fabricante puede demostrar que obró con prudencia y diligencia debida o que hubo fuerza mayor, con lo cual está completamente desprotegido el consumidor. Por ello, debe pensarse en la responsabilidad objetiva del fabricante por riesgo profesional. Esta tendencia ya está contemplada en el derecho norteamericano y la ha venido aceptando la jurisprudencia alemana e italiana. Una medida como ésta llevaría a los fabricantes a ser más cautelosos y diligentes en la producción y beneficiaría a la generalidad de los consumidores.

Los organismos supranacionales europeos⁽³⁴⁾ vienen desarrollando una importante labor de propuesta para la unificación del derecho, a fin de introducir en las legislaciones nacionales de los estados miembros el principio de la responsabilidad objetiva del fabricante para la reparación de los perjuicios ocasionados por productos defectuosos.

Los estatutos en defensa de los consumidores comenzaron a establecer la responsabilidad de los fabricantes, permitiendo a los consumidores dirigirse directamente frente a ellos en ciertos casos. En Co-

(34) C.E.E. y C. de E.

lombia, el artículo 23 del estatuto del consumidor⁽³⁵⁾ responsabiliza a los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios, en los siguientes términos:

“Responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios. Respecto de los bienes y servicios cuya calidad e idoneidad haya sido registrada en los términos del presente decreto o respecto de los cuales sea legalmente obligatorio el registro o licencia, o cuya calidad e idoneidad haya sido determinada mediante oficialización de una norma técnica, la responsabilidad de los productores se determinará de conformidad con los términos y condiciones señalados en el registro o licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica, teniendo en cuenta las causales de exoneración previstas en el artículo 26”.

“Cuando la calidad e idoneidad de los bienes y servicios no haya sido objeto de registro, bastará para establecer la responsabilidad por la mala o deficiente calidad o idoneidad, la demostración del daño, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad señaladas en el artículo 26 [...]”⁽³⁶⁾.

Con la constitución de 1991 se eleva a norma constitucional la responsabilidad de los productores y comercializadores frente a los consumidores, cuando el artículo 78 establece lo siguiente:

“La 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.”

“El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que le conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

La norma constitucional establece claramente el principio de la responsabilidad de los productores y comercializadores y los futuros desarrollos legislativos sobre la materia deberán ser más claros y precisos que el actual estatuto del consumidor, el cual, no obstante su alusión a registros, de consuno con la norma constitucional, son base clara y suficiente, para sustentar jurídicamente la responsabilidad de

(35) Decreto 3466/82.

(36) Estas causales de exoneración son: La fuerza mayor, el caso fortuito no sobrevenido por su culpa, el uso indebido del bien o del servicio por parte del afectado, o el hecho de un tercero ligado o no al productor mediante relación de trabajo o contractual de cualquier clase.

consumidores y distribuidores frente a los consumidores, por los daños producidos en la comercialización de bienes y servicios.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional⁽³⁷⁾ ha ido todavía más allá, refiriéndose a la posibilidad de establecer la responsabilidad de los fabricantes y distribuidores con fundamento directo en la constitución, es la llamada responsabilidad *ex constitutione*, que prescinde de la necesidad de un desarrollo legal para el efecto, y encuentra su fundamento directamente en el texto constitucional anteriormente transcrito. Dice así la sentencia aludida:

“En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario. Este propósito constitucional no podría nunca cumplirse cabalmente si los supuestos de responsabilidad sólo pudieran darse entre partes de un mismo contrato, máxime si sólo en pocos casos el fabricante poner directamente en la circulación el bien y lo coloca en manos del consumidor final. La responsabilidad del productor y del distribuidor surge *ex constitutione* y puede por ello ser deducida por el consumidor del producto o el usuario, con independencia de que exista o no un vínculo contractual directo con los primeros. En este sentido, las garantías atinentes (sic) a la calidad o idoneidad de los bienes y los servicios, no se ofrecen exclusivamente al primer adquirente; ellas se disponen frente a la categoría de los consumidores o usuarios. El productor profesional produce para el mercado, se beneficia del mercado y debe responder ante el mercado. En este caso, el mercado está constituido por los consumidores y usuarios. La responsabilidad de mercado —secundada por la Constitución y la ley—, no contractual, acredita la reivindicación igualitaria que ha querido la Constitución introducir bajo concepto de consumidor o usuario”.

Opinamos que no es necesario predicar una responsabilidad basada directamente en la constitución, pues la norma legal ya existe, la del estatuto del consumidor citado, que con una adecuada constitucionalización, se actualiza y despoja de exigencias de registro, que ante la constitución vigente no son necesarias.

La Corte Suprema de Justicia⁽³⁸⁾ se refiere al tema de la responsabilidad de los fabricantes y distribuidores, fundamentándose además de la norma constitucional, en el estatuto del consumidor como lo advertimos anteriormente. Importante además la interpretación de la de-

(37) M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-1141/00. de 30 de agosto del 2.000.

(38) M. P. César Julio Valencia Copete. Sentencia de 7 de febrero de 2007. Ref: expediente número 23162-31-03-001-1999-00097-01.

manda que hace la Corte, cuando a pesar de estar invocando una responsabilidad de orden contractual, de hechos inequívocos afirmados por el demandante, entiende que la invocada por el demandante no está necesariamente ligada al contrato. Se manifiesta la Corporación en los siguientes términos:

“3. Como quedó visto de la sinopsis que se hizo del fallo combatido, el juzgador aseguró que, a términos del decreto 3466 de 1982, en casos como el presente la acción podía instaurarse directamente contra la persona que ostentara la calidad de productora, quien, por esa condición, al tenor del aludido Estatuto del Consumidor tenía la obligación de garantizar la buena calidad del producto que distribuyera a través de sus expendedores; por tanto, indicó, estaba al arbitrio del demandante dirigir su demanda de responsabilidad contractual únicamente en contra del vendedor, promoverla frente a ese sujeto y al fabricante de las cosas, evento en el que debía acreditar la cadena contractual, o, en últimas, intentar su pretensión de responsabilidad civil extracontractual sólo contra el productor.

No sin antes aludir a la importancia que tenía en la Unión Europea el tema atinente a la obligación legal de garantía a cargo del productor dentro de la órbita del derecho de protección al consumidor, el sentenciador dio por establecida la legitimación de las partes en esta causa, así: la del promotor del proceso, debido a que tenía la condición de perjudicado económico, y la de la opositora, por cuanto al contestar la demanda confesó ser la productora de la semilla de sorgo tipo “Sinupar 2R” adquiridas por aquél, en la medida en que al responder el hecho segundo señaló que tales artículos no le fueron comprados, que una era la situación jurídica del fabricante frente al consumidor y otra la del vendedor o distribuidor, a lo que añadió que la demandada, al fundamentar la excepción expresamente afirmó que el actor le compró los aludidos granos a la sociedad Semillas & Semillas Limitada y no directamente a ella, quien ha debido ser llamada “sólo en garantía como productora”.

Con esa base, apoyado en las pruebas que relacionó, el ad-quem aseveró que como el dictamen pericial practicado dentro del proceso, no objetado por ninguna de las partes, ostentaba especial connotación demostrativa, en particular por la incuestionable competencia de los peritos y el aquilatado fundamento en que aparecían soportadas sus conclusiones, debía tener por cierta la circunstancia consistente en que las aludidas semillas, utilizadas por el demandante en los cultivos de sorgo por él plantados durante 1999, habían presentado “problemas en su calidad”. Por ahí mismo, concluyó que era clara la responsabilidad civil de la demandada, para finalmente precisar que la suma por la cual impondría la condena correspondía sólo a la restitución del precio de la semilla debido a la anotada mala calidad, y no al concepto de lucro cesante.

4. De lo que viene de compendiarse se aprecia que el juez de segundo grado, para otorgarle mérito a las pretensiones y desestimar la excepción planteada, entendió que a Semillas Andree Agrícola Limitada se la demandó no propiamente porque tuviera la condición de parte de una determinada

relación negocial sino por la calidad que de productora tenía de los granos adquiridos por el demandante, con relación a los cuales éste había deprecado el correspondiente resarcimiento de los daños padecidos. Fueron precisamente estos extremos, valga reiterar, los hechos consistentes en que aquélla era la productora de las semillas y que Assis Contreras sufrió perjuicios económicos por cuanto las mismas presentaron “problemas en su calidad”, los que lo condujeron a pregonar la legitimación en la causa de las partes del proceso y, por contera, a desestimar, aunque implícitamente, la excepción de “carencia del derecho de demandar por inexistencia de la obligación y de la relación jurídica pretendida”, pues comprendió que dadas esas puntuales circunstancias fácticas, a la luz de las normas positivas que protegen los derechos de los consumidores incorporadas en el decreto 3466 de 1982, el actor sí podía promover esta acción contra aquella persona jurídica para que le reparara el derecho lesionado a raíz de que los aludidos productos resultaron de mala calidad. Con esa específica inteligencia dedujo entonces que era “clara la responsabilidad civil” de la opositora, a quien condenó a restituirle al actor nada diferente al “precio de la semilla debido a la anotada mala calidad de la misma”.

5. Como se verá enseguida, el entendimiento que del modo expuesto el juzgador le otorgó a la controversia no se aparta del marco que le trazó el contenido objetivo, lógico y razonable que emana de la demanda y su contestación.

En efecto, sin desconocer que en la parte introductoria del libelo el actor de manera explícita dijo presentar “demanda ordinaria de responsabilidad civil contractual e indemnización de perjuicios” y que tanto en las pretensiones como en la causa petendi hizo referencia al contrato a través del cual él adquirió los artículos que le causaron daño por su bajo vigor y deficiente poder de germinación, lo cierto es que del análisis de esa pieza procesal se encuentra que de ella también podía advertirse una reclamación como las que trata el decreto 3466 de 1982, que regula lo concerniente a la protección de los derechos del consumidor.

Es así como en los hechos de la demanda se señaló, en lo fundamental, que para sembrar en el primer semestre de 1999 en algunos predios de su propiedad, Tobías Assis adquirió 469 bolsas o bultos de semilla de sorgo variedad “sinupar ‘2R’ producida por Semillas Andree Agrícola [...]” (se subraya), las cuales había comprado en Montería en el concesionario o distribuidor Semillas & Semillas Limitada; asimismo, que para la adecuada germinación, desarrollo y producción de los cultivos respectivos, el demandante dispuso de los elementos necesarios, tales como herbicidas, plaguicidas y otros insumos agrícolas; igualmente, que acaecido su nacimiento, la aludida semilla apareció “con síntomas de bajo vigor” e “intoxicación”, situación que generó una deficiente germinación, así como favoreció la “horadación por hormigas u otras causas”; que esa mala calidad de los señalados artículos, causante de graves perjuicios, motivó no sólo la intervención de la agremiación de los cerealistas y cultivadores sino la realización de estudios por parte de profesionales en la materia, para cuya práctica se solicitó la presencia de un “representante de la casa productora” (se resalta), vale decir, la opositora; del

mismo modo se expresó que estos análisis demostraron cómo la semilla en cuestión presentaba “una germinación inferior al 80% en el que debía encontrarse para la época transcurrida entre la siembra y la visita” y “poco vigor en las plantas” que nacieron; y que, justamente, debido a la mala calidad y al bajo poder de crecimiento los cultivos se verían afectados, incluso en las cosechas futuras.

Y en las pretensiones se solicitó declarar que la demandada, como casa productora de los granos, era civilmente responsable de los daños padecidos por Assis Contreras con las 469 bolsas de semilla de sorgo variedad “sinupar 2R’...”, cuya malísima calidad se evidencia..., adquiridas en los concesionarios autorizados” Semillas & Semillas Limitada, y que, como consecuencia, se condenara a aquélla a pagarle los perjuicios causados a raíz del “imperfecto cumplimiento de la obligación del saneamiento cabal y oportuno de la compraventa reclamada, al vender semillas de mala calidad y [...] casi ningún poder” de germinación.

6. Emerge así palmario que la referencia que en los diversos apartados del libelo el actor hizo al negocio jurídico de compraventa no necesariamente debía ser entendida en el sentido de que estuviera afirmando que él adquirió directamente de la demandada las semillas en cuestión o que le atribuyera a ella una responsabilidad ceñida única y exclusivamente al campo contractual, como equivocadamente lo da a entender la casacionista, pues, conocido el ámbito de la *causa petendi* y del *petitum* que fueron incorporados en el acto introductorio, la relación convencional allí aludida podría aceptablemente ser comprendida como la determinación de la fuente de donde aquél obtuvo esos productos, sin que pueda perderse de vista que, en todo caso, la vinculación de la opositora a esta acción habría tenido como causa fundamental el hecho de que ella fue la productora de tales artículos, por supuesto que si en esa particular condición Tobías Assis convocó a juicio a Semillas Andree Agrícola Limitada, era apenas natural, como aplicación manifiesta de la teoría de la sustanciación⁽³⁹⁾, que revelara o explicara dónde, cómo y cuándo se hizo a los bienes que por su carácter defectuoso le causaron los daños cuyo resarcimiento pretendía.

Desde esta perspectiva, sin pasar por alto que el demandante intituló su libelo como de responsabilidad civil contractual, ni que en los hechos y pretensiones mencionó el contrato por medio del cual adquirió de Semillas & Semillas Limitada los referidos granos, ha de puntualizar la Corte que tampoco podía descartarse que su acción estuviera encaminada a hacer efectiva la responsabilidad a cargo de la demandada, en su calidad de productora de las mentadas especies, tal como lo percibió el ad-quem, toda vez que del contenido integral de la demanda podía extractarse ra-

(39) Cf. Cas. Civil de 25 de abril de 1975 (G.J, T. CLI, p. 95); DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, T. I, Duodécima Edición, 1987, p. 426, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín; MORALES MOLINA, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General*, ps. 341/343, Undécima Edición, 1991, Editorial ABC, Bogotá.

zonablemente que tal condición —la de productor— también constituía un soporte esencial de la reclamación, enderezada precisamente a que le fueran resarcidos los perjuicios derivados de la mala calidad de dichos elementos, representada en su poco vigor y bajo o casi ningún poder de germinación, supuesto que bien podría enmarcarse dentro de la normativa prevista por el artículo 11 del Estatuto del Consumidor, concerniente a la llamada “garantía mínima presunta” de bienes y servicios, según la cual se “entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad”, en consonancia con el artículo 23 de la misma codificación, cuando al ocuparse específicamente de la “responsabilidad de los productores por la idoneidad y calidad de sus bienes y servicios” dispone, respecto de aquellos cuya calidad e idoneidad haya sido registrada, que ella será establecida de conformidad con los términos y condiciones allí previstos, y, en lo que toca con los que no hubieran sido objeto de registro, que “bastará para establecer la responsabilidad por la mala o deficiente calidad e idoneidad, la demostración del daño.” (Negrilla nuestra)

6. LA SITUACIÓN EN COLOMBIA

El panorama que ofrece el derecho privado colombiano para la protección del consumidor en el campo de la contratación, ha pasado de desolador a alentador en pocos años.

La razón para mi afirmación es que el esquema contractual básico de contratación colombiano continúa en el Código Civil de don Andrés Bello, tomado en su esencia del Código de Napoleón que ya cuenta con más de 200 años de existencia.

El Código de Comercio de 1971 apenas y muy tímidamente introdujo algunos principios jurídicos a la teoría general del contrato, como la clarificación de la buena fe en la etapa precontractual, que puede servirnos de fundamento para hallar soluciones esporádicas y momentáneas. No se estableció una línea armónica y general para la contratación protegiendo al consumidor. En forma aislada, algunos contratos como el de transporte previeron la posibilidad de cláusulas abusivas y las reglamentaron, pero en todo lo demás son los principios que gobiernan la formación, modos de anularse o rescindirse que establece la ley civil, los que se aplican a la materia mercantil en virtud de la remisión expresa que establece el artículo 822.

La ley 73 de 1981, por la cual el Estado interviene en la distribución de bienes y servicios para la defensa del consumidor, dio facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas enderezadas al control de la distribución o venta de bienes o servicios y establecer sanciones y procedimientos para imponerlas.

Con base en tales facultades se dictaron los decretos 3466 y 3467 de 1982. El primero establece garantías mínimas presuntas, reglamenta la propaganda, establece el derecho de información, la responsabilidad presunta para los distribuidores que desatiendan las normas allí previstas, y el procedimiento verbal para los reclamos.

Es un avance importante en la materia, pero son más las confusiones que ha creado y sobre todo se ha quedado en letra muerta en su aplicación.

Le observamos los siguientes reparos:

- Indudablemente interviene en las ventas y distribuciones pero esos no son los únicos tratos en que se puede presentar abuso y que precisan de intervención.
- No establece un cuerpo armónico en la contratación dejando cantidad de vacíos y al parecer con una amplitud conceptual inmensa sobre quién es el consumidor, que parece desbordar el objeto propio de protección.
- La protección no debe hacerse sobre el concepto de consumidor sino más bien con relación a los contratos que deben ser objeto de ésta.
- Está comprobado en la práctica que el proceso verbal no es el idóneo para responder con la agilidad y rapidez con que deben ventilarse este tipo de cuestiones para que sean efectivas.
- La dificultad económica del consumidor para procurarse un abogado que lo atienda y la inutilidad del proceso, cuando la cuantía no justifica su instauración, hace nugatoria la protección dada al consumidor.

El segundo decreto es relativo a las ligas y asociaciones de consumidores, les da posibilidad de vida como personas jurídicas. También se queda corto en sus efectivas funciones y derechos⁽⁴⁰⁾.

El decreto 3468 de 1982, crea un organismo gubernamental denominado *Consejo Nacional de Protección al Consumidor*, encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales de protección al consumidor.

(40) Concuenda decreto 1441 de 1982.

Con relación a la *actividad jurisprudencial*, una revisión de los fallos de la Corte Suprema de Justicia desde 1936 señala que se puede observar una tendencia evolutiva en esta materia. La controversia inicial se dedica al problema de la naturaleza jurídica de los contratos de adhesión, una discusión inútil y ya superada, rezago del romanismo que impera en nuestros juristas, que se preocupan más por averiguar la naturaleza de un contrato, lo qué es o no es, sin preocuparse de la función económica y social que cumple. En estas jurisprudencias inicialmente predomina el respeto por el dogma de la autonomía de la voluntad y la reverencia ante la majestad del contrato, que luego se ha venido atenuando para dar espacio a la aplicación de principios generales que realzan el carácter social del mismo.

En septiembre de 1947, la Corte Suprema de Justicia, analizando la naturaleza de los contratos celebrados por los Ferrocarriles Nacionales sobre transporte, los califica como contratos de adhesión e incluso glosa su carácter de verdaderos contratos y se inclina por pensar que se trata de actos unilaterales. Dice lo siguiente:

“No es que la Sala desconozca los contratos de adhesión, sino que afirma que ellos no se han celebrado dentro de las normas de tipo tradicional y clásico, en que las cláusulas y condiciones son pesadas, discutidas y establecidas durante el tiempo de la contratación.

“En dichos contratos, una de las partes se contenta con prestar su adhesión, por lo cual puede decirse que ellos constituyen más bien un acto unilateral, como: dicen los autores, ‘puesto que una de las partes emitiendo una voluntad reglamentaria, impone su decisión a la otra que no juega en la operación más que un papel casi pasivo’.

“A este respecto dice Pillet: ‘La condición particular de estos contratos viene llamando desde hace mucho tiempo la atención a los juriconsultos, y con razón se ha dicho que debería preocuparse el derecho de manera especial de esta nueva forma de contratos muy distinta de la forma tradicional, pero en nuestras sociedades modernas aventaja ya a esta última por su importancia económica. Lo que caracteriza a estos contratos es la disminución de la libertad dejada a las partes. Las ofertas son hechas de manera más o menos detallada, más y más precisa, y desde luego los interesados se hallan en la alternativa de aceptar la oferta tal cual es hecha o de renunciar a la negociación’. En otra parte agrega: ‘No hay autonomía de la voluntad cuando las partes están ligadas a condiciones que no dependen de ellas, ni suprimir ni modificar. En realidad, estas transacciones no son contratos sino relaciones desiguales, y en las cuales la ley de la parte preponderante, que es el autor de la oferta reglamentaria, debe indudablemente prevalecer, aunque no fuera ella sino para asegurar la uniformidad de los servicios prestados por esta parte. Diríamos que aquí no se podría asimilar este caso a un cuasicontrato, porque es necesario que algún día se tome la resolución

de no llamarlos contratos. No hay contrato allí donde se hace caso omiso de verdadero concurso de voluntades.

“Si se para la atención en los artículos 1494 y 1495 del CC, se observa que la noción de contrato allí descrita, sólo forzosamente es aplicable a los contratos de adhesión”.⁽⁴¹⁾

En aquella ocasión, la Corte conceptualiza muy bien el problema pero no da luz alguna para equilibrar el convenio. Observa las dificultades que plantean las normas sobre interpretación para servir de apoyo a un análisis en favor del adherente, opinión que se convertirá en criterio definitivo en posteriores jurisprudencias.

La Corte Suprema, en sentencia de diciembre de 1970⁽⁴²⁾ señaló:

“La buena fe y diligencia son piedras angulares de todo ordenamiento jurídico. Tanto las cláusulas como el Código de Comercio le dan importancia a la exactitud de las declaraciones del asegurado, base del contrato de seguro. El uso generalizado de los contratos por adhesión no autoriza a los jueces para negar su valor u obligatoriedad a las cláusulas de dichos contratos que están conformes con las leyes imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A pesar de las teorías reglamentarias, la Ley no exige que la formación del contrato sea la culminación de un proceso de discusión. Aun la parte que adhiere, contribuye a la celebración del contrato puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo. Si la adhesión basta para formar el contrato todas las cláusulas del mismo se deben tener como queridas y aceptadas por el adherente, así sean abusivas, porque es al Legislador, y no al juez, al que corresponde evitar la inserción de cláusulas leoninas. Por consiguiente, en estos contratos opera en toda su amplitud el postulado de la autonomía de la voluntad privada y, por lo tanto, las partes pueden insertar en el contrato todas las estipulaciones, que estimen convenientes con las limitaciones conocidas (Ley imperativa, etc.)”.

Como puede observarse, la posición de la Corte colombiana mantiene el imperio de la autonomía de la voluntad y para interpretar los contratos estándares se mantiene en los postulados de la vieja escuela.

Posteriormente, en sentencia de agosto 29 de 1980, con ponencia del magistrado Humberto Murcia Ballén, la Corte Suprema de Justicia mantiene su criterio para la interpretación de los contratos por adhesión, bajo los moldes clásicos de interpretación que trae el Código Ci-

(41) OROZCO OCHOA, Germán. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, T. XI Ed. Gráname Rica. Medellín, 1949, p. 244. G. J. N. 2.053, p. 274.

(42) Ponente Dr. Guillermo Ospina F.

vil. Observamos su razonamiento con ocasión de la interpretación de un contrato de seguro:

“Cuando por disenso de las partes en el punto se discuten judicialmente la naturaleza y el alcance de las obligaciones surgidas de la relación material por ellas acordada, corresponde al juzgador, a fin de determinar las prestaciones cuyo cumplimiento debe asegurar, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico.

“En dicha labor de hermenéutica la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes.

“Lo cual significa que cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se toma inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno sólo de los contratantes.

“Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar.

“Se ha dicho con estrictez que el contrato por adhesión, del cual es prototipo el de seguro, se distingue del que se celebra mediante libre y previa discusión de sus estipulaciones más importantes, en que en aquél una de las partes ha preparado de antemano su oferta inmodificable, que la otra se limita a aceptarlo o rechazar sin posibilidad de hacer contrapropuestas.

“Y es de verdad, como lo apunta la sentencia recurrida, que la mayoría de las veces ocurre que tales contratos se hacen constar en formatos impresos que el asegurado ni siquiera se entera de su contenido anteladamente. Pero que de ello sea así no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar la oferta su voluntad actúa, a tal punto que al acogerla presta libremente su consentimiento.

“Es igualmente cierto que, inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más, este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no, cuando las estipulaciones que trae la póliza son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, puesto que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se toman intangibles para el juez. Pueden aparecer para éste exageradas, rigurosas y aun odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto a la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios”.

Sin duda alguna, la Corte Suprema de Justicia en esta oportunidad reconoce que es necesario clasificar los contratos en los de libre discusión y los de adhesión y que de ello deben derivarse conceptos y consecuencias diferentes. Pero todavía no da solución alguna a los problemas que presenta la contratación estándar, principalmente el desequilibrio contractual entre las partes. Su posición no difiere en nada de la labor judicial interpretativa que se desarrollaba en épocas del liberalismo puro. Coloca al juez en una posición que no le permite tocar el contrato en vía de interpretación.

Más recientemente, en jurisprudencia de 19 de octubre de 1994, la Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Carlos Esteban Jaramillo Schloss, en caso de Arinco contra Corpavi, vuelve sobre el tema en los siguientes términos:

“Dicho con otras palabras, la banca en sus diferentes manifestaciones es una compleja amalgama de servicio y crédito donde las empresas financieras que la practican disponen de un enorme poderío económico que: “[...] barrenando los principios liberales de la contratación [...]” como lo dijera un renombrado tratadista (Joaquín Garriguez. Contratos Bancarios, Cap. I, Núm. II), les permite a todas las de su especie gozar de una posición dominante en virtud de la cual pueden predeterminar unilateralmente e imponer a los usuarios, las condiciones de las operaciones activas, pasivas y neutras que están autorizadas para realizar, así como también administrar el conjunto del esquema contractual de esa manera puesto en marcha, pero no obstante ello, preciso es no perder de vista que en el ejercicio de esas prerrogativas de suyo reveladoras de una significativa desigualdad en la negociación, los intereses de los clientes no pueden menospreciarse; si así llega a ocurrir por que la entidad crediticia, con daño para su cliente y apartándose de la confianza depositada en ella por este último en el sentido de que velará por dichos intereses con razonable diligencia, se extralimitara por actos u omisiones en el ejercicio de aquellas prerrogativas, incurre en abuso de la

posición preeminente que posee y por ende, al tenor del artículo 830 del C. de Com., está obligada a indemnizar”⁽⁴³⁾.

Observamos en esta jurisprudencia un avance importante. Con fundamento en la teoría del abuso del derecho se puede reclamar el perjuicio que cause el ejercicio abusivo del poder dominante de las entidades bancarias en su contratación con los usuarios de sus servicios. Pero todavía sigue en pie el cuestionamiento: ¿Qué hacer entonces con las cláusulas abusivas?

En más reciente jurisprudencia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, de febrero 2 de 2001, en proceso de Inversiones Velar contra Naldecón Ltda., se insiste en la conducta abusiva de quien introduce al celebrarse un contrato las llamadas cláusulas abusivas, a propósito de un contrato de seguros y trata una de ellas en particular con claridad y precisión. Observemos algunos apartes de esta importante jurisprudencia:

“Tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como —por regla— sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual (Lukes).(1).

[...]

“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— de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica —o tarifaria—, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava —sin contrapartida— en que aquellos pueden solicitar al asegurador que cumpla con su obligación de “pagar el siniestro”, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi).

[...]

“Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamen-

(43) CCXXXI, p. 747.

te, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”.

Es necesario que los efectos del abuso de la posición dominante en los contratos, se puedan enervar aun antes de que ocasione el perjuicio. La teoría del abuso del derecho como se observa en las jurisprudencias citadas, es un remedio eficaz para el resarcimiento del perjuicio ocasionado. Pero no hay que esperar el perjuicio para hacer justicia contractual. Hay que buscar la manera de evitar el perjuicio que pueda ocasionar el abuso de la posición dominante.

A los avances de la jurisprudencia colombiana se deberían agregar claros preceptos constitucionales que le servirían de fundamento suprallegal para permitirle al juez tomar un papel más decisivo en el contenido del contrato por adhesión con relación a las cláusulas abusivas. El artículo 58 que consagra el principio fundamental de la propiedad como función social impide asegurar un mayor aprovechamiento o enriquecimiento económico a costa de la inferioridad contractual en que se ve la parte que adhiere casi en posición de sumisión a las condiciones preestablecidas por la parte económicamente fuerte de la relación contractual. Por otro lado, en la protección de esa parte adherente en el contrato está en juego el interés social, que nuestro legislador ya ha reconocido en las leyes y decretos que buscan la protección del consumidor, que a pesar de sus deficiencias, dejan en claro, su expresa intención, en el sentido de reconocer un interés general orientado hacia la protección del consumidor, del conjunto social al que se denomina “consumidores”, intención que resulta contrariada, desconocida y vulnerada, mientras exista la posibilidad de prevalerse del acuerdo contractual, asegurando para la parte económicamente fuerte, una posición de superioridad, en ejercicio abusivo de la libertad contractual.

En este orden de ideas, el interés público o social impone la necesidad de restablecer el equilibrio contractual, sancionando con ineficacia aquellas cláusulas del contrato llamadas por la doctrina “abusivas”, en clara aplicación del principio constitucional en virtud del cual el interés privado debe ceder ante aquél.

Hoy en día, no existe duda con relación a que la propiedad y en general todos los derechos patrimoniales, así como la actividad económica de todas las personas, están garantizadas dentro de los límites del bien común. El artículo 333 en la Constitución Nacional, complemento indispensable del artículo 58 ya comentado, en forma terminante consagra que “la actividad económica y de iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. La “iniciativa

privada” no es nada más que la expresión que nuestro constituyente, que con no muy buena táctica escogió para consagrar la garantía de lo que más técnicamente se viene llamando autonomía privada, como fuente de derechos y obligaciones en un contexto de libertad económica. Véase cómo dicha autonomía se garantiza dentro de los límites del bien común. Ahora bien, se diría que esos límites sólo pueden ser establecidos de manera general por el legislador, a quien corresponde determinar en sentido objetivo el contenido en un momento histórico concreto de ese bien común. Sin embargo, al lado de la clara competencia del legislador en este campo, la norma constitucional también constituye mandato en la aplicación del derecho por los jueces, quienes interpretando el contexto del orden fundamental y legal, deben tener en cuenta para su correctivo adecuado, aquel ejercicio de la autonomía privada, que se traduzca en inferioridad para la parte débil de la relación contractual, la cual representa, en su interés, el bien común cobijado con la garantía constitucional.

La contratación en masa, la impronta de la estandarización que dicho fenómeno requiere, hace imposible que se tenga el contrato como una relación económica aislada, precisamente por cuanto la manifestación implica la potencialidad dañosa, no para un individuo aislado, si no para una gran parte de la sociedad, configurando así, la contraposición de dos intereses meramente privados sino el conflicto con un interés generalizado y por tanto social, cuyo aseguramiento constituye claro límite a la autonomía privada, por el bien común involucrado. La intervención normativa del Estado para la protección al consumidor deja en evidencia al juez que dicha protección al consumidor, parte adherente en este tipo de contratos, constituye un límite objetivo al ejercicio de la autonomía privada y lo habilita suficientemente para invalidar aquellas condiciones contractuales abusivas a las que nos hemos venido refiriendo.

Se olvida a veces que la norma constitucional prima ante la ley, así se trate del Código Civil. Sin necesidad de reformar puede el juez en Colombia equilibrar el contrato, tiene los fundamentos constitucionales para ello, pero no lo hace. De allí la necesidad y conveniencia de introducir reformas que expresamente le adviertan la necesidad de jugar un papel más fuerte en el contrato de adhesión.

Otra norma constitucional, el artículo 13, nos trae un argumento contundente para sostener que las tres ramas del poder público, dentro de las cuales se encuentra la jurisdiccional, están llamadas a cumplir el derecho fundamental de la igualdad.

Al respecto dice la citada norma:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El 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”.

Nos interesa ante todo el último párrafo, pues observamos allí con claridad el mandato que se da al Estado en todas sus manifestaciones.

Nada tiene que esperar la jurisprudencia para equilibrar los contratos de adhesión. La orden constitucional es imperiosa y de una claridad absoluta y reivindica el papel del juez frente a la exégesis del contrato.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C-070 de febrero 25 de 1993, se lee en el salvamento de voto correspondiente a los magistrados José Gregorio Hernández, Ciro Angarita y Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

“Leyes generales de los contratos que se han expedido en diversos países han tenido siempre buen cuidado en consagrar correctivos eficaces en beneficio de la parte más débil de la relación contractual.

“La doctrina observa, por su parte, que, como instrumento fundamental para la satisfacción de diversas necesidades de la persona, el contrato no puede ignorar los intereses sociales para convertirse en el reino del egoísmo y del puro interés individual”.

Al Legislador le tocará hacer lo propio al momento de producir nuevas leyes en el campo negocial. Deberá tener en cuenta que el fenómeno social y las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, obliga a clasificar los contratos en contratos de libre discusión y contratos por adhesión y propenderá porque para estos últimos, dispongamos de una normatividad que permita realizar ese mismo equilibrio que garantiza la Constitución Nacional haciendo responsable al Estado de la eficacia del mismo.

Incluso, ya se ha producido en Colombia la aplicación de este principio al momento de legislar. La ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios constituye un desarrollo importante sobre el precepto constitucional de la igualdad que venimos analizando.

Los artículos 131, 132 y 133 de la citada ley son el primer reconocimiento legislativo colombiano sobre el fenómeno de los contratos a condiciones generales o contratos por adhesión, con un efecto jurídico significativo, al señalar el último de ellos que se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, cuando inserta alguna de las 26 cláusulas que la norma enlista. Se orienta por el sistema inglés de efectuar una lista de las cláusulas que considera abusivas, aunque admite prueba en contrario.

Aunque dicha presunción puede desvirtuarse, de no lograrse, deberá procederse a la nulidad de la cláusula. De pronto hubiese sido más efectivo utilizar la figura de la ineficacia que consagra el derecho mercantil, en aras de que se pudiera entender por no escrita sin necesidad de declaratoria judicial.

El avance es importante y consideramos que en un adecuado proceso de integración del orden jurídico, con fundamento en el artículo 8º de la ley 153 de 1887, el derecho privado puede tomar analógicamente la normatividad incorporada por la ley 142 de 1994 y encontrar en ella otro asidero más para la regulación de la contratación por adhesión.

Es del caso agregar, en este somero análisis de la constitucionalización el derecho privado de los contratos, el alcance y la dimensión que puede tener la consagración en el artículo 83 de la Constitución Nacional, del principio de la buena fe.

Dice la norma constitucional lo siguiente:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllas adelanten ante éstas”.

La función que cumple el principio de la buena fe en el derecho privado moderno, abarca una verdadera revolución en todas sus instituciones. Especialmente en el contrato se extiende a todos sus estadios, impregnando al *iter contractus* de una dimensión ética que se le arrebató en el imperio de la escuela liberal.

Para concluir, la esencia de una teoría que pueda permitir al fallador una presencia más decisiva en el contrato por adhesión con relación a las cláusulas abusivas la ofrece el artículo 871 del Código de Comercio que le agrega al clásico precepto de la buena fe que debe acompañar a las partes en la ejecución de los contratos, ya predicado por el artículo 1603 del Código Civil, una simple palabra: “celebrarse”. Con ello dice todo, puesto que celebrar el contrato de buena fe implica

abstenerse de introducir cláusulas abusivas, otra cara de la moneda nos dice que está prohibida para el formulante la introducción de las mismas. Desatender lo prohibido vicia de objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato. Y el objeto ilícito genera nulidad absoluta que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula cuando dicho abuso sea manifiesto.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Los contratos de adhesión a condiciones generales son el género en nuestra sociedad y los contratos preestipulados son la excepción. Sin embargo, nuestro sistema contractual se ocupa de los segundos y no de los primeros.

7.2. Todos los estados del mundo han iniciado una marcada evolución hacia la protección del consumidor. La jurisprudencia se lanza a la interpretación más acorde al tiempo actual, adaptando las reglas tradicionales del derecho para proteger a la parte débil. La rama ejecutiva crea organismos y mecanismos para hacer efectiva la protección. El Legislador dicta leyes para hacer efectiva la protección en todos los niveles. La doctrina se despide de las discusiones contractualistas o reglamentarias y de las naturalezas jurídicas, para buscar verdaderas soluciones en el derecho de los contratos, propugnando su reforma y adecuación.

Nuestra jurisprudencia ha venido evolucionando para abrir espacio a una interpretación que tienda a hacer más justo el contenido del contrato.

El proyecto de reforma al estatuto del consumidor que hace rato se ventila en el país, además de buscar una aproximación legislativa partiendo del proyecto uniforme para protección al consumidor del parlamento latinoamericano, constituiría, de ser aprobado un gran avance en la materia, sin tener necesidad de entrar en una reforma del Código Civil.

CAPÍTULO VII

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO



PANORAMA DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE UN “CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS”

Por Carlos I. JARAMILLO JARAMILLO⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Agradecimientos. 2. Cuestión previa y propósito medular del presente estudio. 3. Aproximación a la interpretación contractual. Ideas generales. 3.1. Vigencia e importancia cardinal de la interpretación contractual. 3.2. Finalidades primordiales y genuino significado de la interpretación del contrato. 3.3. Límites consustanciales de la interpretación contractual. 4. Sistemas tradicionales de interpretación de los contratos. Balance de la polémica reinante y reformulación de la metodología interpretativa. 4.1. Sistema subjetivo. 4.2. Sistema objetivo. 4.3. Críticas a los dos sistemas; balance general de la controversia reinante y reformulación de la metodología interpretativa. Estado de la cuestión. 5. La búsqueda de la ‘común intención de la partes contratantes’, como principio rector de carácter hermenéutico. 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. 7. Justificación normativa, naturaleza jurídica y fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos. 7.1 Justificación normativa de las reglas de interpretación de los contratos. 7.2. Naturaleza jurídica de las reglas interpretativas: ¿principios generales, principios jurídicos rectores o reglas de interpretación? 7.3. Fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos. 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). 9. Jerarquía de las reglas de interpretación de

(1) Decano Académico y Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Miembro del Instituto de Derecho Privado Latinoamericano. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia (Sala de Casación Civil).

los contratos. 10. Propuestas preliminares para la elaboración de las bases de un 'Código Latinoamericano de Contratos'.

1. AGRADECIMIENTOS

En primer término, antes de iniciar el presente *excursus*, queremos expresar nuestra inequívoca complacencia por la gentil y siempre amable invitación formulada por el profesor Carlos Soto Coaguila, sin duda uno de los académicos latinoamericanos más interesados y comprometidos con la integración efectiva —y no sólo retórica— de nuestra región continental, consistente en participar en esta excelsa publicación, realmente de acentuada valía, la que, sin dilación, en su momento aceptamos. Ello explica nuestra intervención académica en el marco de la *Primera Convención Latinoamericana de Derecho Civil*, llevada a cabo recientemente en Lima, con un indiscutido éxito, muy propio de las diversas y fértiles actividades que frecuentemente organiza tan distinguido colega, en pro de la consolidación y difusión del pensamiento iberoamericano en el nobilísimo campo del Derecho privado, en franca y sostenido proceso de revitalización, *a fortiori* en sede de la expansión cultural, económica e idiomática, entre otros aspectos más, propia de la globalización e internacionalización que estamos experimentando —no sin puntuales dudas y preocupaciones—, obviamente reconociendo lo positivo que de esta fenomenología emerge.

En segundo término, sin ambages, también deseamos explicitar nuestra gran satisfacción por formar parte de tan granada nómina de articulistas, como quiera que esta publicación, en efecto, tiene como confesado propósito rendirle sincero homenaje a uno de los jusprivatistas más afamados, y con razón, del Derecho argentino, el que trascendiendo las fronteras de su querido país, es reconocido y aplaudido a nivel internacional. Nos referimos al profesor Ricardo L. Lorenzetti, quien desde hace varios decenios brilla con luz propia en el firmamento jurídico. No en vano, se trata de uno de los doctrinantes iberoamericanos más connotados y valorados, dueño de una envidiable formación jurídica, y titular de una equilibrada y descollante personalidad, en modo alguno eclipsada por su sencillez. Todo lo contrario, pues así son los genuinos eruditos, y el Dr. Lorenzetti lo es, no en la hora de ahora, sino de vieja data. Al fin y al cabo, de sus dilectos y eximios maestros, heredó la agudeza jurídica que hoy lo caracteriza, y esa especial sensibilidad social con la que invariablemente se acerca a los temas inmersos en la ciencia del Derecho, más allá de que otros, refugiados en el

ayer, no compartan plenamente dicha visión, en sí misma incluyente, democrática y solidaria, como corresponde a los tiempos que vivimos.

No es pues fortuito que Ricardo Lorenzetti haya escalado las posiciones más elevadas en el campo académico —profesoral y literario—, y también en el judicial, en el que se ha desempeñado con solvencia y brillantez, pues ha tenido la fortuna de haber arribado a la amada judicatura, incluida la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, luego de haber transitado por la academia y por el ejercicio profesional, laboríos ciertamente complementarios, que enriquecen la ennoblecida tarea del *iudex*.

Enhorabuena, pues, por tan oportuno y emotivo homenaje, uno más en la larga cadena de merecidos reconocimientos al profesor Lorenzetti.

2. CUESTIÓN PREVIA Y PROPÓSITO MEDULAR DEL PRESENTE ESTUDIO

Ahora bien, entrando en materia, sin más preámbulos, importa manifestar que el deseo que anima la presente publicación, en modo alguno original, estriba en pasarle revista, en forma por demás panorámica, a los aspectos más salientes de la interpretación del contrato —o de los contratos, si se prefiere—, a manera de *teoría general de la interpretación*, toda vez que, aun cuando nos dimos a la tarea de auscultar también las reglas específicas de interpretación, tanto las de índole tradicional, que igualmente podríamos llamar clásicas, *lato sensu*, a la par que las contemporáneas, hijas de la floración de diversas manifestaciones de la contratación en los últimos decenios —muy en consonancia con la llamada *función social* del contrato, pero sin distorsiones— y de la paladina evolución registrada en el campo del negocio jurídico y, por ende, en sede de la autonomía privada, *stricto sensu*, nuestra contribución adquirió finalmente la arquitectura de ‘monografía’, dejando de ser entonces un estudio o un artículo puntual, como es más propio de una publicación colectiva, sin perjuicio de nuestro conocido rasgo —mejor deformación— de escribir no siempre corto, lo cual es una virtud que le admiramos a muchos colegas, y que de vieja data dibujara con tanto acierto Don Baltasar Gracián.

Por ello es por lo que estimamos más aconsejable, desde una perspectiva metodológica, dividir el escrito en referencia en dos segmentos: uno global, encaminado a escrutar los puntos más neurálgi-

cos de la hermenéutica contractual contemporánea, y uno particular, llamado a estudiar, en concreto, el principio rector que campea en la materia —en el Derecho nacional y comparado—, al igual que las diversas reglas de hermenéutica contractual (clásicas y contemporáneas), para lo cual nos guiamos también por los diversos textos modelo existentes en el plano internacional, comúnmente conocidos a través de la expresión principalística, en nuestro caso ‘principalística contractual’, *v.gr.*: los *Principios Europeos de Derecho de los Contratos* (Proyecto Lando), *Código Europeo de los Contratos* (Proyecto Gandolfi o de la Academia de Pavía), *Principios para los Contratos del Comercio Internacional*, UNIDROIT, y *Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, los que fueron materia de reciente sistematización y ulterior publicación por parte de nuestra *alma Mater*, la Pontificia Universidad Javeriana⁽²⁾, gracias a la participación de los entusiastas profesores, Gustavo Ordoqui Castilla y Miguel Martín Casals. Igualmente nos referiremos al *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés* (Proyecto o Comisión Catala—, Libro III), al *Proyecto de Código Civil argentino* —de 1998— y a la reciente *Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos* español (Comisión General de Codificación).

Así las cosas —inclusive por razones de espacio—, en esta ocasión se publicará el primer segmento anunciado, esperando publicar en breve el segundo —y ojalá posteriormente los dos integrados—, sin perjuicio de que en el pasado, igualmente por gentil invitación del Doctor Soto, nos ocupamos de buena parte del segundo, pero referido fundamentalmente al Derecho colombiano⁽³⁾. En estas condiciones, en lo que atañe al loable compromiso asumido por el Instituto de Derecho Privado Latinoamericano, en su momento, podrían dejarse sentadas las bases teóricas de la interpretación de los contratos con el invaluable e imprescindible concurso directo de los profesores Gustavo Ordoqui C., y Carlos Soto C., quienes están igualmente trabajando en este apasionante tema (interpretación e integración), para luego ingresar en el campo de la elaboración concreta del arti-

(2) ORDOQUI, Gustavo y MARTÍN-CASALS, Miguel, *Principios para un derecho americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Colección Prospectivas del Derecho, Bogotá, 2010.

(3) *Vid.*, JARAMILLO J. Carlos I. *La interpretación del contrato en el derecho privado colombiano. Panorámico examen legal, jurisprudencial y doctrinal*, en Tratado de la interpretación contractual en América Latina, T. II, Grijley, Lima, 2007, publicación dirigida por el Dr. Carlos Soto Coaguila.

culado de una propuesta de Código Latinoamericano de Contratos, que es el objetivo primordial de la Segunda y de la Tercera Convención de Derecho Civil (Buenos Aires y Bogotá, respectivamente), continuación de la primera que tuvo lugar en Lima en noviembre de 2010, como se anotó.

Clarificado lo que antecede, por su importancia, cumple agregar que este *excursus* hunde sus raíces en el vívido propósito de analizar esta temática desde un ángulo no solamente teórico, *per se* relevante, a la par que insoslayable, sino también práctico, máxime cuando estas líneas, *mutatis mutandis*, como se puntualizó, persiguen trazar un marco general de referencia que pueda ser útil para la elaboración, en lo pertinente, de las bases para un Código Latinoamericano de Contratos, laborío que se llevará a cabo con el concurso de una pléyade de connotados profesores del área.

En esta dirección, definir cuáles han de ser las bases sobre las que descansa un ‘Código Latinoamericano de los Contratos’, bien se sabe, no es labor exenta de dificultades, pues involucra el examen de distintas dimensiones, entre varias, una jurídica, una económica, una social y una cultural, todas de singular trascendencia, pues una regulación normativa internacional, *a priori*, no puede descalificar insumos y elementos diversos al estrictamente jurídico, máxime cuando todas ellas están inescindiblemente vinculadas, entre sí, tal y como tiene lugar en punto tocante con el tema de la interpretación⁽⁴⁾.

(4) Con prescindencia de anotaciones ulteriores concernientes a la dimensión económica, de indiscutible irradiación en el ámbito jurídico, con meridiana claridad la ilustre profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, dueña de nuestro antiguo aprecio y admiración, observa que “...los criterios económicos no pueden ser ajenos a la interpretación del contrato. En tal sentido, el Derecho Comunitario y su sistema integrado de fuentes del derecho ha supuesto la necesidad de una revisión de la teoría de la interpretación del contrato”, sin que ello signifique, como bien lo clarifica la misma profesora, que hoy por hoy todo tiene que apuntar hacia el lucro, puesto que “...el contrato es esencialmente un instrumento jurídico, y que la utilidad no es el único valor...por lo que, necesariamente, debe tener en miras la realización de la justicia”, así sea cierto, “...como dice ALPA, que el contrato es la vestimenta jurídica de una operación económica”. Reflexiones sobre la interpretación de los contratos, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. II, Grijley, Lima, 2007, ps. 204 y 205. *Vid.*, DE LUCA, Valerio. L’interpretazione del contratto nell’analisi economica del diritto, en *L’interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Cedam, Padova, 2000, ps. 475 y ss. Cf. BIANCA, Massimo, para quien “...hay que admitir que el contrato no es un fenómeno reducible a una operación económica, pero a la vez hay que convenir en la necesidad de un análisis económico del contrato. Este análisis es necesario porque el contrato, como todas las figuras jurídicas, es irremisibe instrumento para la satisfacción y tutela

Por ello, no obstante la aludida dificultad, memorando lo que al respecto recientemente pusimos de presente, debemos ocuparnos sin tardanza de esta misión, pues “...sólo de nosotros, de la academia del cinturón latinoamericano, depende; de nadie más, de suerte que, como bien dijera el celeberrimo codificador de América, Don Andrés Bello, de indiscutido influjo en numerosos códigos del continente, ‘...désele comienzo a ella, que al cabo se concluirá, y a fe que se concluyó en 1855, y de qué modo. Bien decía Napoleón que ‘cuando se marcha sólo se piensa en llegar; llegando se acomodan toda las cosas’, así es que de la retórica, es necesario pasar a la acción, y acción, justamente, es la que clamamos desde la orilla universitaria, de toda nuestra hermana comunidad latinoamericana...”⁽⁵⁾.

Todo lo que esté a nuestro alcance para dicho logro, de suyo plausible, ora en lo personal, ora en lo institucional, esperamos pues hacerlo, porque no se nos escapa que la unidad de los pueblos, muy especialmente su prosperidad, en gran medida finca en la adopción de regulaciones comunes, afines o por lo menos muy próximas, en razón de que como otrora se manifestaba: *harmoniam communitatum ius universale tuetur* (el derecho de los pueblos permite la armonía entre los mismos). No es fortuito que estas regulaciones comunes, vale la pena mencionarlo, no sólo facilitan la integración jurídica, en sí misma aconsejable, sino también la integración cultural, política y comercial.

A la vista de las consideraciones que anteceden, resulta entonces diáfano que abordar la temática de la interpretación contractual, capital en el tráfico negocial, tiene una innegable y aún mayor significación en la hora de ahora, lo que explica que cualquier codificación u ordenación, así sea en el campo de la principalística, no debe renunciar al gobierno sistemático de la temática hermenéutica, como quiera que el contrato sin interpretación, es un continente vacío, incoloro e

de intereses humanos...”. Derecho Civil, T. III. El Contrato, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 49).

Lo mismo puede decirse en relación con la dimensión social, tan en boga en tratándose de la nueva lectura del contrato contemporáneo, de clara raigambre constitucional, y legal, hasta el punto de que códigos civiles tan modernos como el de Brasil, expresamente refieran a su función y proyección social, rasgo acerca del cual nos ocupáramos en líneas subsiguientes, el que merece reconocimiento y divulgación, pero demanda correlativa cautela.

(5) JARAMILLO J. Carlos I. y Rafael WILCHES D. La principalística como eje de la armonización, la recodificación y la globalización ordenada del Derecho, en *Principios para un derecho americano de los contratos y principio de derecho europeo de la responsabilidad civil*, ob. cit., p. 21.

inexpresivo; una especie de letra muerta, de partitura sin ejecución, o de estrella por fuera de la vía láctea, realidad que demanda de unas coordenadas básicas, las que no se deben librar al 'buen juicio,' agudeza o creatividad del juzgador, como se expresará en su momento, requiriéndose el establecimiento de un conjunto articulado de disposiciones que, *ministerio legis*, se ocupen cabalmente de ella, en aras de la uniformidad y de la seguridad jurídicas, con todo lo que ellas implican en el terreno tutelar, desde luego sin que ello suponga una codificación exhaustiva y cerrada, en donde la iniciativa responsable y cauta del intérprete, no tenga cabida. Hablamos, simplemente, de una regulación suficiente, y no taxativa y tampoco ampulosa (*numerus clausus*).

En compendio, seguidamente nos concentraremos en aquellos aspectos que, en nuestro entender, lucen fundamentales para el buen entendimiento y para la adopción de criterios fiables para la fijación de los principios rectores y de las reglas hermenéuticas en sede contractual, en cuyo caso analizaremos los más polémicos, dando a conocer nuestra respetuosa posición de cara a cada uno de ellos, habida cuenta que, por neurálgicos, deben ser objeto de análisis detenido al momento de pensar en la recodificación y armonización del Derecho, *lato sensu*, tareas cruciales del futuro —y del presente, en algunas naciones y comunidades del orbe—.

3. APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL.

IDEAS GENERALES

3.1. Vigencia e importancia cardinal de la interpretación contractual

En sintonía con lo anterior, sea lo primero destacar que la tarea enderezada a examinar el tema de la interpretación de los contratos, como se anticipó, ciertamente es relevante, como quiera que se trata de uno de los temas de mayor importancia en la esfera científica del Derecho, en general, y en concreto en el campo del Derecho privado —y desde luego en el ámbito del Derecho administrativo y laboral, según el caso—, a lo que se suma su indiscutida significación en el tráfico contemporáneo, en el que la tarea interpretativa se realiza frecuentemente, sobre todo en sede judicial, máxime cuando cada día aumentan las relaciones de estirpe negocial, y con ellas, de una u otra manera, las diferencias en torno a su alcance y significado, aumento que se ha acentuado en últimos años, en desarrollo de los fenómenos de la globalización, internacionalización y mundialización, en sentido amplio. Al fin y al cabo, millares, mejor millones, y en poco tiempo

billones de negocios jurídicos se celebran en el concierto nacional e internacional, no todos precedidos por la deseada precisión.

No es inusual, realmente, que las partes contratantes expresen su asentimiento de un modo que no resulte del todo inteligible, o en condiciones en las que su *voluntas* no aparezca diáfana, bien por falta de claridad, bien por la contradicción intrínseca en que se incurra de cara a otra estipulación inmersa en el respectivo acuerdo, entre otros supuestos más que ulteriormente denoten inarmonía, por cuanto la misma no suele aflorar al momento de la gestación del vínculo negocial, sino luego, pues en caso contrario, es la regla, el acuerdo no se hubiere materializado, por lo menos en tales condiciones. Incluso, aun mediando claridad, los contratantes pueden asignarle a una de sus cláusulas una determinada significación, esto es una lectura enteramente divergente, lo que ameritará la intervención de un tercero, con el confesado propósito de que pueda resolver la controversia pertinente (heterocomposición).

No en vano, interpretar los negocios jurídicos es una destacada y delicada labor —o arte para otros— que, día tras día, preponderantemente, realizan jueces y árbitros (*nobile officium*), así como funcionarios públicos y abogados, e incluso los mismos contratantes, según el caso, en pro del esclarecimiento de su genuino contenido, habida cuenta que el contrato, en sí mismo considerado, es una de sus modalidades de mayor utilización en la *praxis*, lo que corrobora la idea de que se trata de uno de los instrumentos más socorridos y útiles, puesto al servicio de la colectividad toda, merced a su indiscutido beneficio social (carácter bienhechor), muy especialmente en la sociedad contemporánea, en la que convive en el marco de una economía de mercado, con todo lo que ello supone. Tanto que “el contrato se ha ‘publicitado’, ha dejado de ser un mero ‘negocio entre privados’, ya que “interesa y preocupa su función social, la resonancia que una ‘injusticia contractual’ puede tener frente a la sociedad y al mercado”⁽⁶⁾, según lo pregona

(6) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El contrato en una economía de mercado*, Editora Normas legales, Lima, 2004, ps. 21 y ss. *Vid.*, igualmente, la segunda edición de esta obra, publicada por la Universidad Javeriana, Bogotá, 2009 (Colección Internacional).

En el mismo sentido, entre otros más, el profesor Jaime SANTOS BRIZ, a finales de la década de los sesenta, con notoria anticipación, ya había revelado atinadamente que: “Al lado de la consideración jurídico-privada estricta del contrato... se ha desarrollado en la actualidad su carácter social, con predominio sobre lo individual de épocas anteriores. El contrato ya no es un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los contratantes”, visión ésta que, en todo caso, en guarda del equilibrio, no le impidió advertir que “...El aspecto social del con-

el distinguido Profesor Jorge Mosset Iturraspe —en un reciente y documentado trabajo elaborado en asocio del no menos consagrado Prof. Carlos Alberto Soto C.—, idea que ya habíamos deslizado en el introito de este escrito.

Además, por cuanto en este mundo cada vez más globalizado e intercomunicado, el comercio felizmente se ha ensanchado, en gran medida, gracias a la expansión contractual, en razón de que la contratación se traduce en una especie de vehículo que, decididamente, en pro de consumidores y productores, permite el fluido intercambio de bienes y servicios, de suerte que se “...ha generado un florecimiento espectacular de la figura del contrato como instrumento básico de intercambio económico, con una proliferación enorme de contratos atípicos tanto en el ámbito civil como en el mercantil...”⁽⁷⁾, tal y como bien lo anota el estudioso Profesor salmantino, Eugenio Llamas Pombo, expansión esta que, en la órbita interpretativa, exige que el intérprete, con moderación, deba tener en cuenta la denominada ‘economía del contrato’⁽⁸⁾, pues es claro que no puede ser por completo ajeno a esta realidad. Ejemplos de este acelerado intercambio, los encontramos en los diversos tratados internacionales, preferentemente de índole multinacional: Unión Europea, Nafta, Comunidad Andina, Mercosur, TLC, etc., circunstancia que ha originado la floración de un Derecho supranacional, de ordinario conocido como Derecho Comunitario, en sentido amplio.

Lo mismo puede decirse del comercio electrónico, más específicamente de la apellidada contratación electrónica, en gran auge, al punto que se habla de una ‘electronificación’ del mercado —o del tráfico jurídico—, toda vez que un apreciable número de transacciones comerciales, hoy por hoy, se realiza a través de la red, de lo que desprende que los ‘contratos electrónicos,’ hijos de una novísima tecnología en el campo de las telecomunicaciones, por lo demás no exenta de

trato moderno, con ser innegable, no debe exagerarse” (La contratación privada, Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, p. 32.), como algunos desventuradamente han hecho, opacando su verdadero alcance, que obviamente conoce límites. Todo en su justo medio. Célebre, a este respecto, es el pensamiento de Aristóteles, a cuyo tenor: “*La virtud es un medio entre dos vicios, que pecan, uno por exceso, otro por defecto*”. Cf. BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El Contrato*, ob. cit., p. 42.

(7) Eugenio LLAMAS POMBO. Contratación y protección de los consumidores, en Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la ley veinte años después, La Ley, Madrid, 2005, ps. 276 y 277.

(8) *Vid.*, ALPA, Guido. *L'interpretazione del contratto*, Dott. Giuffrè, Milano, 1983, ps. 45 y 114. Cf. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, Boston, 1972, p. 41.

algunos “...problemas jurídicos inéditos”⁽⁹⁾, serán igualmente pasibles de la actividad interpretativa, desde luego atendiendo sus características, si bien especiales, no alejadas por completo de la arquitectura tradicional de la contratación privada, en razón de que en ella impera el principio de la ‘inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos’, a modo de regla general —en tal virtud susceptible de algunas puntuales excepciones—⁽¹⁰⁾.

Expresado en otros términos, si el contrato es uno de los pilares del Derecho contemporáneo con independencia de su supuesta y actual ‘crisis’, a la postre más formal que real⁽¹¹⁾, resulta deseable que sus estipulaciones sean captadas y aplicadas genuinamente, propósito que, aun cuando loable, como desconocerlo, no en todos los casos tiene cumplida materialización en la práctica, como quiera que las partes,

(9) Sobre este particular, *Vid.*, VATTIER FUENZALIDA, Carlos. “En torno a los contratos electrónicos”, en *Contratación contemporánea*, Palestra y Temis, vol. II, Bogotá, 2001, p. 15.. Esta es una realidad que hoy en día goza de amplia difusión legal, jurisprudencial y doctrinal, en general. Así, por vía de ejemplo, organismos internacionales como la UNCITRAL, han promovido iniciativas para hacer frente a los problemas y retos jurídicos que el comercio electrónico genera (*Vid.* Ley modelo de comercio electrónico, acogida en varios países como Colombia, a través de la ley 527 de 1999).

(10) Cf. ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, ps. 46 y 47. *Vid.*, IRTI, Natalino. “Principi problemi di interpretazione contrattuale (Contratti telematici e interpretazione, 19)”, en *L’Interpretazione del contratto*, Cedam, Padova, 2000, ps. 636, y ss.

(11) *Vid.*, JARAMILLO J. Carlos I. Prólogo a la obra ya referida, El contrato en una economía de mercado, segunda edición, *ob. cit.*, ps. 12 y 13, y también nuestra presentación al libro de autoría de los profesores Carlos Soto. C. y Carlos Vattier F. titulado Libertad de contratar y libertad contractual, Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, ps. 19 y 20.

Igualmente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del 25 de septiembre de 2007, en la que expresamente se refirió a este misma temática, en los siguientes términos: “como la producción, la comercialización y distribución, el consumo y la financiación de las personas naturales y jurídicas, continúa encontrando en el contrato la forma más práctica y dinámica para su debida materialización, los mencionados cambios registrados en el marco de la negociación moderna, *grosso modo* ya referidos en precedencia, indiscutiblemente han tenido gran eco en esta materia y, por ello, en la hora de ahora, se torna imperativo abordar la temática contractual con criterios —y texturas— que se ajusten a esa tendencia innovadora que se aprecia en la esfera de los negocios, tanto en lo que hace a su formación, como a su ejecución, efectos, extinción e interpretación. De allí que en los tiempos que corren, la institución del contrato, en sí mismo considerada, trascendiendo su mal interpretada ‘crisis’, se muestra vigorosa y férrea, en prueba de su pertinencia y masiva utilización, sin perjuicio, naturalmente, de la entronización sostenida de una serie de figuras y metodologías especiales, orientadas a su empleo adecuado, justo y equilibrado” (Magistrado Ponente, Carlos I. Jaramillo J.).

por diversas razones (personales u objetivas) no siempre expresan su *voluntas* en forma precisa, al mismo tiempo que comprensible o inteligible, no solamente de cara a ellos, sino también a otros sujetos que se ubican en la periferia del negocio jurídico, según se anticipó. Ello hace que sea necesario emprender la actividad hermenéutica, a fin de esclarecer su alcance, aunque como veremos, aún frente a estipulaciones claras, el proceso interpretativo no se torna refractario y, por ende, extraño, debido a su amplio espectro, el que no sólo se limita a irradiar claridad, allí donde pervive la oscuridad, como antiguamente se pregonaba —con sujeción a la restricción general expresada en desarrollo del aforismo '*in claris non fit interpretatio*'—, sino a fijar el contenido del acuerdo respectivo. Por ello es por lo que aún de cara a lo inteligible, a lo meridiano, se impone la interpretación contractual, una constante en el campo negocial, hecho que hace que la hermenéutica sea una tarea o quehacer cotidiano.

De otra parte, en estrictez, útil es recordar que no hay, ni puede haber, contratos 'perfectos,' blindados, rayanos íntegramente en lo adamantino e inmunes a cualquier tipo de hesitación, por mínima o tenue que sea. No en balde, es una obra humana que, *ex post*, puede suscitar dudas, lo que impide, en línea de principio, que todo esté debida y suficientemente regulado inter-partes, pues no se le puede exigir a ellas que lo anticipen y que todo lo adivinen, pues si así fuera más que cocontrantes serían zahoríes, *stricto sensu*. Por ello es por lo que el margen de la interpretación necesariamente es amplio. "Una palabra," lo decía con toda pertinencia el juez Holmes, "...no es un cristal, transparente e inalterable, es la piel de un pensamiento vivo y puede variar de forma, de color y contenido, de acuerdo con las circunstancias y tiempo en el cual se utiliza"⁽¹²⁾. De hecho, algunos de los defensores del análisis económico del Derecho contractual, por cierto muy en boga, han registrado que, en no pocas ocasiones, son las mismas partes las que, *ex profeso*, optan por dejar un vacío en el texto negocial, habida cuenta de los costos que una negociación o una estipulación a fondo o muy elaborada, podrían ocasionar —contratos incompletos racionales o lagunas contractuales racionales—⁽¹³⁾. Frente a tales hipótesis, salta a simple vista, la interpretación —y con ella la integración responsable— cumple un notable papel.

(12) Holmes. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, año 1918. Towne v/Eisner, citado por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 232.

(13) Cf., entre otros, SHAVELL, Steven, "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis", en *Texas Law Review*, Vol. 84, N.4, p. 865.

Por lo demás, se evidencia que la valía de la interpretación sube de tono, primordialmente porque el cumplimiento y la eficacia operativa del contrato, desde una perspectiva funcional y, por ende práctica, gravita a su alrededor, hasta el punto de que los efectos, en la realidad tangible del día a día, estarán ligados a la lectura que, *in casu*, efectivamente sea haga del acuerdo de voluntades.

Finalmente, una razón adicional que sirve de sustento para remarcar la importancia de la interpretación en los tiempos que corren, dice relación con el advenimiento y uso extendido de las condiciones generales de contratación y, en general, con todas las manifestaciones modernas del Derecho del consumo —propias de los siglos XX y XXI—, en sentido amplio, caracterizado por la contratación en masa, uniforme o estandarizada⁽¹⁴⁾, en cuyo caso el intérprete tiene —y tendrá— una mayor injerencia, pues a diferencia de su laborío en épocas en las que imperaba el acentuado individualismo y el liberalismo a ultranza, en donde su actuación era más pasiva, casi de mero espectador, hoy por hoy tiene a su cargo un *rol* enteramente distinto, específicamente más activo y, sobre todo, acorde con los elevados intereses en juego y con la tensión que, de ordinario, suele presentarse entre predisponerte y adherente. Al fin y al cabo, razones de justicia contractual imponen que su papel —ahora— sea entonces más protagónico, en procura de preservar el equilibrio contractual, muy especialmente los intereses de los consumidores (interpretación *pro consumatore*), obviamente sin quiebre y afrenta injustificada de los radicados en cabeza de los predisponentes, en razón de que todo exceso manifiesto, no importa hacia qué lado tenga lugar, ocasiona injusticia y desbordamiento⁽¹⁵⁾.

(14) Como bien explica Massimo BIANCA, "...el fenómeno de las condiciones generales se ha extendido de tal forma que difícilmente los consumidores pueden acceder a los bienes y servicios sin someterse a los reglamentos contractuales que las empresas predisponen en forma de cláusulas generales contenidas en módulos, formularios o avisos. Esto significa que el contenido de los contratos de masa de hecho se impone a los consumidores, quienes adhieren un reglamento que no están en capacidad de negociar y del que, a menudo, ignoran el contenido...". Derecho Civil. El contrato, ob. cit., p. 364.

(15) En este mismo sentido, la Profesora Silvia DIAZ ALABART, manifiesta que: "La tendencia a dar mayor intervención al juez en los contratos en general tiene especial incidencia en los contratos con cláusulas predispuestas, por el peligro de desequilibrio entre las partes que existe en ellos". *Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexiones sobre la incidencia de la ley de condiciones generales de los contratos, en Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 55.

3.2. Finalidades primordiales y genuino significado de la interpretación del contrato

En el campo descriptivo, conectado con el teleológico, la interpretación del contrato, concebida como una prototípica actividad humana, *in concreto* lógica, por antonomasia, esencialmente persigue el esclarecimiento del contenido contractual, para lo cual el intérprete, con sujeción a una tarea de índole reconstructiva, cabalmente entendida, propende por establecer el alcance y la extensión de las diversas estipulaciones que, *in complexu*, conformen el entramado del contrato, aquilatada materia prima del hermeneuta.

Confirma dicha orientación, en su justo medio, el Profesor de la Universidad de Roma, C. Massimo Bianca, quien pone de presente que: “La interpretación es la operación llamada a identificar el significado jurídicamente del acuerdo contractual”⁽¹⁶⁾

“*Su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas*”, como correctamente lo ha puesto de presente nuestro más alto tribunal en el ramo, es “*la de desentrañar el verdadero sentido de los actos [o negocios] jurídicos*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de agosto de 1971), “*o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico*” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de julio de 1983). O más modernamente, como lo señalará la misma honorable corporación en reciente fallo,

“[...] la interpretación del negocio jurídico se dirige a establecer la voluntad normativa de las partes o a investigar el significado efectivo del negocio (Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Doctrinas Generales. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires. 1954, p. 483.) Se indica, así mismo, que “la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de los particulares” (Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1983). Es claro, entonces, que a través de este instrumento se pretende determinar el real alcance de la declaración de los contratantes, el significado del negocio por ellos concertado, particularmente, aunque no únicamente, cuando existan oscuridades o ambigüedades en la materialización del querer de las partes” (Sentencia del 19 de diciembre de 2008, Exp. 11001-3103-012-2000-00075-01).

Su tarea, en tal virtud, estriba en auscultar el conjunto de disposiciones negociales, a fin de fijar los contornos de los derechos y obliga-

(16) BIANCA, Massimo, *Derecho Civil, El Contrato*. Ob. cit., p. 429.

ciones derivadas de un específico tipo contractual, esto es la ‘común intención’ de los contratantes o, si se prefiere, la *voluntas interpartes* o *voluntas spectanda*, norte primordial de su laborío hermenéutico, específicamente en los sistemas que, como el colombiano y muchos otros, es la tendencia normativa internacional, de manera prevalente des-cansan en un sistema subjetivo, como tendremos ocasión de analizar con mayor detenimiento en líneas venideras en un aparte autónomico, por oposición a las tesis netamente objetivistas, las que se inclinan por darle cabida al imperio de la declaración de voluntad^{(17) (18)}.

(17) Este es, sin duda, el norte de muchas de las legislaciones en materia de interpretación contractual, lo anticipamos, las que, de manera inequívoca, expresa y clara disponen que en el ejercicio hermenéutico del texto negocial, el propósito es justamente hallar la verdadera voluntad de los contratantes. Así, por vía de ejemplo, independientemente de que este tópico se examinará a espacio más adelante, en el anteproyecto de reforma al Código Civil francés (Comisión Catala), el artículo 1136 prescribe que: “En las convenciones se debe buscar cuál fue la común intención de las partes contratantes, antes que limitarse al sentido literal de los términos” (HINESTROSA, Fernando (trad.). *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p. 184); lo propio sucede en el marco de los principios UNIDROIT, los que señalan la preeminencia de la develación de la real intención de las partes contratantes en materia de interpretación, en el artículo 4.1, así como en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 5:101). Es, también, el caso de varios Códigos Civiles nacionales, como tiene lugar en el Código Civil de Colombia; el artículo 1132, segundo párrafo, del Código Civil de Panamá; el artículo 510, fracción I, del Código Civil de Bolivia; el artículo 1298 del Código Civil de Uruguay; el artículo 1362 del Código de Napoleón; el artículo 1281, segundo párrafo, del Código Civil español; el artículo 708, primer párrafo, del Código Civil de Paraguay; el artículo 1560 del Código Civil de Chile; el artículo 1593, segundo párrafo, del Código Civil de Guatemala; el artículo 1851, segundo párrafo, del Código Civil de México para el D. F. etc. Y también lo es del Proyecto de Código Civil argentino de 1998, art. 1023, letra a), y de la reciente propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos español, art. 1278 y ss.

(18) La importancia de la interpretación de orden subjetivo o basada en la verdadera voluntad de los contrayentes —*voluntas spectanda*—, se hace palpable en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, los que, *expressis verbis*, privilegian el examen subjetivo, respecto al objetivo. En efecto “...el artículo 5:101 (1) PECL propone que el contrato sea interpretado de acuerdo con la intención común de las partes y ello aunque esa intención difiera del significado literal de las palabras empleadas. Se excluye, en principio, una interpretación de tipo objetivo, que no se elimina del todo, como se comprueba en la propuesta del propio artículo 5:101 (3), aunque la usa de forma subsidiaria... la conclusión a la que se llega en este punto es que el método para averiguar la voluntad común resulta siempre preferido, sobre el método literal que implicaría preferir las palabras utilizadas para expresarla, es decir, la declaración formal...”. DÍEZ-PICAZO, Luis; ROCA TRÍAS, Encarna; MORALES, A. M. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, ps. 252/253. Cf. ESPIAU ESPIAU, Santiago, “Interpretación del contrato y bases del

Empero, sin más preámbulos, es de advertir que aquellos que pregonan la pertinencia de una interpretación netamente objetiva del negocio jurídico, en el caso que nos ocupa del contrato, se oponen a que la búsqueda del intérprete se circunscriba a la referida común intención, esto es dejando de lado su declaración o exteriorización, pues en su entender: “No es finalidad de la interpretación averiguar una voluntad interna no expresada; su objeto es, solamente, el supuesto de hecho externo de la declaración de voluntad”, razón por la cual: “Queda descartado que la mera voluntad interna sin manifestación ninguna externa no es nunca objetivo de la interpretación, ni ésta se propone acertar con esa voluntad”.

Si el contrato, etiológicamente considerado, es el producto de la convergencia de las voluntades de sus titulares (consentimiento), es consecuente entender —o por lo menos no es insólito— que la investigación que en su momento realiza el intérprete, como lo asevera un sector de la dogmática, hunda sus raíces en la reconstrucción verosímil o razonable de esa *communis intentio*, o si desea voluntad real, su detonante jurídico⁽¹⁹⁾. En últimas, es una especie de búsqueda o reencontro con el origen genético del contrato: la voluntad, o la ulterior y mera declaración de la misma, para otros, tema asaz controvertido en el Derecho comparado, precisamente por las tesis adoptadas, a juicio de algunos doctrinantes irreconciliables⁽²⁰⁾.

derecho contractual europeo”, en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, ps. 218/219.

(19) Como lo expresa, *ex autoritate*, el distinguido Profesor italiano, Vincenzo ROPPO, “El contrato es acuerdo, y sin acuerdo no hay contrato. Pero un acuerdo no es tal si no tiene un contenido mínimo, es decir que si las partes no forman y manifiestan su voluntad común, por lo menos en relación con los elementos indispensables para identificar la fisonomía esencial de la operación... Este sustrato mínimo debe ser garantizado por la voluntad de las partes y no puede ser sustituido por fuentes externas: si en lugar de la voluntad de las partes, inexistente sobre el punto, fuera la ley la que dijera que la atribución concierne al cuadro o bien al automóvil... el acto no sería un acto de autonomía. Y el contrato es acto de autonomía, o no es contrato”. *Il contratto*, Guiffre, Milano, 2001, p. 456. En sentido similar se manifiestan Marcel PLANIOL y Georges RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*, T. VI, Cultural, La Habana, 1936, p. 518.

(20) *Vid.*, JARAMILLO J. Carlos I. *La estructura de la forma en el contrato de seguro*, Bogotá, Temis, 1996, ps. 76 y ss., en donde, a manera de preámbulo, pusimos de manifiesto que: “En torno al difuso problema, existente entre el concepto y prevalencia de la voluntad real sobre la voluntad externa o declarada y viceversa, muchos cerebros se han visto desgastar, pues por más que se ahonde en su complicado estudio, la praxis ha mostrado que la pugna propiciada por las escuelas que defienden una y otra postura, antes que esclarecer han oscurecido cualquier asomo de claridad, toda vez que están abarrotadas de premisas extremas”.

Cuánta razón, desde esta perspectiva, tiene el renombrado profesor español José Luis Lacruz Berdejo, cuando expresa con meridiana sensatez que: “La interpretación del contrato, en estos textos escritos con anterioridad, en esas palabras pronunciadas ayer, una voluntad pretérita: la que se expresó en aquellos signos entonces: no la que los contratantes quieren darle ahora. Estos, una vez celebrado el contrato, pueden extinguirlo o modificarlo, pero no pueden impedir que haya existido, y que mientras existió tuviera el contenido que inicialmente le habían dado”⁽²¹⁾. Y cuánta también, el reputado profesor argentino, Ricardo Lorenzetti, al afirmar —en el curso del siglo XXI— que: “La interpretación es una reflexión sobre un texto previo para determinar su sentido, y por ello, es una mirada hacia el pasado, intentando reconstruir lo originariamente pactado”⁽²²⁾.

En este orden de ideas, retomando la idea nuclear ya expuesta, la interpretación es tarea tan compleja y delicada, que el intérprete jamás debe olvidar que no es el pintor de la tela contractual, pues quienes empuñaron el pincel y otrora esparcieron el óleo convencional, fueron los contratantes. Su misión, no es pues la de plasmar en el lienzo su arte; tatuar la idea que, a manera de musa, lo escolta y anima (representación mental), por cuanto la pintura, así sea algo borrosa o descolorida, y requiera puntuales retoques, de ordinario viene ya definida por las partes, quienes no simplemente se limitaron a trazar unas escasas líneas, como si fuera un incipiente boceto. En este caso, más que un pintor que se enfrenta a un lienzo en blanco, el hermeneuta es un restaurador de una obra ya elaborada, en principio, por manera que deberá respetar su autenticidad y sus trazos y contornos, hasta donde las circunstancias racional y obviamente lo permitan, conforme se anotó. No en vano, la interpretación *ex contractu*, no es un palimpsesto en el cual se tolera —o estimula— la convergencia de varias capas de escritura, una sobre otra, de amanuenses diferentes; es un pergamino que amerita ser auscultado en su *corpus* primigenio, así ello tenga lugar en otro *momentum* que, justamente por ser otro, no debe hacerle creer al intérprete, fantasiosamente, que él es su *pater*, su creador. Si así fuera, dicha expresión pictórica, no tendría dos pintores, sino tres, o uno incluso, si su actuar desmesurado, *in extremis*, borró todo cuanto le fue entregado.

(21) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, T. II, vol. II, Librería Bosch, Barcelona, 1977, p. 220.

(22) LORENZETTI, Ricardo L. “Interpretación del contrato en el derecho argentino”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. I, Grijley, Lima, 2007, p. 8.

Sólo ante casos especiales, como tales dignos de ser enjuiciados con medida, precisamente para evitar lo ya señalado, el intérprete dispondrá del pincel hermenéutico, y aun así tendrá naturales limitaciones, pues deberá hacer sus trazos en función de los caros intereses en conflicto; de la tipología y teleología del negocio celebrado; de la buena fe negocial —en su vertiente objetiva—; de los usos sociales; del sentido que de ordinario se le otorgue a determinadas estipulaciones en el tráfico jurídico (ambiente social), entre otros criterios más, siempre precedidos de la ‘razonabilidad’ o de la ‘sensatez’, pautas que con tanta fuerza están rigiendo en el Derecho comparado en la actualidad, como lo demuestran los novísimos ‘Principios del Derecho Europeo de los Contratos’ (PECL), y también los afamados ‘Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales’ (UNIDROIT), para aquellos casos en los que, por algún motivo, no resulte posible establecer la común intención de los contratantes (artículos 5.101-3, y 4.2-2, respectivamente)⁽²³⁾, tema éste sobre el cual volveremos ulteriormente, en especial cuando analicemos los nuevos derroteros en materia hermenéutica. Lo propio sucede, en al terreno supranacional, con la Convención de Viena de 1980, relativa a la Compraventa Internacional de Mercaderías —aprobada en Colombia mediante la ley 518 de 1999 y promulgada a través del Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001—, pues igualmente acude al criterio de la razonabilidad, en cabeza del intérprete (art. 8º, numeral 2).

3.3. Límites consustanciales de la interpretación contractual

En armonía con el genuino alcance de la interpretación, ya delineado, en concreto con el propósito de que el intérprete debe efectuar su laborío con equilibrio, objetividad, sindéresis y *ex abundante cautela*, éste debe ceñirse a lo realmente querido —o deseado— por las partes, de suerte que para la consecución de esta finalidad, por regla, debe respetar esa ‘común intención’ que, así resulte de Perogrullo, es la de ellos, y no la del *iudex*⁽²⁴⁾, *como hasta la saciedad se ha recalcado*, lo que explica que debe abstenerse de eclipsarla o de tergiversarla a su acomodo, pues de este modo estaría alterando la plataforma negocial,

(23) *Vid.*, ARAÚJO S. Ramiro, “Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales”, en *Compraventa internacional de mercaderías*. Comentarios a la convención de Viena de 1980, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios 15, ps. 129 y ss.

(24) Como agudamente lo expresa el Profesor de la Universidad de Bonn, Werner Flume, “El que tiene que interpretar un negocio jurídico, nunca es el dueño del mismo”. *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 370.

nada menos que el *dictus* de los extremos de la relación contractual, en sí mismos considerados., aspecto éste que consideramos crucial.

Al fin y al cabo el intérprete, con arreglo a elementos que examina *ex post*, tiene como objetivo la investigación de todos los hechos y circunstancias relevantes que, según el caso, en línea de principio rector, den fe de lo pretendido al momento del perfeccionamiento del negocio jurídico respectivo, sin perjuicio de que se pueda apoyar en ciertas y útiles reglas objetivas que garanticen ese resultado (comportamiento de las partes: precontractual, contractual y poscontractual; usos sociales; buena fe; aplicación del principio de conservación de los efectos del contrato, o de la regla *favor debitoris*, etc.) como se verá más adelante —sobre todo en tratándose de contratos con cláusulas predispuestas—, sin que ello suponga que a través de las mismas termine interpretando un contrato que jamás quisieron celebrar las partes, riesgo que ciertamente se corre cuando se objetiva en grado superlativo y sin límites la interpretación negocial, particularmente cuando se hace tabla rasa del negocio efectivamente celebrado, para imponer una voluntad tan abstracta e ideal —y en ocasiones colectiva o popular— que termina, *in toto*, apartándose de su genuina misión y, de contragolpe, conculcando la materia prima objeto de su investigación, *ratio* de su laborío hermenéutico. Desde luego que habrá excepciones que, *in casu*, responsablemente justifiquen que se acuda a ‘medios extranegociales’ —como los llama Santoro Pasarelli—⁽²⁵⁾, específicamente cuando por fuerza de las circunstancias individuales se aborte la búsqueda de la común intención de los contratantes, regla ésta que, en la esfera legal, informa buena parte de los ordenamientos jurídicos internacionales, según se evidenciará en este ensayo⁽²⁶⁾.

Expresado en otras palabras, el hermeneuta debe tener presente que su misión, exclusivamente desarrollada desde la periferia del contrato, es la interpretar una obra preexistente (un *datum*), cuyos únicos artífices son los convencionistas, y no él u otros, motivo por

(25) PASARELLI, Santoro. *Doctrinas generales del derecho civil*, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 281.

(26) *Vid.*, MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MOISÁ, Benjamín. “La interpretación de los contratos en la República Argentina”, en *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. I, Grijley, Lima, 2007, quienes observan que el intérprete “...debe recurrir sucesivamente a criterios hermenéuticos subjetivos y objetivos: la interpretación subjetiva le permitirá acercarse a la voluntad real de las partes; la interpretación objetiva, en cambio, le posibilitará eliminar las dudas y ambigüedades de la manifestación, en los casos en que el verdadero querer de los contratantes se presenta como inasequible”.

el cual debe ceñirse a ella lo más fiel y genuinamente posible, en orden a no distorsionar la autoría de las estipulaciones que lo integran, de factura precedente, todo al margen, se reitera, de la posibilidad de tener en consideración algunos criterios de carácter más objetivo, entre otros, por vía de ejemplo, la buena fe, estándar que, por su fuerza bienhechora, debe escoltar el ejercicio hermenéutico, como tendremos ocasión de señalar más a espacio, aun cuando con cautela, pues no todo se puede hacer al amparo de este elevado principio que, por general que sea, como lo es, su aplicación requiere prudencia, especialmente en el campo que nos ocupa, en donde no campea la libertad plena, porque el intérprete se debe a un *corpus* previo, como a espacio se refrendará⁽²⁷⁾. Otro tanto de cara a la llamada interpretación en función del principio de la conservación de los efectos del contrato, y de los usos comunes, y por supuesto de los comportamientos previos y ulteriores a la celebración del contrato, a cargo de los convencionistas (interpretación comportamental), entre otras reglas más, como ya se anticipó, proclives a tener en cuenta otros elementos más externos, así como permeados por la atmósfera social (entorno externo).

Su *rol, mutatis mutandis*, no es pues el de fungir como parte, que obviamente no lo es. Muy por el contrario, es la de respetar su verdadera *intentio* —o lo realmente declarado, en el sistema objetivo—, desentrañando su contenido y extensión, en la forma más verosímil y razonable posible, hasta el punto de que resulta de la mayor importancia “...tener una clara representación de lo que las partes han querido realmente”⁽²⁸⁾, como lo reconoce la doctrina, la que también pone de relieve que la reconstrucción hermenéutica, ante todo, debe efectuarse a partir “...de una realidad histórica, y no jurídica”⁽²⁹⁾, úni-

(27) Baste por ahora señalar con el profesor paraguayo, Roberto MORENO RODRÍGUEZ, que “la buena fe es un elemento útil para interpretar el contrato, pero no hay que abusar de él. A saber; una copa de vino hace placentera la vida: diez botellas por noche la destruyen... Si pedimos a la buena fe más de lo que ella puede dar, obviamente la desnaturalizaremos y terminaremos por socavarla... Y esto vale incluso para el juez que, valga la redundancia, actúa de buena fe”. “Contratos hechos por jueces? Cuatro y medio sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, Grijley, T. II, Lima, 2007, p. 1468 y 1469.

(28) ORQUIDI C. Gustavo, “Interpretación del contrato en el régimen uruguayo”, en *Contratación Contemporánea*, vol. II, Bogotá, Temis-Palestra, 2001, p. 328.

(29) DI MAJO, Adolfo, “L’interpretazione del contratto”, en *La Disciplina Generale dei Contratti*, Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 673. Acerca de la llamada interpretación histórica, también puede verse OPPO, Giorgio. *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 160, y ss.

camente, toda vez que debe tener en mira la que rodeó a los contratantes en el *momentum* cúspide de la *interpretatio*: la celebración del contrato, clave de bóveda en esta materia, a manera de *anterius*, y no de *posterius*⁽³⁰⁾, hasta donde lo permitan equilibradamente las circunstancias, pues resulta claro que, agotadas las posibilidades de hallar la referida común intención, deberá acudir a otros elementos extrínsecos, en orden a establecer el contenido negocial y, por ende, el alcance individual de los derechos y obligaciones nacientes del acuerdo de voluntades, como se observará, y como lo establecen los códigos más modernos y los proyectos de armonización en el campo internacional (principalística contractual), en cuyo caso recrear la atmósfera socio-contractual, *in abstracto*, e *in concreto* lo atinente a la naturaleza —específica— del negocio celebrado, podrá ser útil, con mesura, claro está.

Cuán precisa, ciertamente, es la anotación que sobre este mismo particular hace el gran jurista italiano, Natalino Irti, de acuerdo con la cual cuando se interpreta se alude “...a un hecho del pasado: del pasado próximo, pero siempre del pasado. El artículo 1362 [del Código italiano] considera la común intención como algo que tuvo lugar en el ayer, el que el intérprete debe reconstruir en forma retrospectiva”. Por eso alude, descriptivamente, a una suerte de interpretación “*Ex nunc*, es decir en dirección retrospectiva... No es un contrato de hoy, diverso al contrato de ayer; es solamente un contrato de ayer”, así se interprete después, “...excluyéndose la interpretación evolutiva”⁽³¹⁾.

De ahí que también se diga, con potísima razón, que desde esta perspectiva, “...la interpretación del contrato es una interpretación estática, puesto que el juez no tiene la posibilidad de modificar o rehacer el contrato, porque si hace esto, deformará las voluntades de las partes. La obligación del juez de respetar la voluntad contractual limita necesariamente la interpretación del contrato a la búsqueda de

(30) Con razón explícita el renombrado Profesor argentino Rubén STIGLITZ, que “la interpretación del contrato toma como referencia una voluntad concreta referida a un caso singular”, *Contratos civiles y comerciales*, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 432. justamente el que ha sido obra de las partes, esas en particular, para un caso individual que reclama sustantividad y tratamiento propio, con miras a no generalizar su contenido y lo que es peor, aplicarlo a otros supuestos no queridos, esto es no deseados por ellos, lo que no sólo es artificial, sino atrevido.

Ese *momentum* cúspide, al que aludimos en precedencia, es identificado por el Profesor Antonino Cataudella, como el “momento decisivo”. *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 21.

(31) IRTI, Natalino. *Principi problemi di interpretazione contrattuale*, ob. cit., p. 618.

esa voluntad”⁽³²⁾, motivo por el cual no puede, como acontece con la interpretación de la ley, acudir a expedientes tales como la analogía preceptiva, *stricto sensu*, “...la que es inadmisibles en cuanto al negocio jurídico, pues éste sólo obliga en tanto sea querido... Si así no fuese”, lo reconoce la doctrina, “se llegaría al absurdo de que el silencio de los interesados sería suplido por el juez, es decir, por persona a quien compete interpretar el acto tal como es y no complementarlo a su arbitrio en daño de otros”⁽³³⁾.

Por ello es por lo que aún de cara al sistema declaracionista de estirpe objetiva, lo expresa autorizadamente el Profesor alemán J. W. Hedemann —en relación con la llamada ‘actividad creadora del juez—, “...la posición tradicional, seguida íntegramente por el B.G.B., mantiene que el juez, en general, dentro del ámbito de las relaciones obligatorias tiene en principio sólo una misión declarativa. Ello significa que el juez ha de compulsar y basarse únicamente en los dos factores básicos que constituyen la voluntad de las partes y el texto de la ley, sin que pueda por sí alterar el contenido del contrato concertado”⁽³⁴⁾.

En similar dirección se orienta el ilustre profesor Fernando Hines-trosa, quien independientemente de pregonar que lo esencial en la interpretación no reside en “...qué pudo haber querido este o aquel sujeto negocial, sólo o junto con otro, sino cuál es el sentido común, socialmente reconocible y aceptable de su comportamiento dispositivo, cómo pudo haberlo entendido rectamente su destinatario u observador, y cómo lo entendió, valorando la lealtad y la corrección de cada cual”⁽³⁵⁾, expresa frente al laborio judicial, en veces extraviado —sin que por ello se pueda generalizar—, que es evidente “...la tensión que se presenta entre la amplitud creciente de los poderes de integración y depuración que se le han ido concediendo al juez o que este se va arrogando, cuyo comienzo se da muchas veces con la interpretación y la limitación indispensable de la soberanía del juez, que no puede sustituir

(32) LARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*, vol. I, Bogotá, Temis, 1999, ps. 112 y 113. En el mismo sentido, entre otros, Henri, Léon y Jean MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil, Parte segunda*, vol. I, EJEA, Buenos Aires, 1960, p. 381.

(33) STOLFI, Guisepppe. *Teoría del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, ps. 285 y 286. Cf. COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-América, México, 1938, p. 443.

(34) HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*, vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 6.

(35) HINESTROSA, Fernando. “Interpretación de la conducta concluyente negocial”, en *La interpretación del contrato en América Latina*, T. II, Grijley, Lima, 2007, p. 798.

o, mejor, suplantar a los interesados. ¿Recrear o crear el contrato o, peor aún, el testamento? Parafraseando el símil del ingenioso jurista francés contemporáneo, el juez está presente en el desenvolvimiento de la relación, como vigilante y garante de su legalidad, corrección, equidad, sin que por ello el contrato se llegue a convertir en un *menage a trois*?"⁽³⁶⁾.

Cautela, y más cautela debe pues observar el juzgador —en sentido amplio—, con miras a no traicionar lo querido por ambos contratantes, en cuyo caso debe auxiliarse de fiables reglas y procedimientos signados por el respeto y no por el irrespeto de lo convenido. Por ello, no debe sobreactuarse, ni menos sustituir a las partes, sino apearse estrictamente a su ejercicio, de suyo limitado por claros principios y axiomas que, *ab antique*, reclaman cordura y ponderación sumas, así la tentación de 'legislar', en sentido muy lato, sea intensa, como buena parte de las tentaciones lo son, y desde luego la de hacer justicia —en apariencia—, así sea alterando lo genuinamente querido, a costa de las propias partes o de una de ellas, la que jamás convino lo que el juzgador sentenció *ex post*, pensando en la celebración de un contrato 'ideal' o 'perfecto'. No en balde "Interpretar un contrato", lo ha dicho categórica y acertadamente la Corte Suprema de Justicia, "no es modificarlo" (Sentencia del 27 de marzo de 1927), ni tampoco darle pábulo a la especulación, a la fábula o a la inventiva, ya que "...cuando su búsqueda se convierte en mera adivinanza, con riesgo de encubrir una ficción o incorporar una voluntad extraña a los celebrantes, debe ser dejada de lado"⁽³⁷⁾, en opinión del Maestro Mosset Iturraspe, la que sin duda compartimos.

Con lo señalado en precedencia, de ninguna manera, pretendemos desconocer la autonomía del juzgador, bien entendida, o la valía de su sacrosanta tarea, las que no están en duda, menos por nosotros que hemos tenido el orgullo, *a fuer* que el privilegio de administrar justicia —en nuestro caso la más sublime de todas las experiencias registradas—, aún respecto a la interpretación contractual frente a precisos y muy puntuales supuestos en los que no ha sido posible el logro de la referida tarea reconstructiva o declarativa. Simplemente, queremos poner de manifiesto, con sumo respeto, que es tal la responsabilidad a él confiada, que es menester proceder con mesura y sumo tacto, con el objeto de erradicar la subjetividad, la especulación, la fábula, y muy especialmente la invención, aspecto en torno al cual volveremos en otra

(36) HINESTROSA, Fernando. Presentación de la obra en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. I, ob. cit., p. XXXIV.

(37) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Interpretación del contrato. Sentido y alcance*, en *Tratado de la Interpretación del contrato en América Latina*, T. I, Grijley, 2007, p. 41.

ocasión (cuando tengamos la oportunidad de ocuparnos de la interpretación del contrato de cara al recurso extraordinario de casación), así ello obedezca a un deseo noble del *iudex*, en su afán de administrar justicia, el más complejo y exigente oficio de los mortales⁽³⁸⁾.

En este mismo sentido, a manera de apretada síntesis de lo ya señalado, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, en sentencia del 14 de agosto de 2000 —con ponencia nuestra—, manifestó que:

“[...] si la misión del intérprete, por consiguiente, es la de recrear la voluntad de los extremos de la relación contractual, su laborío debe circunscribirse, únicamente, a la consecución prudente y reflexiva del aludido logro, en orden a que su valoración, de índole reconstructiva, no eclipse el querer de los convencionistas, y lo que es más importante, no conduzca a su suplantación, toda vez que ello es lo que desventuradamente hacen algunos juzgadores, quienes enarbolando la bandera hermenéutica, terminan invadiendo la órbita negocial, al punto de que en veces, mutatis mutandis, parecen fungir más como contratantes que como intérpretes del contrato, esto es, como invariablemente debe tener lugar, situados en su periferia. Cuán cauteloso entonces debe ser el fallador, para evitar que la intención real de los artífices del negocio respectivo, sea fidedignamente interpretada —y de paso respetada— y de ninguna manera mancillada, o sea, adulterada o falsificada, so capa de buscar, equivocada y forzosamente, la supuesta intención de los que han contratado o de identificar el tipo contractual y de fijar su hipotético alcance, sin percatarse que procediendo de esa cuestionada manera la conculcan y, por consiguiente, a modo de irresoluta secuela, distorsionan el acuerdo negocial, ora porque recortan su extensión, ora porque la aumentan o, incluso, porque lo truequen. De ahí que so pretexto de auscultar la voluntad de los contratantes, no puede el intérprete desfigurar el texto del contrato, máxime si éste, justamente, la recoge con fidelidad.”^{(39) (40)}

(38) No yerra el Profesor italiano Renato Scognamiglio cuando anota que “... el intérprete, mejor que fundarse en el punto de vista y las esperanzas de cada contratante, debe indagar sobre el contenido real del acuerdo; que es la única forma de eliminar dicho desacuerdo con restablecimiento del equilibrio entre los intereses opuestos, que de otra manera podría verse comprometido a pretexto de la interpretación”. *Teoría general del contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, ps. 239 y 240. Cf. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 2005, p. 395.

(39) Sentencia de 14 de agosto de 2000; exp. 5577, Magistrado ponente, Carlos I. Jaramillo. La misma idea también había sido reflejada por la Corte en otro de sus fallos, específicamente cuando anotó que: “la operación interpretativa del contrato parte de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él” (G.J. CCLV, 568, Sentencia del 27 de agosto de 1971).

(40) A análoga conclusión, en lo fundamental, arribó el celeberrimo jurista chileno, don Luis Claro Solar, de acuerdo con el cual “...la interpretación de los contratos no se limita a veces a fijar la voluntad de las partes, sino que so pretexto de

En compendio, bien vale la pena memorar que en este campo de la hermenéutica contractual, la importancia de la tarea del intérprete adquiere aún mayor trascendencia, pues debe buscar el equilibrio interpretativo, no en la teoría, sino en la cruda realidad, sin dejarse obnubilar por la tensión reinante entre el ser, y el deber ser; entre lo ideal, y lo fácticamente convenido en su momento por los extremos de la relación jurídico-negocial (programa contractual), que no siempre lo es, más allá de lo que *in pectore* pudiere querer él, por fundado y plausible que sea; es que la justicia del hermeneuta no es sinónimo propiamente de ‘justicia contractual’, expresión esta última que involucra mucho más que su parecer o altruista deseo. Lo mismo debe hacerse frente a sugestivas posturas de corte jurídico-social, sin duda importantes en la ahora de ahora, sobre todo de cara al Derecho constitucional moderno, pero que mal entendidas y, sobre todo, mal aplicadas, podrían conducir, de una parte, a sobredimensionar los poderes del juez (activismo judicial irrestricto o exacerbado), casi ilimitadamente y, de la otra, a alterar el núcleo o la almendra volitiva y genuina de los negocios jurídicos que amerita consideración y cautela, así sea cierto que tales doctrinas sean atrapantes y posean algo de irresistibles.

Nos referimos a las que a ultranza, sin cautelas, abogan por una función social del contrato, que desde luego la tiene, pero sin que pueda traducirse en patente de corso que todo lo autorice, todo lo permita, según en veces sucede a despecho de muchos⁽⁴¹⁾. Hay que huirle pues a los excesos, a los extremos, a lo radicalismos, a los dogmatismos y a la abusividad —provenga de quien provenga—. No es pues inexacta, para nada, la respetada profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, quien fuera ecuánime y admirada juzgadora por lustros en su querida nación, cuando en procura de un término medio, precisa que “...tan absurdo e inadmisibile es el arbitrio judicial sin fronteras

interpretarlos los jueces dan a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, desconocen la intención de los contratantes, desnaturalizan las cláusulas controvertidas, y substituyen un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley”. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, T. III. De las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1879, p. 7. En otros términos, a juicio del profesor italiano, Guido ALPA, cuando así se procede se reconoce “...una intervención manipulante del magistrado”, no siendo pues de recibo la dilatación contractual que se genera a través “...de la introducción de derechos y obligaciones diversas a las contempladas”. *I contratti in generale*, UTET, Torino, 2005, ps. 215 y 216.

(41) Cf. BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato*, ob. cit., ps. 41 y ss.

como el rígido legalismo que impide la equidad del caso concreto”⁽⁴²⁾ y⁽⁴³⁾. Al fin y al cabo, lo decíamos en otra oportunidad, “...no todo se

(42) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 289.

(43) Al respecto, con provecho, véase el interesante estudio del profesor Emilio J. URBINA MENDOZA, “La interpretación de los contratos en la jurisprudencia venezolana. Análisis jurisprudencial de los paradigmas hermenéuticos aplicados a lo largo de la historia republicana (1875-2005)”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. III, Grijley, Lima, 2007, p. 2318, autor que aludiendo a lo que denomina ‘sistematismo activista’, expresa que “la hermenéutica contractual social se torna negadora bajo esta concepción. Destructiva de la presunción de legalidad *ab initio* de contratos que fueron concertados bajo parámetros autorizados, pero que en razón de una teluridad sobrevenida, dicha legalidad inicial quedaría suspendida por otras legalidades de las conveniencias públicas o sociales. Esta última postura aparecida en el siglo XX, nos llevaría a entender al contrato como un acto autorizado por el legislador, en el cual, es Estado, o mejor dicho el juez, podría escudriñar más allá de la médula volitiva de las partes... Total el Estado Social de Derecho introduciría poderes hermenéuticos exorbitantes hasta el punto de quebrantar el dogma moderno la de autonomía de la voluntad de las partes...”.

Preocupa, sin tornarnos alarmistas, fatalistas o apocalípticos, la exageración, o distorsión que en este campo se ha registrado en los últimos años en algunas naciones europeas y americanas, sin excluir la nuestra, en donde el respeto por lo querido por las partes, los artífices señeros del negocio jurídico, se ha perdido en ocasiones, para imperar lo estimado por el juez, de ordinario amparado por jurisprudencia de nuestros tribunales constitucionales que —en ciertos casos— han extremado y, por tanto, desdibujado la auténtica lectura social del contrato, adhiriendo a tesisuras en extremo garantistas de uno de los extremos de la relación negocial, pero no siempre de modo objetivo y especialmente equilibrado, porque sin desconocer la vigencia del principio *pro consumatore*, de gran valía, entre otros más, este también posee límites que no en todos los casos se aplican. Por ello, sólo para traer a colación un ejemplo, inquietan posturas como la que expresa que: “Con base en la función social del contrato, puede decirse que el Poder Judicial brasileño dispone de libertad para, muchas veces, prácticamente reescribir lo que fue pactado por las partes... En efecto, la libertad casi ilimitada de interpretar los contratos tiene como finalidad evitar lesiones y hacer que cada parte tenga lo que resulte más justo dentro de la realidad social del país... el juez brasileño asume hoy una mirada mucho más importante, o sea, pasa a actuar como intérprete social buscando la verdadera justicia y no solamente aplicando el derecho...” en su nueva calidad de “pacificador social... los próximos años serán decisivos para determinar si la libertad casi ilimitada de interpretación de los contratos es el mejor camino para la sociedad y para la justicia brasileña”. Edson Nelson UBALDO. “Las líneas básicas de los contratos y su interpretación en Brasil”, en *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. I, Grijley, Lima, 2007, ps. 676 y 680.

Igual comentario, en la esfera contractual, en particular en sede hermenéutica, puede hacerse en punto a aquilatados criterios de interpretación contractual, en especial el concerniente a la buena fe, según lo recrea descarnadamente el distinguido profesor peruano, Don Fernando De Trazegnies, quien registra la evolución y también, en su entender, la distorsión experimentada en este campo, hoy despe-

justifica, por plausible y moderno que luzca, en razón de que en la ciencia del Derecho hay límites infranqueables que no se pueden desconocer, así estemos, supuestamente, en presencia de un “nuevo Derecho”, o de un sistema neoconstitucional, los que igualmente conocen restricciones. Lo contrario, lisa y llanamente, sería la entronización del tiránico reinado de la inseguridad, del caos, y la anarquía *iuris*”⁽⁴⁴⁾.

jada de “...toda castidad”, por cuanto “...bajo la expresión de ‘buena fe’ comienza a aparecer una nueva noción que procede de canteras diferentes a las del Derecho moderno y, que alimentada intelectual o emocionalmente por teorías políticas distintas al liberalismo y al mercado, amenaza el sistema contractual basado en el predominio de la libertad sobre todo otro valor y en la autonomía de la voluntad de los contratantes”. Por eso, “La buena fe se presenta ahora subversivamente como la expresión de una conducta supuestamente ideal del sujeto... un ideal que permite cuestionar la voluntad de las partes aduciendo que esa decisión común no es justa, aunque creyeron las partes que era lo que les convenía al momento de llegar al acuerdo”, motivo por el cual considera el autor que “...abrir la puerta para una modificación judicial del contrato sobre la base de que una de las partes no pensó más profundamente lo que en ‘equidad’ le correspondía a la otra, es entrar en un mundo fracasadamente idílico... La equidad y la buena fe se convierten aquí en los agentes terroristas de la seguridad contractual”, hecho que explica que en los pactos privados exista “...un margen amplísimo para entender la común intención de las partes dentro de un marco de corrección (buena fe); pero no puede desconocer el texto del contrato, sustituirlo ni adoptar un interpretación *contra contractum*... Por consiguiente, la aplicación del principio de la buena fe no puede dar lugar a una ‘amplia facultad de interpretación por el juez’”, rechazando el mismo doctrinante peruano la interpretación que “...abandona escabrosamente la voluntad contractual”. Por ello concluye afirmando, en su característico estilo, que: “Necesitamos una justicia creativa pero también una justicia inteligente y consistente. En caso contrario, la ‘teoría’ de la buena fe no será sino una más de las piedras que pavimentan el camino al infierno jurídico-social”. “Desacralizando la buena fe en el derecho”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 39 y ss.

(44) JARAMILLO J. Carlos I. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 75. Opinión que, en lo pertinente, está en estricta consonancia con otra ya expresada por nosotros, particularmente cuando refiriendo a la vigencia que, *in complexu*, preserva el Derecho romano, indicamos que, a disgusto de algunos que “...quisieran extenderle una partida de defunción, [él] sigue viviendo, a su manera, una renovada y enriquecida existencia, la que, por milenios, seguirá rindiendo sus inmortales frutos. Cuánta injusticia, cuánta insensatez, cuánta miopía, mejor ceguera, a pretexto del advenimiento de un Derecho mediatizado y gasificado que, desventuradamente, en algunas latitudes, ha sido cooptado por un desbordado pragmatismo, por la fantasía y por el espejismo de un sistema en el que todo es relativo y elástico, como si fuera ‘plastilina’ *iuris*: la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la buena fe, la familia, el pago, la prescripción, la transacción, el debido proceso, la reparación del daño, la autonomía privada, el efecto relativo de los contratos, la fuerza de la jurisprudencia, la casación y, en fin, otro importante número de valores e instituciones, igualmente relativizadas con estribo en sugestiva, pero superficial

Tiene entonces razón el profesor paraguayo Roberto Moreno Rodríguez, cuando en un interesante y agudo escrito de su autoría, refiriendo al doctrinante inglés Patrick S. Atiyah, profesor de la Universidad de Oxford, señala que la clasificación conforme a la cual hay “...contratos hechos por las partes y contratos (y cláusulas contractuales) hechos por los jueces”, es un ‘solecismo’. “No es acaso el contrato, esencialmente, una obligación voluntaria, en la que la libertad (más o menos restringida, según el caso) del agente es vista como fundamental para la afirmación de la existencia de deberes jurídicos?”, expresa el autor en comentario, quien continúa indagando que: “...no es acaso este hecho —que las obligaciones son creadas por las partes y no por otros extraños, como por ejemplo, los jueces— lo que precisamente distingue a la obligación contractual de las demás obligaciones jurídicas? En gran medida, es evidente que ello es así... Prueba de ello es que la frase ‘contrato hecho por los jueces’ nos choque, nos parezca equivocada, en síntesis, un ‘solecismo’”, afirmación que acompaña con la manifestación de que: “Tanto ha invadido la ‘autonomía de la voluntad’ la mente del civilista que muchas veces se le escapa que en la práctica los jueces constante y regularmente *legislan contractualmente en lugar de las partes*, impetrando deberes contractuales *no establecidos por ellas*. Y lo que es peor, muchas veces lo hacen *contra contractum*, incluso en contra de la intención de los contratantes”⁽⁴⁵⁾.

Lo anterior explica entonces porque el Dr. Moreno Rodríguez, no sin fundamento, considera que “...el ‘ácido cínico’ —para recordar la frase de Oliver Wendell Holmes, Jr.— que arroja la noción de Atiyah de ‘contratos hechos por jueces’ me parece más que bienvenida para

y, en veces, vacía retórica, desde luego rescatando aquello digno de ser evaluado como positivo y equilibrado, en consideración a que no todo es penumbra, a que no todo es negativo”. JARAMILLO J. Carlos I. Presentación a la monografía del Dr. Carlos Darío BARRERA TAPIAS, *El hecho lícito*, Colección Monografías, núm. 6, Bogotá: Universidad Javeriana, Depalma y Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 26.

Los propios teóricos del denominado, no muy felizmente ‘nuevo derecho’, reconocen la existencia de precisos límites a las doctrinas propuestas; al respecto, *vid.*, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Controles descontrolados y precedentes sin precedentes. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú”, en *Revista de Derecho y Sociedad*, N° 33, 2009; del mismo autor, puede consultarse también el escrito “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy”, en *El canon constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

(45) RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto Moreno, *Contratos hechos por jueces. Cuatro y medio sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato*, ob. cit., T. II, p. 1466 a 1468.

comprender mucho de que lo realmente ocurre en sede de la interpretación de los contratos” y también porque considera el autor, válidamente, que todo ello aumenta el riesgo “...de abrir una ventana demasiado grande para que los jueces ‘hagan los contratos’ e impongan a las partes obligaciones contractuales que estas simplemente no han previsto o querido”, dándosele así cabida al apellidado ‘juez cadí’, vale decir “...aquel que se despoja de las normas establecidas en el derecho racional y las sustituye por su opinión —caso por caso— de lo que *él* considera la solución correcta, ética, justa, religiosa, etc.”⁽⁴⁶⁾.

(46) RODRÍGUEZ ALCALÁ, Roberto Moreno, *Contratos hechos por jueces. Cuatro y medio sugerencias para evadir al juez cadí en la interpretación del contrato*, ob. cit., T. II, ps. 1466 a 1468, quien culmina su idea precisando que “...por más que suene políticamente incorrecto en estos tiempos ‘multiculturistas’, yo no deseo el regreso del juez cadí —mucho menos, en una rama de derecho en la que debe primar la seguridad jurídica, como la de todo contrato”. Acerca del ‘juez cadí’, también puede verse la reciente monografía de Don Luis Díez-PICAZO (El escándalo del daño moral, Civitas, Madrid, 2009), y su prólogo a la obra de Franz WIEACKER (*El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1982, p. 17), en el que puntualiza que la “... idea de un Derecho judicial, que supone una desviación o una ruptura del Derecho legal o legislado, suscita, por lo menos a mí, abundantes dudas desde el punto de vista constitucional, sobre todo cuando la constitución política se funda en el viejo principio de la división de los poderes y cuando al sistema judicial se le encomienda como tarea aplicar y ejecutar las leyes”. Por ello subsiste, anota a continuación el insigne maestro, “...la grave dificultad de diferenciar nítidamente ese Derecho judicial que así se crea de la pura y simple ‘justicia del cadí’. La justicia del cadí es la pura decisión individual que es, aunque sea en el mejor sentido de la palabra, arbitraria. Como se ha dicho algunas veces, no tiene pasado y no tiene tampoco futuro”. *Ibíd.*

Aun cuando este tema ciertamente reviste la mayor significación, motivo por el cual desearíamos abordarlo con mayor detenimiento en el futuro, por lo demás muy ligado con el fanatismo a ultranza de algunos neoconstitucionalistas, baste por ahora hacer énfasis en una idea complementaria esbozada por el referido colega paraguayo, quien apoyado en la ética aristotélica, en particular en las virtudes humanas, y en las ideas contemporáneas de Solum, reflejadas todas ellas en la hierática tarea judicial, tan cara a nuestros afectos, lo reiteramos, anota que la denominada ‘judicatura de la virtud’, “...insiste más el carácter y disposiciones virtuosas del juez que en su formación meramente técnica... o de su ideología”, una de ellas, para simplificar tan interesante la exposición, consistente en la prudencia o razonabilidad judicial, a cuyo tenor: “el buen juez debe tener la sabiduría práctica e poder determinar qué es buen o y qué es malo en cada caso. Se trata de la virtud perenne de la *phronesis* o *prudentia*. El juez prudente ha adquirido la excelencia en los objetivos a perseguir en cada caso concreto; como dice Karl LLEWELLYNG, el buen juez tiene el ‘sentido de situación’ (de ‘contexto’ —*situation sense*); al ubicarse en un caso debe poder entender todas las aristas el mismo para llegar a la mejor solución. Esta virtud debe distinguirse de la del juez que tiene la inteligencia o sabiduría judicial. Este es un maestro del derecho teórico, pero no necesariamente puede saber (o en algunos casos, querer) llevar dicho conocimiento a la práctica.

4. SISTEMAS TRADICIONALES DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. BALANCE DE LA POLÉMICA REINANTE Y REFORMULACIÓN DE LA METODOLOGÍA INTERPRETATIVA

Ahora bien, en punto tocante con los sistemas de interpretación de los contratos, llamados *métodos*, por algunos, suele aludirse en la doctrina especializada a dos grandes sistemas, comúnmente contemplados como antagónicos, en atención a sus aceradas e irreconciliables diferencias —se ha dicho—, especialmente en el terreno finalístico, discusión ésta que se ha originado hace más de una centuria, particularmente luego de la expedición del Código Civil alemán (BGB), el que introdujo en esta materia un viraje al modelo francés, cimentado en el Código Civil de Napoleón de 1804, y posteriormente con la factura de la teoría objetiva —o preceptiva— por parte de un sector de la dogmática italiana, en especial del erudito Profesor Emilio Betti⁽⁴⁷⁾. Tal binomio, está integrado por los llamados sistemas subjetivo y objetivo, los que están muy ligados a la concepción que se tenga del *rol* de la voluntad, en concreto de la autonomía privada.

En otras palabras, en función de la idea que se adopte sobre la arquitectura y el alcance de la autonomía privada⁽⁴⁸⁾, sobre todo en punto tocante con el poder jurídico asignado a la voluntad negocial, los autores se enrolaran en una u otra corriente, o por lo menos mostrarán en sus conclusiones sintonía con los dictados derivados de ellas, de una u otra manera⁽⁴⁹⁾. Ello justificará la adhesión o el rechazo a la búsqueda de la *común intención* de las partes, como prioridad hermenéutico-negocial, tanto más ahora cuanto se le confiere a la referida autonomía privada “...una apreciación favorable renovada”⁽⁵⁰⁾, lo que explica que “...sigue influyendo en las diferentes propuestas y en [el] tema de interpretación esto se puede comprobar de forma muy clara”. Es lo que ha se llamado, luego de un estado de ‘crisis’ o

Sólo el juez, con la debida prudencia judicial, sabe cuando llegar a un determinado resultado... Un juez con todas estas virtudes será siempre respetuoso de la voluntad de las partes, y evitará introducir su opinión disfrazada como una norma jurídica...”. Ídem, ps. 1501 y ss.

(47) Sobre este particular, *vid.*, BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato*, ob. cit., p. 40.

(48) Cf. SCOGNAMIGLIO, Claudio. *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Milano, 192, p. 1.

(49) Cf. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Cuzco, Lima, 1985, p. 228.

(50) GRONDONA, Mauro. La ‘común intención de las partes’ y el principio de la buena fe en la interpretación del contrato, en *Estudios sobre el contrato en general —por los sesenta años del Código Civil italiano—*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 707.

de 'declive' el reverdecimiento o la renovación de la autonomía privada —mejor aún su reformulación—, sin duda de mayúscula valía en la esfera jurídica, en general, y en la interpretación, en particular, en los tiempos que corren, en los que se evidencia que, matizada o ajustada, era necesario, sigue rigiendo a manera de gran puntal. No sin razón, en sede negocial, esta procura esclarecer el alcance del contenido contractual, según el caso, como corolario de la autorregulación de intereses a su específico cargo, motor de la colectividad toda y *ratio* del dinamismo que en el tráfico contractual se palpa, por doquier⁽⁵¹⁾.

Importa mencionar, antes de iniciar la somera descripción de los sistemas subjetivo y objetivo, que esta escisión, a la vez que lectura divergente del acto interpretativo, tiene lugar en tratándose de los países de origen continental, en atención a que en los inmersos en el *Common Law*, la interpretación del contrato es objetiva, por excelencia, dado el concepto y alcance disímiles respecto del fenómeno negocial, pues como bien lo memora la profesora española María Serrano Fernández, "...los sistemas de *common law* sitúan la esencia del contrato no ya en el mero acuerdo de voluntades, sino sobre todo el resultado de esa promesa que queda garantizada. En consecuencia, el intérprete no ha de investigar la voluntad de las partes sino fundamentalmente hechos exteriores a la declaración; por ello, la solución anglosajona es la de una interpretación de carácter objetivo basada en el parámetro del *reasonable man*." Por eso, concluye la autora, "...el *civil law* y el *common law* parecen defender nociones de contratos no equivalentes entre sí, proyectándose dichos conceptos sobre el modo de concebir la tarea del intérprete"⁽⁵²⁾.

(51) Incluso autores tan distinguidos como el Profesor Jorge LÓPEZ SANTAMARÍA, que aboga por una concepción objetiva de la interpretación del contrato, reconoce que "...no es posible aseverar que está obsoleta, ya que prosigue inspirando y explicando algunas instituciones del derecho de los contratos, y todavía no surge en el mundo aquel conjunto completo de reglas, constitutivas de otra doctrina coherente, sustitutiva de la autonomía de la voluntad". "Auge y deterioro de la libertad contractual", en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 1963-2003*, T. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 309.

(52) SERRANO FERNÁNDEZ, María. Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos, Tiran lo Blanc, Valencia, 2005, ps. 23 y 287. De igual forma, con provecho, véase el estudio del doctrinante italiano, VIGLIONE, Filippo. *L'interpretazione del contratto nel common law inglese. Problemi e prospettive*, en *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, Milano, 2008, ps. 133 y ss. También puede consultarse el libro del profesor BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, Thomson, Wayne, ps. 395 y ss.

4.1. Sistema subjetivo

El primero de ellos, como pudo esbozarse en precedencia, hunde sus raíces en el vívido deseo de identificar y de fijar el contenido de las distintas estipulaciones que, articuladas, revelen la común intención de las partes contratantes (interpretación psicológica o subjetiva).

Dicha intención, en consecuencia, se traduce en el epicentro de la tarea asignada al hermeneuta, en el nervio y norte de su laborío, toda vez que a ello apuntará su averiguación. De ahí que en la doctrina, igualmente, se tilde a este esquema de 'voluntarista', en atención al sustrato que le sirve de apoyatura. Como lo recuerda el doctrinante francés Alfred Rieg, este sistema se "esfuerza por la búsqueda de la voluntad real del autor del acto"⁽⁵³⁾, particularmente la *común intención* o *voluntas spectanda*, sin conformarse con la sola voluntad manifestada, toda vez que como lo preconiza el Profesor Christian Larroumet, en estos supuestos "La interpretación del contrato, por principio, es una interpretación de la voluntad común de las partes, es decir, que es conveniente determinar lo que ellas han querido conjuntamente y no sólo lo que hubiera querido una sola de ellas y la otra no lo hubiere aceptado"⁽⁵⁴⁾, lo que supone remontarse a la fuente generatriz: la verdadera voluntad interpartes.

El método o sistema subjetivo, conocido igualmente con la expresión de método clásico o tradicional, en mayor o menor medida, es seguido por los países que, como Chile y Colombia, en esta materia, siguieron muy de cerca el Código Civil francés, el que a su turno, como se observará, se apoyó básicamente en las reglas edificadas por R. J. Pothier, quien a su vez se había inspirado en la obra de J. Domat, a la par que en las sapiencias máximas del Derecho romano clásico, y claro está, en las doctrinas auspiciadas por la escuela clásica del derecho natural, tan proclives a la defensa del principio de la autonomía de la voluntad.

La norma que sirve de estribo a este sistema en el Código de Napoleón —el que recientemente cumpliera sus primeros doscientos años de fecunda existencia, en prueba de la valía del mecanismo de la codificación, rectamente entendido, y no de la supuesta crisis que

(53) Alfred RIEG, "Le role de la volonté dans l'acte juridique», en *Droit civil français y allemand*, LGDJ, París, 1961, 357.

(54) Cristian LARROUMET, *Teoría general del contrato*, vol. I, Temis, Bogotá, 1999, p. 112. Cf. STOLFI, Guiseppe. *Teoría del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 285.

algunos ilusoriamente le atribuyen— es el artículo 1156, a cuyo tenor: “En los contratos se deberá averiguar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que atenerse al sentido literal de las palabras”, norma que en este punto inspiró a muchos otros ordenamientos de la época, y también del siglo XX, inclusive considerados muy modernos, como el italiano de 1942, y el de Québec de 1991, entre otros más como observaremos.

En el Derecho colombiano, ya lo hemos tangencialmente señalado, este precepto incidió directamente en la factura de nuestro artículo 1618 del Código Civil, a cuyo tenor “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, precepto con arreglo al cual la *communis opinio* nacional enrola al Derecho civil colombiano en el sistema subjetivista, por antonomasia.

Por ello el Derecho patrio milita pues en este esquema subjetivo, tal y como se desprende de los antecedentes de nuestro Código Civil, al mismo tiempo que de las normas que informan el título XIII de su Libro Cuarto, en concordancia con otras disposiciones inmersas en la referida codificación y en la mercantil del año 1971, conforme lo reconoce la doctrina vernácula, y también la chilena que del tema se ocupa⁽⁵⁵⁾, sin que ello se oponga, se anticipa, a que *sub conditione*, el Código consigne sendas reglas de carácter objetivo —de aplicación subsidiaria, claro está—, que es otra cosa diferente. Es en este sentido que debe entenderse la jurisprudencia de la Corte, a cuyo tenor “*es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual*”⁽⁵⁶⁾.

Análogo comentario cabe hacer de otras legislaciones y proyectos inmersos en el *Civil Law*, tanto del siglo XX, como del XXI, toda vez

(55) Véase, entre otros, a Ricardo URIBE OLGUIN quien expresa que: “El Código colombiano, el chileno y francés, entre otros, adoptaron en materia de interpretación del contrato lo que la doctrina llama el sistema de *voluntad interna*, por oposición al de la *voluntad declarada...*”. *De las obligaciones y el contrato en general*, Temis, Bogotá, 1982. Cf. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, ob. cit., p. 411. GONZÁLES GOMÉZ, Eudoro. *De las obligaciones en el derecho civil colombiano*, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1981, p. 74. TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1990, p. 105, y a BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. *Las obligaciones en el derecho moderno*, Temis, Bogotá, 2004, p. 187.

(56) Sentencia de 1º de agosto de 2002; Exp.: 6907, Magistrado Ponente, Dr. Jorge Santos Ballesteros. Ya en el año 1970, la misma Corte, recordando su propia jurisprudencia en la materia, indicó que “...la interpretación consiste en averiguar la real intención de los contratantes” (Sentencia del 12 de junio de 1970, Magistrado Ponente, Dr. Guillermo Ospina Fernández).

que en el *Common Law*, como se anticipó, esta bipartición no tiene cabida, en la medida en que en los países que se inscriben en este último la interpretación que se lleva a cabo por el intérprete es objetiva, dadas las particularidades del régimen contractual de los ordenamientos que militan en ese último sistema.

4.2. Sistema objetivo

El segundo de los referidos sistemas, apellidado objetivo, a diferencia del que antecede, *recta via*, reclama la búsqueda de la voluntad declarada, desprovista de todo rastreo de índole subjetivista —o psicológico—, de suerte que la *intentio* tendrá algún sentido y significado, en tanto en cuanto lo expresado, lo exteriorizado por los agentes, realmente la revele.

En este método, por lo tanto, el eje central estriba en la declaración de voluntad, en su elemento externo propiamente dicho, lo que le ha merecido el nombre de sistema ‘declaracionista’, por oposición al ‘voluntarista’, ya reseñado, habida cuenta que procura establecer el contenido del contrato a través de la voluntad declarada, esto es la que se hace cognoscible externamente, o sea de cara los demás, trascendiendo el eslabón precedente, es decir el de la mera configuración volitiva. A este respecto, con convicción suma, afirma el Profesor Emilio Betti, que “...sólo pueden constituir objeto de interpretación relevante para el Derecho los comportamientos exteriormente reconocibles en el mundo social, y no, en cambio, una voluntad que se haya quedado en el mero hecho psíquico, sin alcanzar una objetivación adecuada...”⁽⁵⁷⁾.

De lo dicho, fácilmente se desprende que la finalidad de la interpretación en este sistema, como tangencialmente lo pincelamos al momento de ocuparnos de la teleología hermenéutica, reside en el hallazgo y ulterior esclarecimiento de la ‘voluntad declarada’, o como mejor lo expresara el Profesor de la Universidad de Colonia, Heinrich Lehmann, “...La finalidad de la interpretación es obtener la verdadera voluntad del que emite la declaración, tal como resulta de su conducta externa, conscientemente elegida, juntamente con todas las circunstancias externas del caso concreto...”, razón por la que concluye afirmando que “...No es finalidad de la interpretación el averiguar la verdadera voluntad interna que no ha llegado a expresarse. Objeto de

(57) BETTI, Emilio. “Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico”, en *Teoría general del negocio jurídico, 4 estudios fundamentales, obra colectiva*, Ara Editores, Lima, 2001, p. 65.

la interpretación es solamente el supuesto de hecho externo de la declaración de voluntad...”⁽⁵⁸⁾.

Su carta de ciudadanía, en lo que a la codificación se refiere —sin perjuicio de que muchos sostienen con razón que el Código alemán, en puridad, no consagró un sistema objetivo, sino subjetivo, objeto de puntual interpretación por parte de la jurisprudencia y de la doctrina en el sentido advertido de sesgo objetivista—, se ha encontrado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en el Código Civil alemán, interpretación que, prohijando un concepto divergente, hace gravitar todo el sistema alrededor de la declaración de voluntad, como se acotó, la que por tener “...un valor en sí misma, debe tomarse tal como es, aislada de la idea de donde naciera, para interpretarla a la luz de los usos admitidos en negocios”, en forma tal que: “No se tiene en cuenta la intención de las partes, sino en cuanto se concreta en la fórmula; por lo demás, es la voluntad social la que opera, tal como es apreciada por el juez”, hasta el punto que el contrato, “como fenómeno social, es interpretado socialmente, en un sistema objetivo e intrínseco”, a voces del Profesor L. Josserand⁽⁵⁹⁾.

El artículo 133 del Código Civil alemán, encargado de disciplinar la materia en referencia, textualmente reza que: “En la interpretación de la declaración de voluntad ha de darse preferencia a la voluntad real sobre el sentido literal”.

Quienes abogan por este sistema en su estado de máxima pureza (puramente objetivo), rechazan la investigación psicológica por estimar que es un expediente impreciso, a la par que arbitrario, fundamentalmente por especulativo. Por ello prefieren acudir a la voluntad declarada y a factores ajenos a la voluntad, en sí misma considerada, para darle cabida a una hermenéutica de tipo finalística, *a fuer* que abstracta⁽⁶⁰⁾.

(58) LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil. Parte general*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 305. Cf. ENNECERUS, Ludwin. *Derecho civil. Parte general*, T. I, vol. II, Segunda Parte, Bosch, Barcelona, 1981, ps. 796 y 797.

(59) JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, EJEA, Buenos Aires, T. II, vol. I, 1950, p. 175.

(60) Según lo expresa el Profesor uruguayo, Gustavo ORQUIDI C. “Los objetivistas apuntan a interpretar en atención al fin, a la función natural del contrato, enfocado lo declarado en forma abstracta. Se considera lo que hubiera entendido un tercero imparcial y de buena fe sin que sean relevantes ni la voluntad interior ni los intereses particulares. Se da un importancia esencial a la declaración de voluntad: ésta, vista por la partes o por terceros, genera una expectativa, crea una confianza en el destinatario que es preciso proteger”. *Interpretación del contrato en el régimen uruguayo*, ob. cit., p. 343.

4.3. Críticas a los dos sistemas; balance general de la controversia reinante y reformulación de la metodología interpretativa. Estado de la cuestión

Ambos sistemas, bien puede intuirse, han arrancado numerosos aplausos, y también han sido blanco de puntuales y ácidos ataques en el Derecho comparado, así como objeto de consagración o disciplina legislativa. Los detractores de uno y otro, están a la orden del día, en un tema que, a juicio de un sector de la dogmática jurídica, ha sido mal planteado, a la par que objeto de encendidos y pasionales debates, íntimamente conectados con la visión y con la función asignada al negocio jurídico, campo en el cual existe una enconada controversia, desde hace más de siete décadas, origen de la que nos ocupa en este escrito, pues son temas que no se pueden soslayar, ni menos relativizar, aun cuando tampoco exagerar. Muy por el contrario, están estrechamente intercomunicados, hasta el punto que la posición que se tenga en torno al primer aspecto (arquitectura y teleología del negocio jurídico), de suyo basilar, irradiará indefectiblemente al segundo, vale decir la temática hermenéutica. Al fin y al cabo, la interpretación del negocio, y del contrato, en particular, no es más que una de sus aristas, y manifestaciones, por de pronto una de sus más trascendentes, pues éste se hará tangible, *lato sensu* y, por ende, relevante funcionalmente, a partir de la interpretación que, *recta via*, de él hagan las partes, o en su defecto, según el caso, de un tercero: el juez, por vía de ilustración. Sus efectos en la *praxis*, en gran medida, estarán pues sujetos al resultado hermenéutico pertinente, pues una vez interpretado ellos serán establecidos, en uno u otro sentido.

Quienes abogan por el sistema objetivo, a ultranza, entienden que en el sistema tradicional, "...el intérprete es concebido más como un sicólogo que como un jurista", por aquello de la búsqueda de la voluntad interna de los contratantes, olvidando que "las voluntades de los seres humanos son frágiles, contradictorias, inestables, caprichosas, incluso arbitrarias", por lo que "incomoda el espíritu la concepción de los contratantes forjada por el método subjetivo de interpretación", razón por la cual "es un engaño de la teoría clásica insistir en la búsqueda de intenciones comunes allí donde sólo pueden encontrarse intenciones divergentes"⁽⁶¹⁾.

(61) LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. *Los contratos, Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, ps. 351 y 352. En igual sentido, en otra de sus obras intitulada *Sistemas de Interpretación de los contratos*, Ediciones Universitarias Valparaíso, 1971, ps. 1102 y 103, destacado autor que, no obstante prohiar el referido criterio,

A su turno, quienes se enrolan en el esquema subjetivista —pleno o matizado—, precisan que no es de recibo admitir que, a pretexto de una búsqueda abstracta y, por tanto, desconectada de la realidad histórica, se imponga un escrutinio por entero ajeno a lo querido por los convencionistas, arquitectos privativos del *pactum*, lo cual puede aparejar graves distorsiones. En este sentido, el catedrático de la Universidad de Asunción, Luis de Gasperi, enfatiza que: “Conviene precaverse contra las exageraciones de escuela y examinar con cuidado las conclusiones de la teoría de la declaración antes de aceptarlas sin estar preparados para sufrir sus consecuencias. Ella cuenta sin duda, con la adhesión de juristas eminentes... pero no siempre las teorías nuevas traducen, en la práctica, una idea de progreso”⁽⁶²⁾.

Crítica similar, en el Derecho francés, había hecho en su oportunidad el recordado Profesor Julián Bonnecase, quien sin ambages, aludiendo a la doctrina que pretende “...separar del acto jurídico, la voluntad personal de sus autores, y confiar al juez la misión de determinar su alcance”, concluye que esta visión “...sólo puede producir en las relaciones diarias, la incertidumbre más lamentable y nociva”, lo que explica que este punto de vista “...no pueda ser defendido racionalmente”, y que “...a gusto de cada quien, se pueda calificar semejante doctrina de anárquica o autocrática”⁽⁶³⁾.

Entre nosotros el Profesor Guillermo Ospina Fernández, con su acostumbrada agudeza y autoridad, tuvo ocasión de indicar frente al esquema en mención que: “este curioso sistema de hermenéutica conduce a que la voluntad de los agentes, en la cual el legislador delega sus poderes para la regulación de los intereses de ellos, se sustituye por el criterio que el juzgador se forme de la finalidad sociológica a que la declaración, único contenido del acto, deba responder. Así se remplace el postulado de la autonomía de la voluntad privada por el de la arbitraria soberanía judicial”⁽⁶⁴⁾.

señala que en este punto “otra es la realidad en la actual legislación y jurisprudencias chilenas” (*Ibíd.*, p. 354).

(62) DE GÁSPERI, Luis. *Tratado de derecho civil. Teoría general de los hechos y actos jurídicos*, TEA, Buenos Aires, 1964, p. 161.

(63) BONNECASE, Julián. *Elementos de derecho civil*, T. I, Cárdenas Editor, Tijuana, 1985, ps. 172 y 173.

(64) *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, Temis, Bogotá, 1980, p. 411. Criterio similar revela el doctrinante Ricardo URIBE HOLGUÍN, según el cual “Hoy debe hacerse valer más, entre los contratantes, la realidad que la apariencia, lo que ellos quisieron decir y a veces no lo dijeron o lo expresaron mal... Las manifestaciones externas de las partes pueden ser engañosas, pueden traicionar su pensamien-

Como se aprecia, ni por asomo, hay acuerdo en la dogmática jurídica sobre este punto, en particular. Tanto que las posturas son muy disímiles, sin perjuicio de algunas tesis que han procurado conciliarlas, mediante la factura de posiciones intermedias. Lo cierto, es que ninguna de ellas, en su estado más extremo, a la vez que radical, de una parte, remedian la problemática interpretativa y, de la otra, están exentas de reparos, riesgos y peligros⁽⁶⁵⁾. Quizá por ello los legisladores, en el común de los casos, queriéndolo o no, terminaron por consignar criterios de uno y otro temperamento, o sea subjetivos y objetivos, más allá de que la regla áurea se circunscriba a la búsqueda del contenido del negocio jurídico, a través de la reconstrucción de la común intención, bien entendida, esto es no circunscribiéndola a la averiguación pura y exclusivamente psicológica, por la potísima razón de que la misión del intérprete no es la de fungir como psicólogo, entre otras razones por cuanto penetrar con en el fuero interno de las personas, en el terreno de lo verdadera e íntimamente deseado, que no es lo que se pretende cuando se establece que es necesario buscar la común intención, *stricto sensu*, como ya se indicó. He aquí plasmada otra de las exageraciones de algunos de los objetivistas puros, por cuanto dicha intención, sí puede establecerse a través de diversas maneras, muy distintas de la simple y llana penetración a la mente de los agentes del negocio, asumiendo el supuesto rol de psicólogo, como irónica o exageradamente lo sugieren los mencionados objetivistas natos, lo que obviamente es imposible, y que puesta así, luce inalcanzable. Sólo Dios, se ha dicho, es quien puede escrutar nuestros verdaderos designios.

to y su voluntad reales. De ahí que me parezca acertada la disposición del artículo 1618 de nuestro código". *De las obligaciones y del contrato en general*, Temis, Bogotá, 1982, p. 246.

(65) Cf. MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre. *Les obligations*, T. I, Sirey, París, 1988, p. 254.

No deberán entonces pregonarse posiciones por completo extremas, a sabiendas, de un lado, que como lo recuerda el profesor Jorge Baraona González, es conveniente evitar "...toda interpretación que penetre en la ignota zona de los deseos, pues para determinarlos debería presumirse o investigar una intención muy difícil de conocer y le damos al juez una labor de psicólogo, más que de juzgador imparcial y objetivo..." ("La interpretación de los contratos en Chile: un panorama doctrinal", en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. II, Grijley, 2007, ps. 1268 y 1269 y, de la otra, que como igualmente lo realza el también profesor chileno, Carlos PIZARRO WILSON, hay casos en donde es aconsejable acudir a la objetivación de la labor hermenéutica, pero aun así "... hay que evitar caer en la arbitrariedad" ("La interpretación de los contratos en el Código Civil chileno. Dos problemas particulares: las obligaciones accesorias y las condiciones generales", en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, ob. cit., p. 1251).

El hecho de que el sistema subjetivo propenda primordialmente por el establecimiento del contenido real del contrato mediante la búsqueda de la ‘común intención’ de los contratantes, ello es importante, no supone la proscripción radical de reglas de índole objetiva, como quiera que en los sistemas de talante subjetivista, como tendremos ocasión de precisar en su oportunidad, también existen reglas de carácter objetivo, tal y como tiene lugar en el Derecho francés, en el chileno, en el colombiano, en el italiano y en muchos otros de raigambre romano-francés, sin que por ello, *in radice*, la tendencia subjetivista se desdibuje, en sí misma considerada, en la medida en que se aplican cuando se torna inviable rastrear dicha ‘común intención’.

El mismo Pothier, como lo reseñaremos, incluyó algunas de ellas en su memorable Tratado de las Obligaciones, de tanto influjo en los redactores del Código Civil francés⁽⁶⁶⁾ y, de paso, en buena parte de los codificadores decimonónicos y en algunos de la centuria anterior, tildados de subjetivistas —o voluntaristas—⁽⁶⁷⁾, entre ellos don Andrés Bello, nuestro célebre —y real— codificador, y otras codificaciones de la misma época, como la comercial argentina de 1862 —ya que la civil no se ocupó del tema—. Lo propio sucede en tratándose de modernas codificaciones modélicas, como la italiana, en la que igualmente convergen ambos tipos de reglas: las subjetivas y las objetivas, en muestra de que no es posible, ni aconsejable prescindir de ellas⁽⁶⁸⁾. No en bal-

(66) El Código Civil francés, ciertamente, es un buen ejemplo de esta positiva actitud legislativa, según lo atestigua “la doctrina francesa moderna”, pues como lo comenta Alfred RIEG, ella se inclina “por la búsqueda, ante todo, de la voluntad de los autores del acto”, de suerte que “si esta búsqueda no da resultados se aplicarán las reglas objetivas de interpretación formuladas por el Código Civil”. *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique —en droit civil français et allemand—*, ob. cit., p. 367. Similar criterio es expuesto por Gérard Farjat. *Droit privé de l’économie. Théorie des obligations*, Presses Universitaires de France, París, 1975, p. 313. *Vid.*, DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le Droit public et legum delectus*, T. I, París, 1777, p. 21.

(67) Como anticipadamente lo señalan los Profesores Luis Díez-PICAZO, y Antonio GULLÓN: “Si la voluntad real de las partes, su voluntad concreta común no es posible obtenerla plenamente con arreglo a las normas estudiadas en el epígrafe anterior, el intérprete debe buscar una voluntad abstracta, una voluntad que presumiblemente tuvieron al concluir el contrato, según sus circunstancias de objeto, naturaleza y lugar”. *Sistema de derecho civil*, T. II, Tecnos, Madrid, 1978, p. 62.

(68) Cf. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 427; TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*, T. II, ob. cit., p. 195, y TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 195. Massimo BIANCA explica también cómo el Código Civil italiano contiene disposiciones relativas a ambos sistemas de interpretación; al respecto, explica que, frente a los

de, en esta materia, el intérprete debe gozar del mayor número de herramientas que contribuyan al buen suceso de su tarea, lo que justifica que el legislador no proscriba ningún tipo.

Por ello, aún en sistemas inicialmente subjetivos, de antaño campean reglas objetivas que coadyuvan a la consecución del propósito cardinal de la interpretación. Tiene entonces razón el Profesor Jaime Santos Briz cuando refiriéndose al sistema español, similar al nuestro, precisa que este “...sigue el sistema casuista del Código de Napoleón”, lo que explica que sea procedente “indagar en cada caso la verdadera intención ‘de los contratantes’. Es subjetivista en este sentido... ya que todos los códigos tratan de indagar la voluntad real de las partes. Pero no puede decirse que sea subjetivista en cuanto a los medios a utilizar para indagar la voluntad común”⁽⁶⁹⁾.

En lo que a nosotros concierne, sin perjuicio de reconocer que en determinadas hipótesis —muy especiales— el sistema puramente subjetivista puede resultar ilusorio e incluso en concretas ocasiones frustráneo, toda vez que puede tornarse en quimérico el propósito de bucear por el pasado negocial, con el objeto de reconstruir la regla *ex contractu*, estamos convencidos que, aún siendo el principio rector el que propende por auscultar la intención de los contratantes, este puede resultar impotente para dicho efecto, según las circunstancias, en cuyo caso será menester no claudicar en esta tarea, en ese *nobile officium*, para lo cual acudir a las pautas objetivas será necesario, amén de conveniente, eso sí siempre con mesura. Por eso, desde este ángulo, puede decirse que ambos sistemas o métodos existen y se tornan aplicables, de acuerdo con el *casus*, pues no es problema de extremos: el día, o la noche, ni de colores: o blanco o negro, como si todo debiera pintarse de uno o de otro color. De lo contrario, en sede judicial, se

dos grupos de normas contenidas en el referido Código, la doctrina tiene establecido que “...el primer grupo de normas se refieren a la interpretación llamada subjetiva, que se dirige a desentrañar la intención común de las partes, de conformidad con el principio de fondo de la interpretación del contrato. El segundo grupo de normas se refiere, por el contrario, a la interpretación conocida como objetiva, la cual pretende fijar el significado del contrato cuando es dudosa la intención común de las partes: en este caso, el significado del contrato se conforma a los cánones legales, marcados fundamentalmente, por la conservación del acto, la tipicidad y la equidad...”. BIANCA, Massimo. *Derecho Civil. El contrato*, ob. cit., ps. 441/442. Cf. Corte de Casación italiana, Casación N° 4815, de mayo 13 de 1998 y casación 4864, de julio 28 de 1980.

(69) SANTOS BRIZ, Jaime. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 172. Cf. Jorge MOSSET ITURRASPE. *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1984, p. 267.

generará una simple y llana denegación de justicia, lo que es inadmisibile, con mayor razón en los tiempos que corren, caracterizados por un esfuerzo enorme del Derecho procesal para que ello no acontezca, escoltado por el Derecho constitucional y por las demás ramas del derecho sustancial aplicables.

Con ello, empero, no estamos estimulando la interpretación típica y excluyentemente objetiva, por cuanto se nos antoja no sólo extraña a nuestro ordenamiento positivo, sino también susceptible de propiciar serias disfunciones, sobretodo en la esfera ontológica, habida consideración que el intérprete, a la postre, terminará imponiendo su clausulado, y no respetando el adoptado por los *dominus negotii*, vale decir los que, genuinamente, esculpieron el mármol contractual, según ya lo pusimos de manifiesto en otro aparte.

Este no es un problema de modas, o de modernismo doctrinal, en atención a que no debe olvidarse que lo que hoy es censurado, mañana puede llegar a ser regla sapiente y orientadora, por antonomasia y viceversa. Por eso, preferimos adoptar una línea más moderada y si se quiere ortodoxa, antes que raudamente lanzarnos al ruedo de los conceptos aparentemente novísimos, cegados por lo que con fuerza impera en el medio, más por repetición y esnobismo, que por convicción real. Es así como la aplicación irrestricta del criterio objetivo, secundada por algunos doctrinantes, genera el "...peligro de sacrificar la verdadera determinación de las partes", nada menos que el sustrato negocial, pues no puede olvidarse, aún por los objetivistas más recalcitrantes, que el negocio se moldea en virtud del intercambio de voluntades, las que no es conveniente buscar en la estratosfera contractual, porque como lo reseña el doctrinante Federico de Castro y Bravo, no puede desconocerse que "...la doctrina declaracionista se sale de la función propiamente interpretativa, cuando atribuye condición de declaración de voluntad a lo que se sabe que no fue querido"⁽⁷⁰⁾, tornándose el ejercicio hermenéutico más que interpretación del contenido *ex voluntate*, en mera imposición, en una especie de odiosa dictadura a cargo del intérprete, con el pretexto de hallar a todo trance una voluntad acorde con el deber ser, olvidando que muchas veces lo pactado fue el ser. He ahí la importancia de interpretar con medida y prudencia, a fin de evitar desbordamientos que, por plausibles que pudieren parecer, muy especialmente en un Estado social de derecho, no dejan de constituir extralimitaciones, en razón de que el hermeneuta está sujeto a límites

(70) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 77.

que debe acatar, so pena de desdibujar su oficio. Ello, sin embargo, no se opone a que se tenga en cuenta la buena fe, y que se reconozca el indiscutido *rol* social asignado a la autonomía privada, en particular al contrato, uno de sus instrumentos más emblemáticos.

No se equivocan algunos autores contemporáneos que, al margen de la atrapante ‘moda’ de la segunda mitad del siglo pasado, no se rinden incondicionalmente a los pies del sistema privativamente objetivo, al aseverar que el procedimiento interpretativo se caracteriza por el “...intento de establecer el significado de la regla expresada por el contrato sobre la premisa de la identificación de los propósitos que han inspirado a los autores de tal regla. A veces este propósito puede ser identificado con certeza, otras veces con relativa verosimilitud. Con todo, el fin de la interpretación y su óptimo resultado siguen siendo los del ‘descubrimiento de la voluntad...’⁽⁷¹⁾.”

En compendio, ninguno de los dos sistemas, en su estado de máxima pureza, asegura una interpretación inmaculada y, por tanto, absolutamente veraz e infalible del contenido *in negotio*. Sólo acudiendo a las reglas de una y otra estirpe, según las circunstancias, será posible recrear esa ‘regla contractual’ a la que hemos aludido, en la inteligencia de que para lograrlo no podrá desdeñarse el rastreo de la ‘común intención,’ la que no puede ser satanizada o desterrada, únicamente bajo el argumento que el contrato hoy es *res publica*, por llamarlo de esa manera —o de acentuada incidencia social—, lo que equivale a establecer un resultado tan abstracto e ideal y, de paso irreal, figurado y generalizado, que para nada se asemeje a lo pretendido remotamente por los extremos de la relación jurídica, sus reales artesanos.

En este último sentido, el profesor Emilio J. Urbina Mendoza, aludiendo al ordenamiento venezolano, luego de haber efectuado un recuento del alcance y significado de ambos sistemas tradicionales, observa con razón que: “...poco importa la exactitud matemática de la interpretación —tipo more geométrico cartesiano— así como el resbaladizo camino de los laberintos psicológicos que infringen una tiranía volitiva sobre el juez. En Venezuela, siguiendo la tradición histórica europea, se asume los dos métodos descritos, complementándolos, para así lograr una cabal interpretación”⁽⁷²⁾.

(71) BATTISTA FERRI, Giovanni. *El negocio jurídico*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 406.

(72) URBINA MENDOZA, Emilio J. “La interpretación de los contratos en la jurisprudencia venezolana. Análisis jurisprudencial de los paradigmas hermenéuticos aplicados a lo largo de la historia republicana (1875-2005)”, ob. cit., p. 2318.

Nosotros, en consecuencia, no nos oponemos a la interpretación objetiva del contrato, a condición de que ella sea haga razonablemente, como lo demanda la prudencia y el buen juicio, y como lo sugiere un novísimo sector de la moderna doctrina —incluidos varios proyectos y textos de regulación internacional de los contratos como lo mencionaremos más adelante en detalle—, y desde luego cuando se agote la posibilidad de hallar la ‘común intención’ de los contratantes, de lo que se desprende que a ellas se debe acudir ulteriormente, según el caso (subsidiariamente), pero no de modo directo, principal y excluyente (*in primis*), sino en forma subsidiaria, se insiste, luego de que se recorra el *iter* pertinente. Al fin y al cabo, como se examinará en aparte posterior, el entramado hermenéutico está precedido por un orden, y signado por una jerarquización, no siendo entonces posible la aplicación de cualquier sistema, indistintamente, y cualquier regla de interpretación, *per se, o ad libitum*, excepción hecha de los contratos predispuestos para algunos, en los que a su juicio no es necesario agotar dicho orden, consideración no exenta de —acerada polémica, sobre todo en las naciones en donde no milita una norma jurídica que así lo autorice, o que por lo menos no lo impida, ora directa, ora indirectamente.

Somos pues muy conscientes de las bondades de estas reglas objetivas, las que deberá aplicar el intérprete, *sub conditione*, en procura de elucidar el contenido del contrato, imperativo deber radicado en cabeza suya, en el entendido que será el *casus*, se reitera, el que justificará su real aplicación, por lo que será necesario atender las circunstancias individuales que rodean a cada contrato, en particular, con miras en no generalizar —y menos dogmatizar—, actitud tan común, pero no por ello menos errónea e impropia. Bien anota el estudioso Profesor Fernando Hinestrosa que es aventurado “...hacer primar un criterio de antemano, sin atender las necesidades y datos propios de la situación examinada...”, en la medida en que “...cada caso posee sus propios lineamientos y el juez usará uno y otro método [subjetivo y objetivo], según su buen criterio...”⁽⁷³⁾, consideración que aún rige de cara a los llamados contratos por adhesión, conforme lo estima el acucioso Profesor Jorge Mosset Iturraspe, entre otros más, criterio que compartimos, sin perjuicio de la polémica reinante en la materia, de la que tangencialmente nos ocuparemos más adelante⁽⁷⁴⁾.

(73) HINESTROSA, Fernando, *Derecho civil. Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964, p. 323.

(74) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Interpretación económica de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 84 y ss. Cf. GRONDONA, Mauro. “La ‘común intención de las partes’ y el principio de buena fe en la interpretación del contrato”, en

Tienen entonces entera razón los distinguidos profesores españoles, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón B., cuando en la cuarta edición de su importante *Sistema de Derecho Civil*, haciendo hincapié en la necesidad de articular ambos esquemas, indican que “...la interpretación negocial es una función de gran amplitud que no debe desestimar ningún criterio (interpretación objetiva y subjetiva) para su desarrollo. Sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiriera la declaración de voluntad para el ambiente y la conciencia social (interpretación objetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de determinada situación (compraventa, arrendamiento, etc.) entre las partes, normativa de sus intereses. Al negocio, en consecuencia, habrá que atribuir el significado correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento que se concluya (inter-

Estudios sobre el contrato en general, Ara Editores, Lima, 2003, p. 716. En la misma dirección, más recientemente, el autor argentino Ariel Ariza, quien tras de ocuparse de la llamada interpretación típica de los contratos predispuestos en los que media adhesión de una de las partes, anota que nada impide “...que en la interpretación de la cláusula general se miren las circunstancias del negocio, para vincular la normativa contractual al contexto en el que ella tiene que tener aplicación. En particular no nos parece admisible marginar de la interpretación en este tipo de contratos la consideración de la realidad del caso”. *Interpretación de los contratos*, Hammurabbi, Buenos Aires, 2005, p. 206.

A análoga conclusión arriba un importante sector de la doctrina europea que se ha ocupado del tema de la interpretación de las condiciones generales. Al respecto, *vid.*, entre varios, a ALFARO A. Jesús. *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 297, quien concluye que, sin distinción, “...todas las circunstancias que individualizan el contrato han de ser tenidas en cuenta en el proceso de interpretación” de dichas condiciones. En contra buena parte de la dogmática alemana, *vid.*, LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*, ob. cit., p. 468.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, sin ocuparse *in extenso* del tema, deslizó la idea de que en tratándose de los contratos por adhesión celebrados con arreglo a condiciones generales. Es así como recientemente, en fallo del 4 de noviembre de 2009, puntualizó que: “*Para no ahondar en fatigosas y complejas disquisiciones, que no vienen al caso, sea oportuno resaltar que en punto del discernimiento de las estipulaciones predispuestas la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetiva (particularmente la norma del artículo 1618 del Código Civil), en cuanto están enderezados a descubrir la común intención de los contratantes, se atenúan y desdibujan, cabalmente, porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario; por el contrario, cobran especial relevancia, algunas pautas objetivas, particularmente, la regla contra proferentem, que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante (artículo 1624 ibídem)*”.

pretación subjetiva). El método de interpretación objetivo es complementario o subsidiario del subjetivo”⁽⁷⁵⁾.

Elocuente, sobre este mismo particular, es el reputado Profesor de la Universidad de Génova, Vincenzo Roppo, quien en los albores del presente siglo, como corolario de la decantación de las doctrinas *sub examine* —en veces planteadas con exacerbada pasión y acendrado ardor durante los últimos años de la primera mitad del siglo pasado y los primeros de la segunda—, igualmente coincide con la conveniencia de darle cabida a ambos tipos de interpretación, pues no siempre es posible, por diferentes razones, encontrar fielmente la ‘*común intención de las partes*’, en cuyo caso “...entrarán en juego las reglas de interpretación objetiva...”. De igual modo, explica que: “Entre las dos clases de reglas existe una jerarquía. Primero se aplican las reglas de interpretación subjetiva. Sólo después, y sólo en el caso de que no hayan podido revelar la común intención de la partes, se pasará a aplicar las reglas de interpretación objetiva...”. Dicho de otro modo, “las reglas de interpretación objetiva, tienen un valor subsidiario respecto a las reglas de interpretación subjetiva”, lo que explica, en opinión del mismo autor —que compartimos—, que “...el primado de estas últimas refleja el *rol prioritario de la voluntad de las partes en la construcción del reglamento contractual*”⁽⁷⁶⁾, idea que ya habíamos esbozado con anterioridad.

Diáfano, del mismo modo, es el profesor argentino Héctor Alegría, cuando apoyado en el gran jurista de la misma nación, Carlos Cossio, padre de la afamada teoría egológica del Derecho, recuerda que en el campo del método no es muy propio aludir a “...una pretensión hegemónica”, lo que explica que “...el legislador no ha seguido un método único”, hecho que justifica que las pautas legales de interpretación “...puedan afiliarse a uno u otro...” sistema, “...según las circunstancias”⁽⁷⁷⁾.

(75) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1985, p. 149. Cf. ORDOQUI, Gustavo. *Interpretación del contrato en el régimen uruguayo*, ob. cit., p. 344.

(76) ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, ps. 469 y 470.

(77) ALEGRÍA, Héctor. “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”, en *Tratado de la interpretación del contrato*, T. II, Grilje, Lima, 20007, p. 65.

Esta misma idea había sido ya expuesta con plena caridad por los profesores Francois TERRÉ, Philippe SIMLER e Yves LAQUETTE, al precisar respecto del Derecho francés, que “...el derecho positivo no adopta uno u otro método en forma exclusiva; él los combina, pues de hecho son complementarios” (*Droit Civil. Les obligations*, ob. cit., p. 444).

Ahora bien, en la esfera de la principalística internacional, por su valía, amén que actualidad, es importante revelar de la mano de la *Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías*, varios de los textos existentes en materia contractual, acogen ambos sistemas, obviamente no al tiempo, como quiera que lo hacen condicionada o subsidiariamente: primero el subjetivo, y luego el objetivo, dando pábulo, *in eventum*, a la interpretación fundada en la razonabilidad, norte de la moderna hermenéutica, sin perjuicio del aporte señero de J. Domat, en el siglo XVIII, poco conocido, pero de singular significado, anticipándose varios siglos en este punto⁽⁷⁸⁾. Así sucede con los *Principios Sobre los Contratos Internacionales de UNIDROIT*, con los *Principios del Derecho Europeo de los Contratos*, con el *Código Europeo de Contratos*, y con la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, entre otros textos.

(78) DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le Droit public et legum delectus*, T. I, p. 21, quien en la edición de 1777 de su recordada obra, en particular en el numeral noveno de su exposición, manifestó que: “Si la intención común de las partes no se descubre por lo expresado por ellas, y no se puede establecer por los usos del lugar o de las personas que han celebrado la convención, o por otras vías, será necesario atenerse a la que resulte más admisible, conforme a dichas vías”.

La expresión original utilizada por DOMAT: *vraisemblable*, tiene varios equivalentes, el primero de ellos: *admissible*, el que a su turno, como sinónimos en lengua francesa, registra los vocablos: *acceptable* y *razonable*, entre otros. Además de lo anterior, la importancia del texto en comento —como tal inédito, o por lo menos no comentado explícitamente por la doctrina que hemos consultado— desde la perspectiva en referencia, sube de tono, habida cuenta, de una parte, que es paladino en lo tocante con la exigente misión del intérprete, cuál es la de buscar y en lo posible hallar la intención común de las partes y, de la otra, que para dicho efecto establece un procedimiento que debe ir agotándose sucesivamente, contemplando, incluso, la utilización de *otras vías* a las señaladas por el autor, no todas de carácter subjetivo, de suerte que si el esfuerzo resulta infructuoso, no obstante el empeño, deberá acudir a la interpretación más admisible y, de contera, razonable, luego tenía clara conciencia de que la actividad interpretativa era compleja y plurifásica, amén de escalonada, aún mayor que la que tuvo el propio POTHIER posteriormente, que es el doctrinante más leído históricamente. He ahí descrita, *grosso modo*, la relevancia de este documento que, por siglos, ha pasado desapercibido, por lo menos en las fuentes que hemos consultado, puesto que de ordinario se alude al *Common Law* para asignarle la paternidad al criterio de la razonabilidad, hoy más extendió en el *Civil Law*, y para poner de manifiesto que el esquema seguido en este aspecto por los modernos textos de proyección internacional que a continuación se citarán (Convención de Viena, Principios de UNIDROIT, Principios del Derecho Europeo de Contratos, Proyecto de Código Europeo de Contratos, Propuesta de modernización española en el campo de obligaciones y contratos, etc.), es original, moderno y muy pertinente. Quizá lo último sí, pero lo primero y lo segundo, no.

En efecto, la referida *Convención de Viena*, en su artículo 8º, es perentoria al precisar que: “1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra partes haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte”.

Los *Principios de UNIDROIT*, a su turno, prescriben en su artículo 4.1, que: “El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. 2. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que la habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes”.

Los *Principios de Derecho Europeo de Contratos* (Proyecto Lando), por su parte, señalan en su artículo 5:101, que: “Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes... 3. Si la intención de las partes no pudiera juzgarse conforme a los apartados (1) y (2), el contrato se interpretará en el sentido que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas condiciones”.

El *Código Europeo de Contratos* (Proyecto Gandolfi, Academia de Pavía), en su artículo 39, a su vez, es del siguiente tenor: “1. Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato se determinará conforme al tenor literal de éste... Cuando el texto contractual suscite dudas que no pueden resolverse mediante una consideración global del mismo, ni recurriendo a las declaraciones y actos de las partes, aun posteriores a la conclusión del contrato, este último se interpretará conforme a la intención común de las partes, deducida igualmente atendiendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes”⁽⁷⁹⁾.

(79) Como bien lo expone el profesor Carlos VATTIER, refiriéndose al Anteproyecto o simplemente Código Europeo de los Contratos, las disposiciones en él contenidas: “...pueden dividirse en dos grupos, según se refieran a la interpretación subjetiva y a la interpretación objetiva; mientras la primera pretende descubrir la intención de las partes basándose en sus declaraciones y comportamientos, la segunda, en cambio, se dirige a la reconstrucción del contrato con arreglo a la buena fe en sus diversas manifestaciones. En este sentido, conviene advertir que los dos grupos de normas no aparecen en el Anteproyecto perfectamente delimitados, dado que son reglas de interpretación subjetiva las del artículo 39, apartados 1 a 3, en tanto pertenecen al ámbito de la interpretación objetiva las de los artículos 39.4 a 41. En cambio, la preferencia o jerarquía entre ambos grupos de normas se esta-

Y, finalmente, la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, en su artículo 1278, expresa con rotundidad que: “Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras. Si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél. Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias”.

Por consiguiente, uno y otro sistema —o esquema—, antes que repudiarse, deberán entonces laborar mancomunada y armónicamente (sinergia hermenéutica), cuando resulte necesario, claro está, a fin de no minar la relación negocial o, si se prefiere, de no novar de plano la voluntad de los contratantes, pues habrá casos en los que el hermenauta no se salga de los principios subjetivos, y otros en donde sea menester acudir a las pautas objetivas —signadas por la incardinación de elementos que forman parte del tráfico externo—, cuidándose de no falsear la voluntad, por cuanto *ex novo* no se puede propiciar una especie de tragicomedia o fábula volitiva, sino una verdadera sinfonía contractual, signada por la cadencia y por la fidelidad de los acordes negociales⁽⁸⁰⁾, esos que a la sazón fueron ejecutados por las partes, y no por el intérprete que, contagiado por el vívido deseo de encontrar

blece con claridad, pues se pasa a las reglas de interpretación objetiva sólo cuando no sea posible atribuir un significado unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, aplicando primero la regla de conservación y luego, la contraria al predisponente (art. 40.1), en tanto la regla de equidad rige únicamente cuando el contrato permanece oscuro, tras la aplicación de las reglas precedentes (art. 41). Fuera de esta prelación queda la buena fe y el buen sentido, probablemente, porque se entiende que deben operar en la aplicación de los dos grupos de normas, según la idea que predomina en la doctrina italiana...” (Interpretación del contrato, en VATTIER FUENZALIDA, Carlos y SOTO COAGUILA, Carlos. *Libertad de contratar y libertad contractual*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2011, ps. 337 y 338). Cf. G. ALPA, G. FONSI, y G. RESTA. *L'interpretazione del contratto*, ob. cit., p. 115.

(80) Según lo indica el autor español Jacinto GIL RODRÍGUEZ, luego de matizar ambos sistemas, expone que “...la interpretación contractual actual se logra en dimensión subjetiva siempre que se indague la intención común de los contratantes para esclarecer lo que presumiblemente quiso decir el declarante, atendidos sus propios comportamientos; y en su vertiente objetiva, cuando trate de averiguarse lo que significa su declaración según la opinión común del tráfico”. *Manual de derecho civil*, T. II, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 611.

ciegamente una voluntad objetivada que, amén de abstracta, sea ideal en función del contexto y entramado sociales, bien puede terminar desafiando, con el grave peligro de interpretar una partitura por entero disímil, como tal contraria a la realidad contractual, *in concreto*, a la melodía que las partes desearon componer, conforme en otros apartes lo puntualizamos, a los que nos remitimos, con la venia del lector.

Mutatis mutandis, retomando *in integrum* una idea ya delineada por nosotros en otro numeral, la interpretación es tarea tan compleja, que el intérprete no debe olvidar que no es el pintor de la tela contractual, pues quienes empuñaron el pincel y otrora esparcieron el óleo convencional, fueron los contratantes. Su misión, se recrea de nuevo, no es pues la de plasmar en el lienzo su arte; tatuar la idea que, a manera de musa, lo escolta y anima (representación mental), por cuanto la pintura, así sea algo borrosa o descolorida, y requiera puntuales retoques, de ordinario viene ya definida por las partes, quienes no simplemente se limitaron a trazar unas escasas líneas, como si fuera un incipiente boceto. En este caso, más que un pintor que se enfrenta a un lienzo en blanco, el hermeneuta es un restaurador de una obra ya elaborada, en principio, por manera que deberá respetar su autenticidad y sus trazos y contornos, hasta donde las circunstancias racional y obviamente lo permitan. No en vano, la interpretación *ex contractu*, no es un palimpsesto en el cual se tolera —o estimula— la convergencia de varias capas de escritura, una sobre otra, de amanuenses diferentes; es un pergamino que amerita ser auscultado en su *corpus* primigenio, así ello tenga lugar en otro *momentum* que, justamente por ser otro, no debe hacerle creer al intérprete, fantasiosamente, que él es su *pater*, su creador. Si así fuera, dicha expresión pictórica, no tendría dos pintores, sino tres, o uno incluso, si su actuar desmesurado, *in extremis*, borró todo cuanto le fue entregado.

Sólo ante casos especiales, como tales dignos de ser enjuiciados con medida, precisamente para evitar lo ya delineado, el intérprete dispondrá del pincel hermenéutico, y aun así tendrá naturales limitaciones, pues deberá hacer sus trazos en función de los caros intereses en conflicto; de la tipología y teleología del negocio celebrado; de la buena fe negocial —en su vertiente objetiva—; de los usos sociales; del sentido que de ordinario se le otorgue a determinadas estipulaciones en el tráfico jurídico (ambiente social), entre otros criterios más, siempre precedidos de la ‘razonabilidad’ o de la ‘sensatez’, pautas que con tanta fuerza están rigiendo en el Derecho comparado en la actualidad, como lo demuestran los novísimos ‘Principios del Derecho Europeo de los Contratos’ (PECL), y también los afamados ‘Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales’ (UNIDROIT), para aquellos ca-

sos en los que no resulte posible establecer la común intención de los contratantes (artículos 5.101-3, y 4.2-2, respectivamente)⁽⁸¹⁾. Lo propio sucede, en el terreno supranacional, con la Convención de Viena de 1980, relativa a la Compraventa Internacional de Mercaderías —aprobada en Colombia mediante la ley 518 de 1999 y promulgada a través del Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001—, pues igualmente acude al criterio de la razonabilidad, en cabeza del intérprete (art. 8º, numeral 2), todo lo anterior como ya se refirió a espacio, aparte al que igualmente por ello nos remitimos.

Moderación —y cordura—, en tal virtud, es lo que se impone, sin que ello suponga, *in casu*, que el intérprete cuando no posea ningún *datum* fiable que le permita la precitada reconstrucción le esté vedado acudir a las reglas objetivas, en cuyo caso deberá ser igualmente cauto, pues no puede olvidar las restricciones que rodean su *nobile officium*. Por ello, debe agotar sus recursos hermenéuticos en orden, y gradualmente, sin precipitarse, innecesariamente, tarea ésta en la que las normas que regulan la materia en los diferentes códigos —civiles o de comercio— juegan un destacado papel, *a fortiori* cuando en este plano legislativo, en estrictez, encontramos reglas de una y otra tipología (subjetivas y objetivas), como lo examinaremos luego, sin que indefectiblemente se agoten en el listado que enunciativamente hace el legislador. Es el caso de nuestro Código Civil, se anticipa de nuevo que, no obstante estar más adscrito al sistema subjetivista, es cierto, no desdeña los criterios objetivos, muchos de ellos presentes en su Título XIII, Libro Cuarto, a emulación de otras codificaciones de la época, por lo demás de acentuada utilidad y pertinencia frente a determinados supuestos, justamente por ser reveladores del sustrato contractual, y también de numerosas legislaciones contemporáneas que, por más que dogmáticamente se fustigue su pertinencia por algunos, sigue siendo el esquema más prolijado.

Lo propio acontece en otros regímenes, en donde la referida graduación igualmente tiene cabida, según ya se anticipó, conforme lo confirman puntualmente los Profesores italianos Lina Bigliazi, Humberto Brescia, Francesco D. Busenelli, y Ugo Natoli, quienes aludiendo al Derecho italiano, en el que se han inspirado modernas

(81) *Vid.*, ARAUJO S. Ramiro. “Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales”, en *Compraventa internacional de mercaderías. Comentarios a la convención de Viena de 1980*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios 15, ps. 129 y ss.

codificaciones, observan que su código de 1942 adopta “...un sistema articulado en fases cronológica y lógicamente sucesivas y jerárquicamente dispuestas. En primer lugar, se tomarían en consideración los criterios dirigidos a la puntualizar la llamada ‘común intención de las partes’... Dichos criterios darían lugar a la llamada interpretación subjetiva’... En segundo lugar —y en posición subordinada— se tomarían en consideración los criterios dirigidos a resolver una eventual y persistente ambigüedad o plurivocidad de significados del negocio... Tales criterios darán lugar a la llamada ‘interpretación objetiva’... De ahí se deriva una especie de pequeño ‘sistema’ sustancialmente rígido, que de una norma cumbre (art. 1362) con su ‘ajuar’ de criterios auxiliares, desciende, por etapas sucesivas (y siguiendo en sustancia el orden de los artículos del código) hasta una norma final”⁽⁸²⁾.

He ahí pincelada, *grosso modo*, la pervivencia y la aplicación de estos sistemas, desprovistos de los dogmas y de las exageraciones de antaño, específicamente las patrocinadas por sus cultores que, obsesionados e inmersos en una acerada y acalorada polémica en torno al rol del negocio jurídico y, sobre todo, de la autonomía privada, se negaron a interactuar y morigerar sus tesis, como es lo sensato en esta materia, por lo demás evolutiva, y no pétrea. Cada esquema debe aportar lo mejor de sí, sin olvidar que, a la postre, bien entendidos, coinciden en el cometido puntual de la interpretación: el establecimiento del contenido contractual, mejor aún la fijación del sentido de las estipulaciones que, articuladas, integran la plataforma negocial, y sirven de derrotero para la determinación y disciplina del alcance de los derechos y obligaciones emergentes del contrato, contemplado como su fuente —o detonante—, siempre en función de la justicia contractual y, claro está, de la buena fe, señera guía en esta trascendente temática.

(82) BIGLIAZI, Lina, BRESCIA, Humberto, BUSENELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho civil*, T. I, vol. II. *Hechos y actos jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 986. En otros derechos sucede lo mismo, o por lo menos algo muy similar. Es el caso del Perú, a juicio del Dr. Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, quien después de precisar que: “Todas las reglas legales de interpretación contenidas en los artículos 168, 169, 170 y 1362 del Código Civil peruano constituyen reglas de interpretación subjetiva. En cambio, las reglas de interpretación objetiva, están más bien dirigidas a fijar el significado del contrato cuando resulta dudosa la común intención de los contratantes... Por esta razón, la interpretación del contrato bajo reglas de interpretación objetiva, tiene siempre aplicación residual”. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”, en *Estudios sobre el contrato en general*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 737.

Cuánta razón le asiste al recordado Profesor de la Universidad de Nápoles, Luigi Carriota Ferrera, cuando enarbolando la bandera del equilibrio y la ponderación, tan necesaria en la ciencia del Derecho, sobre todo en el campo de la judicatura, expresó que en esta labor hermenéutica, que válidamente estima ‘delicadísima’, para poder definir lo relacionado con el imperio de los sistemas en comentario, resulta “...un error dejarse empujar y guiar o dominar por las ideas propias y, se diría, por las propias pasiones en el terreno de la teoría general del negocio, cuando se nos plantea la solución de éste, que es el problema central de la interpretación. Lo mejor es partir serenos y carentes de preconceptos...”⁽⁸³⁾.

Similar reflexión, con la autoridad de su magisterio científico, había efectuado con antelación el también doctrinante italiano Giorgio Giorgi, a juicio de quien “El arte de interpretar... consiste... en disponerse a descubrir la voluntad humana, poniéndose en las condiciones de mente y de corazón más propias para lograr el intento. Inteligencia suficiente por la naturaleza, por estudio y por ejercicio; ánimo sencillo e imparcial, libre siempre de juicios preconcebidos, como de pasiones a intereses; intención de conocer la verdad; estudio diligente, continua y minuciosa observación de las más leves circunstancias del hecho... El intérprete consagrado al estudio de la verdad y de la justicia concibe el sentimiento y el amor, adquiere el celo, y explayando su espíritu en una atmósfera serena, donde no le ofuscan las nubes de las pasiones, estará seguro de inducir [...] la voluntad de las partes”⁽⁸⁴⁾.

5. LA BÚSQUEDA DE LA ‘COMÚN INTENCIÓN DE LA PARTES CONTRATANTES’, COMO PRINCIPIO RECTOR DE CARÁCTER HERMENÉUTICO

En un todo de acuerdo con lo señalado en apartes que anteceden, se tiene establecido que, en tratándose del sistema subjetivo —puro o morigerado—, la búsqueda de la *común intención de las partes contratantes* se constituye en su norte, en su *ratio* última, puesto que como ya se anticipó, si el sustrato o tejido del contrato causalmente lo determina la voluntad de los extremos de la relación negocial, la que en tal virtud obra como percutor en lo que a sus efectos jurídicos se refiere, es ella la que debe ser escrutada en aras de lograr su interpretación, un

(83) CARRIOTA FERRERA, Luigi, *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 611.

(84) GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones*, vol. IV, Reus, Madrid, 1930, p. 184.

prototípico *posterius*, desde luego sin hacer del voluntarismo un culto, conforme se expresó⁽⁸⁵⁾.

No se desconoce que un sector de la doctrina, radicalmente opuesta a la tesis voluntarista, pregona una tesis objetiva, que proclama que es menester trascender la voluntad interna, esto es en su estado psicológico, a fin de que se pueda interpretar lo realmente declarado por ellos, que es lo externamente cognoscible, habida cuenta que insistir en un rastreo netamente volitivo se entiende inconveniente, a la par que artificial y estéril, "...pues las voluntades de los seres humanos con demasiada frecuencia son frágiles, contradictorias, inestables, caprichosas; incluso arbitrarias", consideración que ha originado ácidas críticas por parte de ciertos doctrinantes, hasta el punto que se ha llegado a afirmar que es "... un engaño de la teoría clásica insistir en la búsqueda de intenciones comunes allí donde sólo pueden encontrarse intenciones divergentes"⁽⁸⁶⁾.

Tampoco se desconoce los cuestionamientos formulados a la teoría objetivista pura, precisamente por pretender, a ultranza, imponer una voluntad tan abstracta, e inconexa con la realidad negocial, esto es con lo que las partes, de 'carne y hueso', pretendieron, que termina desdibujándose lo querido por ellas, a pretexto del hallazgo de una voluntad sintonizada con el clima y con la atmósfera sociales ('ambiente social'), olvidándose de plano del origen real del contrato, el cual reside justamente en la *voluntas* de los contratantes, y no en la que el intérprete, desde la periferia, mejor aún desde su observatorio de cristal, crea más a tono con patrones abstractos e ideales, por de pronto muy alejados de los tenidos en cuenta al momento de la celebración

(85) Como bien lo ha indicado la jurisprudencia colombiana, "*la interpretación del negocio jurídico se dirige a establecer la voluntad normativa de las partes o a investigar el significado efectivo del negocio* (Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II. *Doctrinas Generales*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires. 1954, p. 483.) Se indica, así mismo, que "*la interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses de los particulares*" (Scognamiglio, Renato. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Hinestrosa, Fernando. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983). Es claro, entonces, que a través de este instrumento se pretende determinar el real alcance de la declaración de los contratantes, el significado del negocio por ellos concertado, particularmente, aunque no únicamente, cuando existan oscuridades o ambigüedades en la materialización del querer de las partes...". Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2008. Exp. 11001-3103-012-2000-00075-01, Magistrado Ponente, Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

(86) LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos*, vol. I, ob. cit., ps. 351 y 352.

del respectivo negocio jurídico, *momentum* que no puede ser despreciado o —*in toto* preterido—, como si fuera cierto que: “Al instante de su interpretación el contrato es independiente del pasado, de lo que las partes querían cuando lo celebraron”⁽⁸⁷⁾, puesto que como tantas veces lo hemos señalado, no es el querer del intérprete el que debe imperar, sino el de las partes, artífices del acto materia de escrutinio.

Del mismo modo, no se puede soslayar que ambas posturas, por su verticalidad, y por el grado de radicalismo asumido por sus propugnadores, lucen extremas, según lo hemos anticipado, precisamente por la ‘unilateralidad’ de sus planteamientos, de suerte que como lo refiere el Profesor de la Universidad de Roma, Emilio Betti, debe reconocerse que “...estas teorías pecan, unas más, otras menos, de unilateralidad en la visión del problema, bien que le planteen en términos equivocados, bien que se limiten a considerarlo sólo bajo un aspecto singular, o ya que generalicen indebidamente en relación con todos los negocios, criterios, que tienen su sentido y valor solamente en relación con algunas categorías de negocios. Plantean en términos equivocados el problema las dos teorías extremas, que representan soluciones en sentido opuesto: la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración —la primera dirigida a dar prevalencia a la ‘voluntad real’ del declarante tanto en la interpretación como en la calificación sobre la validez del negocio; la segunda, por el contrario, dirigida a dar prevalencia a la declaración abstractamente considerada, tal y como puede ser reconocible por el destinatario o en el ambiente social—. La cuestión de si la ‘voluntad interna’ (porque esa es la ‘voluntad verdadera’) debe prevalecer sobre la declaración, o si la declaración deba prevalecer sobre la voluntad interna, expresa una alternativa inadmisibile en el plano jurídico, por lo que es evidente que está mal planteada. Porque la voluntad de las partes no adquiere relevancia jurídica, sino precisamente, en cuanto sea reconocible bajo la forma de declaración o de comportamiento, por lo que no puede ser colocada en el mismo plano de esta forma, ni asumir un valor por sí misma, en antítesis con aquélla”⁽⁸⁸⁾.

En consecuencia, no puede negarse que la voluntad, percutor o detonante de los efectos negociales (causa generatriz), en sí misma

(87) Esta es la opinión del Profesor LÓPEZ SANTA MARÍA, ya citado, quien reconoce que ésta es su “...conclusión personal”, aun cuando: “Otra es la realidad en la actual legislación y jurisprudencia chilenas”, y en general en la esfera comparada, incluida la colombiana, que no se distancia de la prohijada en nuestra hermana nación. *Los contratos*, ob. cit., p. 354.

(88) BETTI, Emilio, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, p. 356.

considerada, requiere tornarse congnoscible o, si se prefiere pública, motivo por el cual requiere un vehículo fiable que le exteriorice y, en tal virtud, que la haga visible, como quiera que, *in mente retenta*, no puede trascender, por la potísima razón de que la voluntad en el fuero meramente interno, se torna desconocida para todos los mortales, desprovistos de facultades adivinatorias.

No obstante lo anterior, lo señalado no quiere significar que lo querido, lo realmente deseado, o sea la piedra de toque del negocio celebrado, no importe para absolutamente nada, hasta el punto que, imbuidos por el objetivismo puro, pensáramos que lo que relevante es sólo lo que ha quedado tatuado —o coloreado— en la declaración, único criterio que debe ser tomado en cuenta, con abstracción de todo vestigio subjetivista, debido a que lo que debe extraerse no lo querido supuesta o figuradamente por las partes, sino lo que tiene trascendencia en el cosmos o ambiente social. Por ello, desde esta perspectiva, debe entenderse bien que se quiere significar mediante el empleo de las expresiones ‘*común intención*’, o ‘*intención de los contratantes*’, que no es nada distinto de reconocer que la voluntad sin forma, sin que pueda ser canalizada hacia el exterior, es como la ‘*espada de Bernardo, que ni pincha ni corta*’, en atinada alusión del Maestro Ihering. De allí que, de la mano del Profesor Doménico Barbero, expresemos que: “...en el negocio jurídico (manifestación voluntaria de intención), el dato a escrutar es la ‘manifestación comercial’, el valor a reconocer, la ‘intención’. Interpretar el negocio jurídico significa, por tanto, escrutar la ‘manifestación’ para reconocer su ‘intención’[...] No es exacto, a nuestro juicio, que la investigación de la intención no sea cometido del intérprete; la intención, como dato innegable subjetivo, no puede ser más que un dato de hecho y, por tanto, entra seguramente dentro del ámbito de la que es la indagación interpretativa: sólo que entra en él —no siendo conocido todavía—, no como objeto, sino como fin de la interpretación, o si se prefiere, como objeto de la investigación a la cual se quiere llegar mediante la interpretación de los datos de hecho relevantes”⁽⁸⁹⁾.

Criterio similar expresa el Profesor, igualmente italiano, Guiseppe Stolfi, quien examinando el artículo 1131 del Código Civil de su país —el que expresamente refiere a la ‘común intención’ como objeto de averiguación—, anota que “...esta disposición no significa que la voluntad interna aun no manifestada exteriormente debe producir efec-

(89) BARBERO, Doménico, Sistema del derecho privado, vol. I. EJE, Buenos Aires, 1967, ps. 602 y 603.

tos jurídicos, ya que no se puede privar de importancia a la declaración que con todo es necesaria para manifestar el interno querer, sino que significa que la voluntad real no debe obtenerse únicamente por los medios facilitados por la gramática, y el diccionario, sino con todos los que suministre la lógica: así como el negocio consiste en la manifestación de un querer, es evidente que habrá que tener en cuenta la primera y el segundo. Debe atenderse a la primera, ya que constituye la expresión del pensamiento, la cual es suficiente para declararlo si la formulación de los pactos se hizo en forma diáfana y precisa... Se debe, además, atender al segundo, porque la manifestación es eficaz en tanto manifieste con exactitud el pensamiento, en defecto de lo cual es necesario deducirlo del conjunto de las varias disposiciones del fin práctico que las partes hayan propuesto y de todas las demás circunstancias de hecho que puedan contribuir a la averiguación del sentido y que deben por consiguiente, tenerse en cuenta con el mayor cuidado"⁽⁹⁰⁾.

Queda claro entonces que la búsqueda de la común intención de los contratantes, no debe entenderse como una operación especulativa, desprovista de toda fiabilidad y por completo extraña a su declaración que, en condiciones de fidelidad negocial, debe expresar realmente la *intentio in negotio*, esa que no puede ser soslayada pretextando la investigación periférica, esa que se hace sublimando elementos de estirpe diversa, con independencia de la génesis del acuerdo, propiamente dicho. Por eso, como tolerar que en todos los casos, prescindiendo de la realidad del caso individual, se le dé la espalda a la señalada búsqueda, sin ninguna fórmula de juicio, sólo por aquello de que el intérprete debe estar sintonizado, por sobre todo, con el 'ambiente social', como si el ambiente negocial, en sí mismo considerado, debiera ser derruido, *per se*.

Una interpretación equilibrada, amén que cauta, debe primero procurar encontrar esa voluntad que, por Intermedio de su exteriorización, revele lo realmente querido por las partes, artífices señeros del contrato, por supuesto sin alterar su plataforma, ni tampoco recrear una voluntad inexistente o, por lo menos, enteramente divergente, tanto que se desdibuje el contenido del negocio jurídico celebrado, para lo cual podrá acudir a diferentes expedientes, por vía de ejemplo con el propósito de auscultar el comportamiento *interpartes* a lo largo del *iter* contractual, incluso después de expirado el mismo (comportamientos anteriores, concomitantes o posteriores a la celebración del negocio jurídico, en general). Empero, si agotado ese camino, no aflo-

(90) STOLFI, Guiseppe. *Teoría del negocio jurídico*, ob. cit., p. 288.

ra la referida intención, o existen dudas tan profundas y consistentes que impidan su genuino esclarecimiento, el intérprete podrá acudir a criterios de estirpe objetiva, muy especialmente con el fin de hacer acorde el mencionado contenido con el entorno —o ambiente— social, cabalmente entendido, puesto que en tales casos le corresponde proceder con razonabilidad, pauta ésta de singular valía en estos menesteres, se anticipa, así parezca difícil fijar sus contornos, pero que, *in primis*, evoca y reclama equilibrio, y no arbitrariedad o tiranía hermenéutica.

En este orden de ideas, el deber del hermeneuta es el de realizar la actividad interpretativa sin dogmatismos, o actitudes rayanas en el ‘unilateralismo’, esto es comenzando por la búsqueda de la intención de los extremos de la relación negocial, a través de su exteriorización, sin sacrificarla o erosionarla, lo que explica que no podrá fiarse ciegamente por lo que expresa “...lo literal de las palabras” (art. 1618 del Código Civil colombiano). Pero si la empresa resulta frustránea, antes que suponer o fingir una determinada voluntad, es preferible que, desde su observatorio, con estribo en la razonabilidad en comentario, establezca el alcance los derechos y obligaciones emergentes del acuerdo de voluntades, de modo abstracto, gracias al empleo de reglas de índole objetiva.

Este es, de modo muy general, el estado de la cuestión en torno al tema de la común intención de las partes contratantes, entendida como derrotero primigenio de la labor asignada al intérprete contemporáneo, muy especialmente en el ámbito legislativo y jurisprudencial, obviamente haciendo las excepciones pertinentes, ante todo de carácter doctrinal, pues como observamos esta búsqueda, así orientada, tiene adeptos, pero también arraigados detractores. Y ha sido, además, el genuino pensamiento de los autores que más influyeron en la codificación francesa, y con ella la de otras naciones del orbe, en concreto de J. Domat, y de R. J. Pothier. Para el primero, como tuvimos ocasión de examinar —en aparente primicia por haberse anticipado un tiempo considerable a la entronización del criterio de la razonabilidad, sinónimo de admisibilidad—, “...Si la intención común de las partes no se descubre por lo expresado por ellas, y no se puede establecer por los usos del lugar o de las personas que han celebrado la convención, o por otras vías, será necesario atenerse a la que resulte más admisible, conforme a dichas vías”⁽⁹¹⁾, y para el segundo que “...debe buscarse en

(91) DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le Droit public et legum delectus*, T. I, ob. cit., p. 22.

las convenciones cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, mejor que no el sentido gramatical de los términos”⁽⁹²⁾.

Lo cierto, ello es fundamental, en materia legislativa desde los albores de la codificación civil a comienzos del siglo XIX, el hallazgo de esa voluntad común, ha sido una constante, aún en legislaciones paradigmáticas del pasado siglo, como la alemana de 1900, y la italiana de 1942, las que a su turno se tradujeron en modelo internacional de otras de la misma centuria e, incluso, del siglo XXI.

No es de poca monta que, *expressis verbis*, la primera señale en su artículo 133 que: “En la interpretación de la declaración de voluntad ha de darse preferencia a la voluntad real sobre el sentido literal”, y la segunda, a su turno, que: “Al interpretar el contrato se debe analizar cuál ha sido la común intención de las partes, sin limitarse al sentido literal de las palabras” (art. 1362, CC), postulado que, incólume, conservaron codificaciones de la década de los ochenta y de los noventa. Es el caso de las legislaciones, entre otras más, de Paraguay y la Provincia de Québec. Efectivamente, el artículo 708 del C. C. Paraguay de 1987, prescribe que: “Al interpretar el contrato se deberá indagar cual ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras”, a la vez que el art. 1425 del Código de Québec de 1991, impera que: “En la interpretación del contrato, se debe buscar cuál ha sido la común intención de las partes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos utilizados”. Incluso legislaciones tan modernas como la brasileña de 2002, siguen aludiendo a que: “En las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención...” (Código Civil, art. 112), en prueba inequívoca de que en la esfera del Derecho positivo, las ideas pregonadas por los opositores de esta tesitura no han tenido eco legislativo.

Es más, a nivel supranacional, la Convención de Viena de 1980 sobre ‘Compraventa Internacional de Mercaderías’ —que previamente anotamos que fue aprobada en Colombia el 4 de agosto de 1999 mediante la ley 518, y luego promulgada en virtud del Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001— hace lo propio (art. 8º, numeral 2)⁽⁹³⁾, como

(92) POTHIER, R. J. *Tratado de las obligaciones*, ob. cit., p. 60.

(93) Véase con provecho el artículo del Dr. Ramiro ARAÚJO S. “Principios de interpretación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, en *Compraventa internacional de mercaderías*. Comentarios a la convención de Viena de 1980, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 267 y ss. De igual modo, puede verse la interesante investigación de la profesora María SERRANO F. en la que se resalta de la Convención de Viena en comentario, que rige entre nosotros, como

igualmente se hace en los recientes ‘Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales’, en los ‘Principios del Derecho Europeo de Contratos’ (Proyecto Lando) y del denominado Código Europeo de los Contratos (Proyecto Gandolfi), expresión del vivo deseo de dotar de uniformidad a la materia contractual en el campo internacional, se evidencia que esta acentuada tendencia se refrenda de nuevo, toda vez que en su articulado, expresamente, la búsqueda de la ‘común intención’ se traduce en ese mandato que, primeramente, debe observar el intérprete, hasta el punto que sólo en defecto de dicho hallazgo, ello es basilar, estará facultado para explorar otras alternativas, siempre en función de una actividad hermenéutica que luzca razonable (criterio de la razonabilidad), en inequívoca muestra de la tendencia imperante en este campo, en el sentido de buscar, en dicha hipótesis, una interpretación que se efectúe de acuerdo con el mencionado criterio, ‘nuevo’ derrotero que, subsidiariamente, informa la materia en los tiempos que corren, por lo demás de utilidad y significación, evocándose el *reasonable man* del Derecho anglosajón⁽⁹⁴⁾.

Así, por vía de ilustración, el artículo 5.101 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, prescribe que “...si no puede establecerse la intención [‘la intención común de las partes’], el contrato se interpreta de acuerdo con el significado que personas razonables en situación semejante a las partes, le hubieran atribuido en las mismas circunstancias”⁽⁹⁵⁾.

se anotó y en un apreciable número de países, que: “La doctrina está de acuerdo en afirmar que el párrafo primero del artículo 8º contiene una norma de interpretación subjetiva” [1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención]. Estudios de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 365.

(94) En adición a los autores ya citados, acerca de este renovado criterio de interpretación, conocido de diferentes maneras, una de ellas el del ‘hombre razonable’, o el de la razonabilidad hermenéutica, entre otros nombres más, véase a Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA. *Sistemas de interpretación de los contratos*, ob. cit., ps. 173, y ss.; a DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, ob. cit., ps. 96 y ss.; a ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y económico. Obligaciones y contratos comerciales*, ob. cit., p. 286, DÍEZ-PICAZO, Luis, Encarna ROCA y Antonio M. MORALES, *Los principios del derecho europeo de contratos*, ob. cit., p. 256. y a María SERRANO FERNÁNDEZ. Estudios de derecho comparado sobre interpretación de los contratos, ob. cit., ps. 360, 366 y ss., y p. 405. Lo propio, a la doctrina francesa, entre varios, a Marie-Hélène Maleville. *Pratique de l’interprétation des contrats*, Publications de l’Université de Rouen, 1991, ps. 258 y ss.

(95) un cuando se estima que este criterio es lozano, el que a juicio de algunos se traduce en “...una concepción jurídica totalmente nueva y en un método totalmente nuevo de interpretación” (E. DANZ. *La interpretación de los negocios jurídicos*).

Esta misma regla aparece consignada en los ‘Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales’ de 1994, art. 4.1, numeral 2 (Intención de las partes), así como el Convención de Viena de 1980, art. 8º, numeral 2, relativa a la Compraventa Internacional de Mercaderías. También en el *Código Europeo de Contratos* (Proyecto Gandolfi, Academia de Pavía), pues en su artículo 39, se dice que “1. Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato se determinará conforme al tenor literal de éste... Cuando el texto contractual suscite dudas que no pueden resolverse mediante una consideración global del mismo, ni recurriendo a las declaraciones y actos de las partes, aún posteriores a la conclusión del contrato, este último se interpretará conforme a la intención común de las partes, deducida igualmente atendiendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes”. E igualmente la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, toda vez que su artículo 1278, manifiesta que: “Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras. Si uno de los contratantes hubiere entendido el contrato o alguna de sus partes en un determinado sentido que el otro, en el momento de su conclusión, no podía ignorar, el contrato se entenderá en el sentido que le dio aquél. Cuando el contrato no puede interpretarse de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, se le dará el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias”.

cos, ob. cit., p. 97), como se recordará (numeral dedicado a los sistemas de interpretación), tuvimos ocasión de hacer un rastreo histórico que nos condujo a la obra de J. DOMAT de 1777 (*Les loix civiles dans leur ordre naturel; le Droit public et legum delectus*, T. I, ob. cit., p. 22), en la cual se aludía a él, con manifiesta antelación, es decir varios siglos antes de su aparente irrupción.

Sobre este precepto, comentan los doctrinantes DÍEZ-PICAZO, Luis, E. Roca Trias y A. M. Morales, que el mismo es una confirmación de que: “La autonomía de la voluntad sigue influyendo en las diferentes propuestas y en tema de la interpretación esto se puede comprobar de forma muy clara” “1. La intención común de las partes. Los Comentarios que figuran en este apartado de los PECL, ponen de relieve que aquí se acepta la solución seguida por la mayoría de los ordenamientos de los Estados Miembros de la UE y que ello no debe parecer extraño, puesto que el contrato es por naturaleza una creación de las partes y el juez debe respetar sus intenciones, ya sean implícitas o explícitas, incluso cuando se hayan expresado de forma ambigua u oscura. Otra cosa será cuáles van a ser los métodos utilizados para intentar averiguar esa intención común... el juez no puede inventar un resultado contrario a la decisión de las partes, ni tan siquiera cuando utilice reglas objetivas... Debe respetar siempre y en todo momento la voluntad inequívoca de las partes”. *Los principios del derecho europeo de contratos*, ob. cit., p. 252.

Y por último, para no extendernos en demasía, acontece con el artículo 1136, del *Anteproyecto de reforma del Código Civil francés* (Comisión Catala), el que a la letra reza que: “En las convenciones se debe buscar cuál fue la común intención de las partes contratantes, antes que limitarse al sentido literal de los términos”⁽⁹⁶⁾.

Ahora bien, en la órbita jurisprudencial, igualmente se observa una reiterada inclinación por darle cabida a una interpretación que, a tono con lo reglado por los ordenamientos respectivos, propenda por la búsqueda de la ‘común intención’, o por la ‘intención de los contratantes’, según la redacción preceptiva correspondiente. En el caso de Colombia, en los albores del siglo XXI, nuestra Corte Suprema reiteró su opinión en este mismo sentido, al registrar que: “*En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual*”⁽⁹⁷⁾, todo como corolario del principio de la intencionalidad que gobierna el Derecho colombiano, naturalmente con las matizaciones y excepciones que en su oportunidad expondremos, esto es cuando le pasemos revista a las reglas de interpretación de carácter legal, inmersas en el Código Civil patrio.

En conclusión, no puede decirse que, en la actualidad, pese a algunas voces disonantes que existen en la doctrina, la investigación de la ‘común intención de las partes’, sea algo superado, completamente caduco o anticuado, digno de ser tomado en cuenta pero en calidad de pieza de museo, como un mero *datum* histórico. Ni lo uno, ni lo otro, obviamente con las morigeraciones apuntadas, muy especialmente merced a la convergencia, de una parte, de reglas sincronizadas de carácter subjetivo y objetivo —de operancia supletoria— y, de la otra, de la aplicación, respecto a las segundas, de criterios como el del ‘hombre razonable’, ya esbozados, cánones y consideraciones que, en general, dominan esta temática en el Derecho comparado, incluida la jurisprudencia, así como los proyectos de regulación supranacional, ya men-

(96) Expresivo, en efecto, es el comentario (nota) que se hace para justificar este precepto en el Anteproyecto, de acuerdo con el cual: “Es esencial mantener en el inciso anterior la disposición actual del art. 1156, pilar y regla memorable... Ella proclama el principio de la interpretación, el principio exegético de que el espíritu prevalece sobre la letra”.

(97) Sentencia de 1º de agosto de 2002; Exp. 6907.

cionados, tangencialmente. Cosa enteramente distinta, es que no se pueda pregonar una hermenéutica únicamente de tipo voluntarista o subjetiva —pura—, como a espacio se examinó. De allí que la búsqueda de la supraindicada ‘común intención’ y, entre nosotros, de la ‘intención de los contratantes’ (art. 1618, C.C.), se erija en derrotero primario de carácter hermenéutico, pero no en el único, según sea el caso.

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

Desde tiempos inmemoriales, insistentemente, se ha señalado que en el campo de la interpretación contractual, directa o indirectamente, tiene cabida un principio, a cuyo tenor sólo resulta procedente la investigación correspondiente, *stricto sensu*, en tanto en cuanto las estipulaciones o el contenido contractual pertinente acuse oscuridad, o falta de claridad o precisión, por lo que otrora se acuñó la conocida y penetrante máxima latina: *in claris non fit interpretatio*, secundada por otro brocardo enderezado a refrendar el mismo criterio restrictivo o *sub conditione*: *Ubi verba sunt clara non debet admitti voluntatis quaestio*, o también *interpretatio cessat in claris*.

En este orden de ideas, en la literatura jurídica, amén que en la jurisprudencia, hizo carrera este principio que, a la postre, se tradujo en dogma, como tal objeto de respeto y acatamiento, por centurias, el que sintéticamente puede expresarse diciendo que sólo es de recibo la interpretación de cara a textos o estipulaciones ayunas de claridad, pues sólo se puede adelantar esta operación —u arte— allí donde se enseñoree la penumbra, o la oscuridad negocial, de tal suerte que los textos claros e inteligibles, en guarda de este singular postulado, no podían ser interpretados, sino aplicados, únicamente. El radio de acción de la tarea hermenéutica, estaba pues previamente limitado, en la medida en que era menester la configuración del precitado presupuesto funcional.

Claridad y resplandor, en compendio, no eran compatibles con la interpretación, cuya misión era esclarecer lo ininteligible, o por lo menos lo que no resultaba claro y entendible al rompe. Por ello la doctrina francesa, especialmente, hizo un culto de esta regla, según puede apreciarse a través de la lectura de algunos de sus militantes. Pierre Voirin, no duda en aseverar, al amparo de esta arraigada opinión gala, que: “Cuando la voluntad se expresa claramente, sin lagunas, ni ambigüedad, no hay lugar a la interpretación, porque procediendo así se

modificaría el contrato”⁽⁹⁸⁾, por cuanto como lo reseñan los hermanos Mazeaud, “Un texto claro no se interpreta, se aplica; el juez que se entregara a la interpretación de un texto claro, lo desnaturalizaría”⁽⁹⁹⁾.

Esta tesis, ampliamente difundida en ciertas latitudes, como soslayarlo, no podemos suscribirla, al igual que un amplio sector doctrinal contemporáneo, como quiera que nos parece extrema, *a fuer* que inexacta, habida cuenta que la actividad interpretativa, *per se*, no es refractaria a ningún tipo de auscultación, menos respecto a textos claros y comprensibles. Todo lo contrario, pues toda actividad humana o actuación corporativa o institucional, es susceptible de interpretación, de recreo de lo querido o pretendido. Tanto es así que para poder afirmar que un texto es claro, mejor resplandeciente, dicha aseveración debe estar precedida de un proceso hermenéutico con arreglo al cual se arribe a ella, como un *posterius*. Sólo podremos pregonar su condición de claro, en la medida en que, de una u otra manera, emprendamos esta tarea exploratoria, que en el plano lógico es un requisito o un paso antecedente, como tal, un inequívoco *prius*. De qué otro modo, en efecto, podría aseverarse que una grafía es clara, sino a través de su comprobación fáctica, esto es luego de haberlo constatado mediante la propia lectura, así sea somera o muy lata. Tiene entonces plana razón el profesor Ricardo Lorenzetti, cuando manifiesta que “...aplicar implica, previamente, interpretar ¿cómo se logra establecer que el texto es ambiguo, oscuro o claro? Se requiere atribuirle un sentido y ello significa interpretar. Por lo tanto, la claridad no es un presupuesto, sino el resultado de la interpretación”⁽¹⁰⁰⁾.

Por ello es por lo que un sector de la doctrina, con innegable acierto, critica este entendimiento tan limitado, mejor estrecho. Así se expresa el Profesor argentino Fernando López de Zavalía, a juicio de quien “... se ha sostenido que las manifestaciones claras no necesitan interpre-

(98) VOIRIN, Pierre, *Manuel de droit civil*, LGDJ, París, 1984, p. 363.

(99) *Lecciones de derecho civil, Parte segunda*, vol. I, p. 378. Cf. C. AUBRY y C. RAU. *Cours de droit civil français*, T. IV, Librairie Générale de Jurisprudence, París, 1871, ps. 328 y 329; G. BAUDRY-LACANTINERIE. *Precis de droit civil*, T. II, Sirey, París, 1925, p. 89; A. COLIN y H. CAPITANT. *Curso elemental de derecho civil*, T. III, ob. cit., p. 675, y PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español*, vol. III, ob. cit., p. 371, y TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1990, p. 107.

(100) LORENZETTI, Ricardo. *Interpretación del contrato en el derecho argentino*, ob. cit., p. 10. En sentido similar, cuestionado la vigencia del brocardo en referencia, la profesora María SERRANO F. siguiendo a GRASSETTI y a CARRESI anota que “la claridad y oscuridad no son los puntos de partida de la interpretación sino el punto de llegada del procedimiento hermenéutico”. *Estudios de derecho comprado sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 64.

tación, la cual por ende se circunscribiría a las oscuras y ambiguas. En esto hay un error. La interpretación en cuanto es captación de un sentido, existe siempre, por diáfana que sea la manifestación de voluntad. Será preciso algún esfuerzo, alguna aplicación de conocimientos y de experiencia, con los cuales no se nace⁽¹⁰¹⁾, de lo que se desprende, lo señala el Profesor Diego Espín Canovas, que este axioma no es de recibo —el que juzga de ‘falso’—, “...ya que para determinar si los términos del contrato corresponde a la intención de los contratantes hay que realizar una labor comparativa entre ambos elementos que implica una verdadera interpretación”⁽¹⁰²⁾, motivo por el cual, en ello le asiste plena razón al doctrinante Andreas von Thur, “En mayor o menor medida, todas las declaraciones necesitan ser interpretadas”⁽¹⁰³⁾. La vida es eso, además: un constante interpretar las conductas de los mortales: nuestros hijos, cónyuge, hermanos, colegas, asociados, etc.

En la doctrina chilena, a su vez, existen autores que, toda precisión, se acogen a este tesis amplia. Es el caso del Profesor Jorge López Santa María, quien puntualiza que: “...todo contrato puede ser interpretado,

(101) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los contratos*, T. I, Víctor P. de Zavala, Buenos Aires, 1984, p. 267.

(102) ESPÍN CANOVAS, Diego. *Manual de derecho civil español*, vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 444.

(103) VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*, T. I, Reus, Madrid, 1934, p. 193. Cf. RICCI, Francesco. *Derecho civil teórico y práctico*, T. XIII, ob. cit., p. 98; ALPA, Guido; G. FONSI y G. RESTA. *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, 2001, p. 119; GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 428; F. SANTORO PASARELLI. *Doctrinas generales de derecho civil*, ob. cit., p. 276; DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, T. II, ob. cit., p. 61; SANTOS BRIZ, Jaime. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, ob. cit., p. 161; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*, T. I, ob. cit., p. 678; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, ob. cit., p. 261; LOHMANN, Guillermo. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 267; BENÍTEZ COARCI, Juan J. *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Temis, Bogotá, 2002, p. 54; LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, ob. cit., p. 222; LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. “De la interpretación de los contratos”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 33; CANO MATA, Antonio. “La interpretación de los contratos civiles”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1971, p. 202; ALEGRÍA, Héctor. *La interpretación de los contratos en el derecho argentino*, ob. cit., p. 55; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., ps. 230 y ss.; RIVERA, Julio César. “La teoría general del contrato y la interpretación del contrato en el proyecto de Código Civil argentino”, en *Tratado de la Interpretación del contrato en América Latina*, T. I, Grijley, Lima, 2007, p. 176; CAUMONT, Arturo. “Interpretación de los contratos. De la semiosis del signo a la semiosis del discurso”, en *La interpretación del contrato en América Latina*, T. III, Grijley, Lima, 2007, p. 2088 y 2089; LEYVA SAAVEDRA, José. *Interpretación de los contratos*, y CARRESI, Franco. *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, ps. 503 y ss.

la obscuridad no es una condición para que haya lugar a la interpretación”. En el sistema clásico, entre otros en el francés, “la meta del intérprete es descubrir la voluntad común de las partes; mientras ella no esté clara, la interpretación no será posible... En consecuencia, la única condición —necesaria y suficiente— para que haya lugar a la interpretación de un contrato es la existencia de una contienda entre las partes”⁽¹⁰⁴⁾.

La jurisprudencia colombiana, por su parte, tampoco ha sido ajena a la discusión que, *ab antique*, se ha verificado alrededor de esta exigencia, como se observó, severamente combatida en el campo de la dogmática contemporánea —y con razón—. Es así como a lo largo de su discurrir, quizá movida por la doctrina más influyente a la sazón, ha militado en una y otra tesitura.

Efectivamente, por varios lustros, la Corte consideró que la interpretación de un contrato sólo se justificaba cuando sus cláusulas eran oscuras, imprecisas, vagas o equívocas, de forma tal que su lectura no ofreciera claridad al entendimiento sobre el alcance de la voluntad de los contratantes, perceptor de los efectos negociales. Pero si la idea expresada por ellas, en desarrollo de lo plasmado en el conjunto de las estipulaciones que le dan cuerpo, era unívoca y adamantina, ninguna labor podían cumplir las reglas de interpretación y, por ende, el intérprete. En esta hipótesis, debía presumirse que la ley del contrato era, con exactitud y medida, aquella que reflejaron los contratantes en el respectivo documento; que su voluntad no era otra que la que emergía de su texto; que las palabras empleadas y la forma en que ellas fueron hilvanadas, reproducían fielmente su concierto volitivo.

Sobre este particular, tenía expresamente señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que “...cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación”⁽¹⁰⁵⁾.

De esta forma, la Corte abrigaba la doctrina de estirpe francesa que abogaba —y aboga— por la preservación inalterada de la exigencia de

(104) Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas de interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 49.

(105) Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 29 de agosto de 1980.

la falta de claridad para que, de plano, se pudiera acudir a la interpretación, o sea dándole absoluta e irrestricta cabida al brocardo ya referido en líneas anteriores: *in claris, non fit interpretatio*, sin matización o moderación algunas.

Es bajo este entendimiento que debe entenderse la doctrina que prohibaba la Corte, sustentada en que frente a contratos de texto diáfano y, en general, nítido, no tenían aplicación las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil patrio.

Sin embargo, tal y como se anticipó, la señalada jurisprudencia fue modificada —o replanteada— en la presente centuria, en aras de precisar que la interpretación negocial también tenía lugar de cara a estipulaciones que, *prima facie*, lucieran claras e indubitables.

Así, acotó recientemente que la aplicación del artículo 1618 del Código Civil, relativo a la prevalencia de la intención claramente conocida de los contratantes, “no se supedita a aquellos casos en que las palabras usadas por los contratantes no son absolutamente claras y por tanto exigen que el intérprete ausculte la verdadera intención de aquellas, pues va más allá, como que muy a pesar de la claridad del texto contractual, si la voluntad común de las partes es diferente y *se conoce*, a ella hay que plegarse más que al tenor literal. No es por consiguiente de recibo pleno el brocardo “*in claris non fit interpretatio*”, que sugiere que si el sentido de las palabras usadas en el contrato es claro, no hay para qué mirar más allá, pues se substituiría la intención cierta de los contratantes por la incierta del intérprete; pero a no dudarlo es un presupuesto de secular aceptación del cual ha de partirse... dado que ‘cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación’ (Sentencia del 5 de julio de 1983). Sin embargo, se repite que si se conoce la intención común, es ella la que prevalece sobre el tenor literal del contrato. Es menester precisar, además, que ese “sentido claro” de las palabras, como regla general, se refiere en primer término al sentido natural y obvio que ellas tienen en el lenguaje común y en el idioma castellano (a semejanza de lo que se prevé en materia de interpretación de la ley en el artículo 28 del Código Civil y se precisa en el artículo 823 del Código de Comercio), sin que por el mero hecho de que ese sentido sea claro, quede proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el

contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exegeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual...”⁽¹⁰⁶⁾.

Obsérvese que la Corte no niega —de raíz— la aplicación de la regla *in claris non fit interpretatio*, en todos los casos; por el contrario, bien entendida su doctrina, reafirma que, replanteada, ella debe ser el punto de partida, sólo que, si llega a conocerse suficientemente la verdadera intención, ante ella deben ceder las palabras, por diáfanas que estas sean, a lo que agrega que, en sí misma, la hermenéutica no requiere para su procedencia, inexorablemente, de la falta de claridad⁽¹⁰⁷⁾.

Si se miran bien las cosas, la Corte rescata la necesidad de sujetarse a la voluntad de las partes, en principio expresada por ellos a través

(106) Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 1º de agosto de 2002; exp.: 6907. En otra ocasión la misma Corte sostuvo que “...la búsqueda de la común intención de los contratantes no está condicionada a que la manifestación sea oscura o ambigua, toda vez que la citada labor será igualmente indispensable si, a pesar de la claridad en la expresión literal de las estipulaciones, existe una voluntad común diferente y ésta es conocida. Ahora bien, “cuando el pensamiento y el querer de quienes concertaron un pacto jurídico quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación (Cas. Civ. 5 de julio de 1983, p. 14, reiterada en Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002. Expediente No. 6907)...” Es, en todo caso, necesario que la claridad en el sentido de las expresiones utilizadas surja del examen que el intérprete realice de su utilización en el contexto en el que las partes han contratado, pues, además de auscultarse el sentido natural y obvio de las palabras, menester será, en algunas ocasiones, acudir a las diversas acepciones que las mismas tengan, o al significado técnico que en tal contexto se les asigne, o, incluso, al sentido que los contratantes les hayan dado en otras oportunidades (art. 1622 del CC) (Sentencia del 28 de febrero de 2005. Expediente N° 7504) (Sentencia del 19 de diciembre de 2008, Magistrado Ponente, Dr. Arturo Solarte Rodríguez.). Cf. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Exp.7504.

(107) Véase al doctrinante italiano SACCO, pues entiende que “...la regla *in claris*’ puede tener dos significados”, uno rígido y el otro más flexible, en cuyo caso podría tener otro cariz. *Il contratto*, citado por ALPA, Guido, G. Fonsi, y G. Resta, *L’interpretazione del contratto*, ob. cit., p. 119.

de estipulaciones que recogen el acuerdo negocial, que de suyo comporta una limitación a la libertad de los contratantes, únicos que han podido delinear los términos en que esa libertad queda restringida. Pero agrega que si lo importante, lo verdaderamente relevante es esa voluntad real, el intérprete debe plegarse a ella y hacerle producir todos los efectos jurídicos que le son propios, así el tenor de las cláusulas del contrato sea claro, pues en la hipótesis de comprobarse que otro fue el convenio de los contratantes, la claridad liminar habría sido meramente formal, lo que justificaría su auscultación o investigación.

Finalmente, en el campo de la principalística internacional, se observa una tendencia generalizada a no incorporar este criterio restrictivo en el campo de la interpretación negocial, tal y como se desprende de los diversos textos existentes⁽¹⁰⁸⁾. Con todo, el Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, en lo que atañe a la interpretación del contrato (Libro III, Sección 2), incorpora el concepto limitado de antaño, muy seguido y extendido en Francia, como se anotó. Es así como impera el artículo 1138, según el cual: “Las cláusulas claras y precisas no están sujetas a interpretación, so pena de desnaturalizar el acto”.

7. JUSTIFICACIÓN NORMATIVA, NATURALEZA JURÍDICA Y FUERZA VINCULANTE DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

De vieja data, por ser un punto no exento de controversia, existe una interesante discusión alrededor de las llamadas reglas, principios,

(108) Al respecto, por vía de ejemplo, en lo que dice relación con los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, no existe ninguna limitación en tal sentido, como lo demuestra la lectura de los artículos 5.101 a 5.106. Muy por el contrario, el primero de estos artículos, es perentorio al precisar que: “El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes”, sin ninguna distinción, o límite. Se habla pues de una integralidad: el contrato, con independencia de la tipología de sus cláusulas: claras o no, por cuanto para ello está el intérprete, no pudiéndose válidamente distinguir allí donde no se distinguió *ex ante*, todo en desarrollo de una sapiente máxima, esa sí vigente y más generalizada: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. (Cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir). Bien dicen entonces los profesores DÍEZ-PICAZO, ROCA y MORALES, que “...a diferencia de lo que ocurre con el Código español, cuyo artículo 1281 acepta la regla contenida en el brocardo *in claris non fit interpretatio*, el art. 5.101 (1) PECL se inclina más por la fórmula francesa... de acuerdo con la cual debe buscarse la común intención de las partes... Porque todo el mundo está de acuerdo en considerar que para establecer que el sentido literal es claro, tiene que existir una previa actividad interpretadora que nos lleva a esta conclusión”. Los principios del derecho europeo de contratos, ob. cit., p. 254.

cánones, pautas o directrices de interpretación⁽¹⁰⁹⁾, entre otras expresiones más, como quiera, de una parte, que en su oportunidad se puso en entredicho la conveniencia de que el legislador se ocupara de ellas y, de la otra, también se ha discutido si se tornan vinculantes para sus destinatarios, sobre todo para el juez, en la inteligencia de que podrían ser más bien consejos, recomendaciones o meras directrices, caren-

(109) Es importante advertir que, por ahora, es decir en forma provisional, sin soslayar un estudio más detenido del tema —que deferimos a un numeral posterior de este ensayo—, nos referiremos indistintamente a las reglas de interpretación y a las reglas o principios interpretativos, reconociendo, en todo caso, que a nuestro juicio existe una diferencia entre principio y regla hermenéutica, muy especialmente en los regímenes en los que la búsqueda de la común intención de las partes, se traduzca en coordinada informadora (*principio rector*), conforme se acotó, supuesto frente al cual las pautas o postulados restantes se erigirán en reglas, *stricto sensu*, que no principios, menos de carácter general (principios generales).

En este mismo sentido, si bien es cierto que un sector minoritario de la doctrina internacional considera que existen diferencias entre una y otra expresión, buena parte de la misma establece entre ellas una sinonimia, lo que en nuestro entender es correcto, porque la anunciada diferencia no reviste la entidad suficiente que, *in claris*, justifique plena e inequívocamente su escisión, la que además podría confundir al lector, por su sutileza. Así, por vía de ejemplo, el doctrinante Santiago Espiau Espiau sostiene, desde su perspectiva, que "...conviene asimismo hacer una referencia a la distinción entre reglas de interpretación y reglas interpretativas. Ciertamente, entre unas y otras existe un punto de contacto que no es otro que la determinación del sentido y alcance del contenido contractual voluntario. Pero presupuesto este punto de contacto común, la finalidad que orienta unas y otras reglas es diferente. La finalidad de las reglas de interpretación es establecer los medios y los criterios que permitan averiguar la voluntad de los contratantes. Por el contrario, las reglas interpretativas se orientan a la resolución de cuestiones dudosas y a atribuir un significado determinado a una manifestación del consentimiento contractual que no es posible dilucidar a través de la aplicación de los medios y criterios interpretativos... De este modo, las reglas interpretativas integran o constituyen lo que antes se ha calificado de interpretación objetiva del contrato". Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo, en *Bases de un Derecho Contractual Europeo. ob. cit.*, p. 219.

Más precisa se nos antoja, si de precisiones de trata, la diferencia que algunos perfilan entre reglas y criterios de interpretación, con el propósito de asignarle a estos últimos (los criterios) el carácter de continente de expresiones o revelaciones como las emanadas de los usos, la buena fe, la economía negocial (teleología jurídico-económica), etc. También en la dogmática jurídica, ciertos autores refieren a los medios de interpretación, enderezados, prevalentemente, a asegurar la consecución del fin esencial: la búsqueda y ulterior hallazgo de la común intención de las partes (conducta de las partes, etc.).

Nosotros, por consiguiente, nos referiremos a menudo a un principio rector: la mencionada búsqueda de la "...intención de los contratantes" (art. 1618, CC), y a un haz de reglas complementarias, colaterales, o periféricas de interpretación, ora subjetivas, ora objetivas, según el caso. Y más episódicamente, a reglas y criterios de interpretación, en este último supuesto para cobijar a la buena fe, a la equidad y a la razonabilidad, por vía de ilustración (criterio hermenéutico).

tes de todo poder vinculatorio y ayunas de cualquier jerarquización, a lo que se agrega otra polémica íntimamente ligada con la temática anterior, no menos relevante, sobre todo en plena y sostenida globalización, consistente en determinar si dichas normas revisten carácter imperativo para las partes contratantes, o por el contrario son dispositivas, en cuyo caso podrían ser alteradas y, por ende, modificadas *ex contractu*. También es conveniente auscultar si encuadran en la arquitectura de principios generales de derecho, principios rectores o reglas jurídicas, entre otros puntos temáticamente muy próximos, Por ello, entonces, analizaremos esta problemática seguidamente.

7.1. Justificación normativa de las reglas de interpretación de los contratos

Como es sabido, en el esplendente Derecho romano campearon diversos y sapientes axiomas —máximas, brocardos, reglas o sentencias—, enderezados a esclarecer algunos aspectos de la interpretación, en general, y en particular de los contratos, en sentido muy lato, dado que en Roma no se desarrolló una teoría general de las obligaciones y de los contratos, las que posteriormente vertidas en el Digesto justiniano, en lo fundamental, se preservaron inalteradas a lo largo del tiempo, tanto en el Derecho medieval, como posmedieval, hasta el punto que, H. Grocio, las reexaminó y comentó con interés, y lo propio hicieron posteriormente, en el marco del Derecho francés histórico, J. Domat, y R. Pothier.

Clásica es la obra de este último jurista galo en la que, *in extenso*, se ocupó de ellas, bajo el rótulo de ‘Reglas de interpretación de las convenciones’, rótulo que inalterado conservó el código galo, aunque en honor a la realidad, como se anticipó, fue Jean Domat, en su célebre obra titulada *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le Droit public et legum delectus* quien las analizó primero, desarrollando quince de ellas, con análogo título: *Regles de interpretation des conventions*⁽¹¹⁰⁾. Fue así entonces como Pothier, siguiendo a Domat, en lo cardinal, analizó doce reglas, unas de índole subjetiva, y otras objetivas, como ya anticipamos⁽¹¹¹⁾ y lo volveremos a relatar, las que en términos generales, pasaron incólumes al Código Civil francés y de allí a otros códigos civiles o de comercio, el colombiano, uno de ellos, con algunos ajustes muy puntuales.

(110) DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le Droit public et legum delectus*, T. I, París, 1777, p. 21.

(111) *Derecho de obligaciones*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978, ps. 60 y ss.

Así, sólo por vía de ejemplificación, el referido Código de Napoleón, reguló esta materia en los artículos 1156 a 1164, y lo propio hicieron otros códigos decimonónicos, *ad exemplum*, el chileno de 1855, el italiano de 1865, el colombiano de 1887 —adoptado del Código Civil de la Nación, sancionado originariamente el 26 de mayo de 1873—, el Código Civil belga y el español, entre otros más.

Sin embargo, el Código Civil de la República Argentina, igualmente de factura decimonónica, no se ocupó de incorporar ninguna regla, a diferencia de su Código de Comercio, en el que sí se consignaron varias de ellas, a fin de colmar el vacío generado por la actitud —silente— de don Dalmacio Vélez Sarsfield, gran codificador de tan importante código argentino, “...la que no concordaba con el ejemplo que el ofrecía el CC francés, el que dedica toda una sección para establecer las reglas relativas a la ‘interpretación de las convenciones’”⁽¹¹²⁾, como ya se acotó.

Este ejemplo, en el plano legislativo, igualmente tuvo eco en buena parte de las legislaciones civiles del siglo XX, tal y como aconteció en Italia, en el año 1942, en Bolivia en el año 1976 —arts. 510 a 518—, en el Perú, en el año 1984 —normas referidas al acto jurídico, en general, arts. 168 a 170—, en Cuba en el año 1987 —art. 52—, en Paraguay también en el año 1987, etc. Incluso códigos tan modernos como el Código Civil de Brasil del año 2002, le dedican tres artículos a la interpretación de la declaración de voluntad y de los negocios jurídicos (arts. 112 a 114). Otro tanto había hecho el Código Civil alemán, aun cuando de modo más parco y general, conforme se refirió. En Venezuela, si bien

(112) SPOTA, Alberto. *Contratos*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 78. Sin embargo, en el año 1968, en virtud de la reforma puntual al Código Civil argentino, se introdujo un artículo atinente a la buena fe (dimensión hermenéutica), expresamente aplicable a la interpretación de los contratos (art. 1198). Del mismo modo, ello es toral, en sentencia del 8 de abril de 1996, la jurisprudencia argentina (Cámara Nacional Civil, Sala F.), clarificó que “...en la interpretación de los contratos, el artículo 1198 del CC debe ser complementado con los artículos 217 y 218 del Código de Comercio, preceptos que fijan normas hermenéuticas que exceden el marco de las relaciones mercantiles para regir en el campo del Derecho Privado en general”. A igual conclusión arribó la doctrina argentina; es el caso, sólo por vía de elocuente ejemplo, de la opinión expresada por el reputado catedrático Atilio A. ALTERINI, con arreglo a la cual “El Código Civil se ocupa escuetamente del asunto en el artículo 1198. El Código de Comercio —en cambio— brinda varias reglas interpretativas de real significación. Consiguientemente, por analogía su aplicación es extendida a todos los contratos”. *Contratos. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 413.

De igual forma, cumple registrar que el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, explícitamente se ocupa de la interpretación del contrato, consignando diversos preceptos para dicho fin, motivo por el cual no se continúa con el silencio del Código Civil vigente (arts. 1023, y ss.).

es cierto que su Código Civil de 1942 no reguló la temática hermenéutica de modo expreso, su Código de Procedimiento Civil de 1986, si lo hizo en el Título Preliminar (Disposiciones fundamentales, art. 12), como igualmente, a la sazón, lo hizo en la esfera aseguradora la Ley de 2001, atinente al contrato de seguro (art. 4º, numerales 1 a 5).

Lo cierto, es que desde la irrupción del movimiento codificador el legislador le ha dedicado espacio a las reglas de interpretación, a excepción del ejemplo argentino, sin perjuicio de que en el Código de Comercio de la hermana república se les da plena carta de ciudadanía, al igual que el venezolano, con lo matices indicados, lo que pone de presente la arraigada tendencia preceptiva en esta materia, fundamental para pregonar que su regulación no es extraña, episódica, o algo exótica. Muy por el contrario, el deseo legislativo en este campo es el de ocuparse puntualmente de ellas, por estimar su disciplina importante y, por ende, trascendente su incorporación preceptiva. No de otra manera se explica su regulación positiva, aún en codificaciones de comienzos de la centuria anterior y de los albores de la presente, comportamiento no ayuno de relevancia e incidencia jurídicas como se analizará. Lo mismo en relación con los novísimos textos modélicos y de referencia internacional, igualmente como se observará (principalística contractual), v.gr.: Código Europeo de los Contratos, principios de UNIDROIT, Principios de Derecho Europeo de los Contratos, etc.

Empero, en la esfera científica, algunos doctrinantes, a pretexto del carácter esencialmente lógico que estereotipa a la generalidad de las reglas o principios de interpretación de los contratos, han defendido la tesis de la inconveniencia de que el legislador se encargue de disciplinar esta materia que, en su entender, debe librarse al buen juicio del intérprete, muy especialmente del juez, quien sin ataduras o limitaciones, podrá cumplir su elevada misión. De allí que estimen que el silencio *ex lege*, resulte lo más adecuado y conveniente. Así razona, por vía de ilustración, el doctrinante español Federico Puig Peña, a juicio de quien algunos doctrinantes han “...entendido, con razón, que no es correcta la consignación de los mismos, dado que la función interpretativa reclama una complejidad de elementos de las más diversas especies, por lo que aquellos preceptos o pueden devenir arbitrarios o si se formulan en términos de gran generalidad, resultan inservibles. Por esto los más recientes Códigos se abstienen de dar fórmulas sobre el particular (Portugal, Alemania, Suiza, etc.)...”⁽¹¹³⁾.

(113) PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español*, vol. III, Pirámide, Madrid, 1976, p. 370. Cfr., GIORGI, GIORGIO, *Teoría de las obligaciones*, ob. cit.,

Por nuestra parte, respetuosamente, no podemos adherir a la señalada postura, no sólo por cuanto estimamos decididamente que el legislador, a manera de *minimum*, debe ocuparse de incorporar dichas reglas, sino también por cuanto no son extraños, *per se*, a los códigos modernos y, en general, a la técnica legislativa y, menos a la codificadora, como se ha pretendido por algunos, de espaldas a la realidad, ciertamente elocuente o mejor aplastante.

En efecto, el legislador no debe privarse de establecer unas directrices o derroteros mínimos, enderezados a fijar unas reglas hermenéuticas fiables; unos cánones que el intérprete, *ex abundante cautela*, deberá atender cabal y responsablemente, a fin de poder cumplir la tarea asignada, reglas que, por ser homogéneas, garanticen que ella será realizada sin sujeción a criterios que no cuenten con la solidez de las orientaciones que, por centurias, han regido la materia, en lo fundamental, los que han demostrado su utilidad, a la vez que su pertinencia, siempre en procura de la estabilidad, la uniformidad decisional y la seguridad jurídica. No hacerlo, en muchos casos, contribuirá a la hesitación, a la incertidumbre, a transitar por caminos no en todos los casos seguros y a la adopción de decisiones en veces caprichosas, u oscurecidas por la falta de lumínica precisión normativa. Una guía, unos derroteros o una carta de navegación, como desconocerlo, es valorada incluso por el más perito de los navegantes, y a fe que el intérprete debe navegar por el entramado contractual, por las aguas del océano negocial, no necesariamente mansas.

Dicho de otro modo, la incardinación normativa de estos axiomas hermenéuticos, que en nuestro entender no son meros consejos o

p. 185, autor que defiende la idea de no regular estos principios, al señalar que "... no diremos nosotros que los preceptos de la hermenéutica contractual deban desenterrarse de la ciencia y puestos en irrisión. Diremos solamente que no están bien en un código", puesto que "no parten del legislador, sino que pertenecen *ad cathedram*", y también don José CASTAN TOBEÑAS, afamado profesor español que, adhiriendo a esta postura inhibitoria, pregona que "la interpretación no puede ser reducida a una serie de preceptos estereotipados que, o han de ser arbitrarios o injustos, o tan vagos e imprecisos que nada resuelven". *Derecho civil español común y foral*, T. II, Reus, Madrid, 1931, p. 156. Cf. CARRESI, Franco. *Il contratto*, ob. cit., p. 521.

En sentido similar, el Profesor FLUME, aludiendo a la falta de reglas sistemáticas y articuladas de interpretación en el Código Civil alemán, recuerda que: "...En la fundamentación del Anteproyecto para el Primer Proyecto de BGB se dice respecto de la interpretación: 'La lógica práctica no se puede codificar, porque es inagotable'...". *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 377, aun cuando de ello no necesaria y fatalmente se deriva la inconveniencia de regular la materia, *in radice*, así sea de modo básico, pero suficiente, por cuanto la idea no es agotarla, es natural u obvio (*numerus clausus*).

pautas facultativas, lo anticipamos, resulta de innegable significación, en orden a evitar exploraciones o aproximaciones fallidas o, lo que es peor, signadas por la especulación, la inseguridad o por la arbitrariedad, se itera. Por eso abogamos decididamente por su existencia, y en el caso colombiano, por la preservación de la preceptiva inmersa en el Título XIII del Libro Cuarto de nuestro Código Civil, o de una similar, según el caso, con el propósito de hacer más segura la labor del intérprete que, de otro modo, quedaría librada a su mero arbitrio, lo que no parece ciertamente recomendable en este campo de suyo delicado y complejo, sin que ello se oponga a que no pueda tener cierta libertad en su aplicación, situación diferente, como tendremos ocasión de relievlar. Al fin y al cabo, en la búsqueda e identificación del contenido contractual, podrá valerse de variados expedientes, en su inmensa mayoría de reconocimiento legal, directo o indirecto, así emanen causalmente de la simple lógica, una lógica reconocida *ministerio legis*, con el objeto de evitar que no se altere o quebrante a través del argumento de que se trata justamente de la del hermeneuta, la que puede no estar en consonancia con los parámetros de índole lógica. Cuántas veces somos testigos de excepción de que la lógica de un sujeto, no es necesariamente la del otro, así ambos crean ser titulares de la lógica revelada, la que defienden a capa y espada.

Es más, su inclusión en el ordenamiento jurídico, en particular en el tejido normativo, no es simplemente una cuestión de gustos, o de pareceres, una especie de *divertimento*, como quiera que, en desarrollo de su raigambre lógica, conforman un sistema que, de buenas a primeras, sin fundamento atendible, no puede ser trocado o alterado *ad libitum*, toda vez que como lo corrobora el profesor argentino Héctor Alegría tales reglas "...forman un sistema y que deben ser aplicadas tomando en consideración al conjunto de las normas y a la totalidad del contrato (instrumentos y circunstancias), lo cual otorga un marco de ponderación del juez que no puede llegar a la discrecionalidad"⁽¹¹⁴⁾, consideración sistémica ésta, dueña de una particular relevancia, según se podrá comprobar en diversos apartes del presente escrito, por cuanto tales reglas no obedecen a una lluvia *legis*, a un amontonamiento o *collage*, por lo que no que fueron incorporadas en un título, sección o capítulo sin fórmula de juicio. Ni tampoco son piezas de una feria o bazar, en los que hay múltiples objetos inconexos o desarticulados, por más pintorescos y llamativos que luzcan, habida conside-

(114) ALEGRÍA, Héctor. "La interpretación de los contratos en el derecho argentino", en *Tratado de la interpretación del contrato*, T. II, Griljev, Lima, 20007, p. 75.

ración que el haz preceptivo en cuestión, en efecto, suele dialogar e interactuar, por cuanto son eslabones vivos de una misma cadena: la hermenéutico-contractual.

Derivados pues primigeniamente de la lógica, en lo esencial, y adobados en la cátedra o en la doctrina científica, en buena hora, fueron luego recepcionados por el movimiento codificador⁽¹¹⁵⁾, lo que reiteramos que en nuestra opinión es un acierto, por cuanto ello no riñe con la técnica legislativa, ni con la finalidad asignada a los códigos; todo lo contrario, está íntimamente a ella vinculada, como lo demuestra el hecho irrefutable de que su regulación es la constante internacional, motivo por el cual si ha de pensarse en códigos modelo, de principios, o de referencia y aún de carácter supralegal, según el caso, no creemos correcto prescindir de los mismos, *v.gr.*: en tratándose del anhelado Código Latinoamericano de Contratos.

Por ello es por lo que nuestra Corte Suprema, en memorable fallo del 2 de agosto de 1935, con acierto, no dudó en precisar que: *“Contiene el libro 4 del CC, en su título 13, un tratado sobre interpretación de los contratos que se distingue por su unidad y sabiduría”, idea que más adelante retomó al puntualizar que: “Puesta de relieve la unidad del citado título 13, obsérvese su admirable sabiduría en normas como estas”*; entendimiento acorde con su pensamiento ulterior en torno a su indiscutido carácter vinculante, como lo resaltaremos detenidamente en este segmento de nuestro ensayo.

En este mismo sentido, el Profesor G. Stolfi, atinadamente observa que el legislador debe intervenir en esta temática, razón por la cual, *“...con el fin de limitar el arbitrio del intérprete ‘en caso de duda’ le indica el camino que ‘debe’ seguir, y por ello le prohíbe actuar según su experiencia, la cual podría en caso concreto inducirle a dar valor, por ejemplo, a las palabras utilizadas y no la intención de los parti-*

(115) Como bien lo memora el profesor venezolano Emilio J. URBINA MENDOZA, *“...la modernidad codificadora traerá no sólo una regulación exacta y casi matemática de los contratos, sino los métodos y procedimientos para dilucidar cualquier controversia al momento de ser interpretados... La inclusión de un sistema tasado de interpretación permitirá la racionalización de los procesos judiciales sobre disputas contractuales en la Europa liberal. Las nuevas reglas hermenéuticas, si bien pertenecían ya al patrimonio interpretativo heredado del Derecho Romano, dismantelarán el desorden característico del caos iusnaturalista. El proceso codificador ahuyentará el huidizo y sospechoso fantasma que inculcaba la búsqueda de todas las soluciones jurídicas en la naturaleza de las cosas...”*. *“La interpretación de los contratos en la jurisprudencia venezolana”*, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. III, Grijley, Lima, 2007, p. 2311.

culares, o a optar por la ineficacia en vez de por la validez del acto, o a preferir el uso del lugar de la ejecución en vez del uso del lugar de la conclusión del negocio, etc.: en resumen, se prohíbe al intérprete resolver según su propia voluntad las dudas que han sido eliminadas por la Ley...”⁽¹¹⁶⁾.

Análoga reflexión, en lo pertinente, es efectuada por el profesor peruano, Luciano Barchi Velaochaga, de acuerdo con el cual “...es imprescindible que el Código Civil cuente con un sistema orgánico de normas sobre interpretación del acto jurídico en sentido amplio y del contrato en sentido más restringido. Ello permite uniformizar los criterios interpretativos y, por tanto, permiten establecer un sentido unívoco, lo cual permite obtener certeza en la relación jurídica”⁽¹¹⁷⁾.

Ahora bien, en lo que se refiere al argumento de que los códigos contemporáneos no se ocupan de estas reglas en su articulado, como muestra de que la tendencia legislativa es la de eliminarlas del mismo, debemos acotar que, por el contrario y como en su momento lo pusimos de presente, códigos tan modernos como el Código Civil del Perú de 1984⁽¹¹⁸⁾, el de Paraguay y Cuba de 1987, el de Québec del año 1991 y el Brasileño de 2002, sólo para aludir a algunos recientes ejemplos, expresamente le destinan diferentes normas a regular la interpretación de los ‘actos’ o ‘negocios jurídicos’, o de los ‘contratos’. Que

(116) G. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, ob. cit., p. 301.

Comparte análogo punto de vista, el doctrinante argentino Jorge A. ZAGO, quien se inclina “...por la conveniencia de la regulación específica...”, porque entiende “... que ello desvirtúa el riesgo de la posible inseguridad jurídica que surgiría como simple consecuencia de dejar librado al simple criterio judicial la forma y manera de interpretar la voluntad exteriorizada en el contrato y su posible inteligencia que ha sido generadora de la obligación contraída por la contraria...”. Otro tanto, hace el Profesor Jorge MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, ob. cit., p. 262, quien expresa que: “Somos partidarios de la incorporación de preceptos destinados a la interpretación de las formas modernas de interpretación, en especial de los contratos por adhesión, con carácter de normas obligatorias”.

(117) BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “La interpretación del contrato en el Código Civil peruano”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. III, Grijley, Lima, 2007, p. 1806.

(118) El también doctrinante peruano Guillermo LHMANN, aludiendo al proceso de gestación del Código Civil peruano de 1984, señala que: “Con indudable acierto se había previsto incorporar a nuestra legislación civil un conjunto de normas sobre interpretación de los negocios jurídicos”. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 249. Cf. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, ps. 335 y 343, quien califica la introducción de normas en el moderno Código Civil peruano, con razón, de “sustancial innovación”, por cuanto los autores del Código Civil de 1936, código anterior, “...no introdujeron normas de interpretación al ordenamiento civil”.

no lo hayan hecho prolijamente otras codificaciones anteriores, como la alemana, la suiza o la portuguesa, no es indicativo de que las codificaciones contemporáneas hayan erradicado toda referencia a tales reglas, como se evidencia de estas últimas legislaciones, por lo demás recientes. Además, tampoco es exacto señalar que el Código Civil alemán es el vivo ejemplo de la precitada tendencia abstencionista, por cuanto el artículo 133, ya citado por nosotros, lo memoramos, sí se ocupa de establecer una regla áurea —o suprema— en el campo hermenéutico: la relacionada con la finalidad de la búsqueda en cabeza intérprete, artículo que textualmente reza que: “En la interpretación de la declaración de voluntad ha de darse preferencia a la voluntad real sobre el sentido literal”, de lo que se desprende que tampoco es de recibo negarle cualquier referencia al tema hermenéutico. Otro tanto hay que decir del Código Suizo de las Obligaciones de 1911, porque en su artículo 18 se la da a la tarea de esclarecer el alcance de la misión del intérprete. Es así como expresa que: “Para apreciar la forma y las cláusulas de un contrato, es necesario buscar la real y común intención de las partes, sin detenerse en las expresiones o denominaciones inexactas...”

De otra parte, por su importancia, no puede soslayarse que en la esfera supranacional, los ‘Principios para Contratos Mercantiles Internacionales’ (UNIDROIT, 1994-2004), expresamente la dan cabida a ocho preceptos referentes a la interpretación de los mismos (artículos 4.1 a 4.8). Lo propio hacen los modernos ‘Principios del Derecho Europeo de los Contratos’ (PECL, 1998, Proyecto Lando), en los que a este específico tópico se le destinan siete disposiciones (artículos 5.101 a 5.107), la Propuesta para la modernización del derecho de las Obligaciones y de los Contratos en España, que regula expresamente la materia en cuatro artículos (arts. 1278 a 1281), la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 8) y el ‘Código Europeo de los Contratos’ (2002, Proyecto Gandolfi), en el que le reservan a la materia en cita tres disposiciones, a su turno contentivas de varios numerales, actitud ésta que corrobora que, si de tendencias se trata, es menester entender que la regulación de los cánones hermenéuticos, efectivamente, es la regla general, y que la excepción es la abstención, pero no al contrario⁽¹¹⁹⁾. Lo mismo sucede en rela-

(119) En la esfera prelegislativa, la situación es la misma, por cuanto los proyectos de reforma de la legislación civil existentes se aplican a disciplinar esta temática, inclusive en forma exhaustiva. Así sucede en punto tocante con el moderno Proyecto de Código Civil argentino de 1998, el que le dedica doce artículos a la interpretación del contrato (arts. 1023 a 1034).

ción con la reciente “Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos” español de 2009, artículos 1278 a 1281, inclusive⁽¹²⁰⁾.

7.2. Naturaleza jurídica de las reglas interpretativas: ¿principios generales, principios jurídicos rectores o reglas de interpretación?

Buena parte de la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, de antiguo, se refieren indistintamente al sujeto temático materia de nuestro análisis, como *reglas, principios, cánones, pautas, guías o*

(120) Indiscutible evidencia de la discusión en torno a lo pertinente que resulta la consagración de las normas relativas a la hermenéutica contractual en las diversas legislaciones nacionales e internacionales, es la explicación que, *in extenso*, hace el profesor Carlos VATTIER FUENZALIDA quien, al desarrollar el tema en la esfera del Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos, no solamente destaca la discusión que la temática en comentario generó, sino que además resalta, con incontestable acierto, la importancia de la positivización de las reglas de interpretación. Al respecto sostiene que “...ante todo, llama la atención que el Anteproyecto dedique a la interpretación del contrato las normas del Título V del Libro I, que se despliegan entre los artículos 39 y 41, puesto que supone una superación evidente de cierto escepticismo acerca de la utilidad y del carácter vinculante de las mismas, que suele aparecer de forma casi constante en los trabajos preparatorios de la codificación. Como es bien sabido, así ocurrió tanto en Francia como en Alemania, aunque no en Italia, con resultados diversos, alcanzando su máxima expresión en el Código holandés, que prescinde de tales normas y no regula la materia; y así se sostuvo también por algunos Académicos que participaron en la elaboración del Anteproyecto”.

“En efecto, aunque hubo consenso sobre la conveniencia de establecer unas pocas normas sobre este extremo, se estimó que, si bien las mismas no eran perjudiciales, resultaban de muy poca utilidad, que no eran necesarias y que, de establecerse, suscitarían inevitablemente nuevos problemas interpretativos, aunque en este último caso se trataría más bien de la hermenéutica legal que de la interpretación del contrato que aquí nos ocupa. No obstante, el Anteproyecto se aparta de estos discutibles precedentes, como no podía ser de otro modo en una obra cuya redacción final ha estado a cargo del Profesor G. Gandolfi, que es un buen conocedor de las fuentes romanas sobre el tema. Lo que nos parece un acierto desde puntos de vista diversos. Por un lado, consagra la concepción favorable al carácter vinculante de las normas sobre la interpretación del contrato que prevalece en los ordenamientos europeos, en los que ha permanecido aislada la tesis contraria, con la consecuencia de que su infracción es revisable en casación. Por otro lado, facilita la unificación de la interpretación de los contratos internacionales en el ámbito europeo, que adolece de graves incertidumbres por el sistema de remisiones del Derecho internacional privado a las reglas nacionales, las cuales difieren no sólo en lo que concierne a los criterios de formulación, contenido y naturaleza, sino también en cuanto a su extensión, clasificación y jerarquía y, sobre todo, al valor atribuido al texto escrito, al papel de la buena fe y de los usos y a las llamadas reglas de cierre...”. Interpretación del contrato, en SOTO COAGUILA, Carlos y VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Libertad de contratar y libertad contractual*, ob. cit., ps. 337 y 338.

parámetros de interpretación. Lo paradigmático es que estas denominaciones que, en rigor, deberían reflejar la arquetípica naturaleza jurídica de las normas que regulan la hermenéutica contractual, han sido desprevenidamente asignadas como rótulos que, más que a un intenso ejercicio de reflexión, obedecen a motivos mecánicos o de sonoridad de la expresión.

En efecto, las más de las veces, los estudios relacionados con la interpretación de los negocios jurídicos pasan por alto el análisis de la correcta denominación que se debe dar a las reglas contenidas en la legislación, como si se tratase de una discusión irrelevante o inocua, ayuna de efectos en la *praxis* jurídica contemporánea. Nada más alejado de la realidad, pues como bien es sabido, el rótulo de las instituciones jurídicas en general, a la par de su indiscutida función pedagógica y sistematizadora, cumple la importante misión de indicar cuál es la naturaleza jurídica de la figura *sub-examine* y, en esa medida, de orientar a la comunidad jurídica, en general, en torno a los linderos y las características que la informan. Por eso no resultan aconsejables del todo las denominaciones o los rótulos que se acompañan más con la simple y desprevenida repetición de lo que —de antaño— se continúa diciendo, sin descender a una depurada reflexión alrededor de lo precisas o pertinentes que pueden resultar. En suma, es una cuestión que trasciende lo meramente terminológico, o de preciosismo jurídico.

Esta ha sido, como se anotaba, la situación que han experimentado las reglas de interpretación, a las que en veces se les califica como *principios*, otras como *reglas* o como *cánones*, etc., repitiendo por doquier cualquiera de estas denominaciones y pasando desapercibidas las consecuencias que cada una de ellas acarrea. Por eso es por lo que se estima necesario esbozar, así sea de manera sumaria, cuál es la naturaleza jurídica que a ellas corresponde y, siendo respetuosos de las opiniones discrepantes, cuál es, en puridad y estricto rigor jurídico, la expresión más adecuada para referirse a ellas, desde luego a nuestro juicio.

Al respecto, *in primis*, cumple recordar que el sistema de hermenéutica contractual tiene como objetivo vertebral encontrar la común intención de los contratantes —*communis intentio* o *voluntas spectanda*—. Por ello, como reiterativamente lo hemos puesto de presente en este estudio, ese es el norte que debe orientar la labor del intérprete y, en consecuencia, el punto de arribo o la meta a la que se debe aspirar, en lo posible, por lo que diversos ordenamientos jurídicos de orden

nacional e internacional le atribuyen una suerte de *status* especial⁽¹²¹⁾, lógica consecuencia de que constituya el fundamento teleológico del sistema de interpretación, *in globo*. Ahora bien, sumado a ese objetivo principal, la normatividad prevé también una serie de reglas de carácter auxiliar, cuya labor es la de orientar al intérprete en su tarea de develar la *communis intentio* de los contratantes y, si ello no fuere posible, proveer diferentes mecanismos para solucionar las dudas y ambigüedades derivadas del texto contractual. De ahí que los sistemas hermenéuticos, como lo anotamos, sean complementarios.

Así las cosas, nótese cómo el sistema de interpretación no sólo se ocupa de señalar cuál es el objetivo principal que el hermeneuta debe procurar y que constituye la columna vertebral de su tarea, sino que además consagra una serie de reglas enderezadas a garantizar, en la mayor medida posible, la consecución del mencionado propósito; puesto en otras palabras, el sistema de interpretación señala cuál es la meta a lograr y suministra la guía o la hoja de ruta que se debe seguir para ello.

Por eso es por lo que, en puridad, es dable identificar dos tipos de disposiciones de distinta naturaleza jurídica en el marco de las normas de hermenéutica contractual, a saber: en primer lugar, aquella que consagra el objetivo orientador del intérprete y que, como tal, es la base teleológica y rectora de todo el sistema, y, en segundo lugar, aquellas que sirven como reglas de carácter auxiliar y cuyo cometido es colaborarle al intérprete en la consecución del referido objetivo central. Lo anterior, como es natural, conduce además a que la naturaleza y la jerarquía de unas y otras sea disímil, en la medida en que las denominadas reglas auxiliares están al servicio del cometido principal, tejiéndose entre ellas una relación de *medio a fin*⁽¹²²⁾ que es

(121) Como en otra oportunidad en este escrito se describió, ello sucede, entre otros, en el marco de los principios UNIDROIT, los que señalan la preeminencia de la develación de la real intención de las partes contratantes en materia de interpretación: artículo 4.1, así como en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 5:101); es el caso, finalmente, de varios Códigos Civiles, como el artículo 1618 del Código Civil de Colombia; el artículo 1132, segundo párrafo, del Código Civil de Panamá; el artículo 510, fracción I, del Código Civil de Bolivia; el artículo 1298 del Código Civil de Uruguay; el artículo 1362 del Código de Napoleón; el artículo 1281, segundo párrafo, del Código Civil español; el artículo 708, primer párrafo, del Código Civil de Paraguay; el artículo 1560 del Código Civil de Chile; el artículo 1593, segundo párrafo, del Código Civil de Guatemala; el artículo 1851, segundo párrafo, del Código Civil de México para el D. F. etc.

(122) Así lo ha reconocido la propia Corte Suprema de Justicia de Colombia, que al respecto ha sostenido, se recuerda, que “...en el derecho privado nacional en

indicativa, en primer lugar, de la imposibilidad de equipararlas desde el punto de vista jurídico y, en segundo lugar, de lo desacertado y equívoco que puede resultar calificarlas bajo el mismo rótulo o *nomen* —como si todas fueran principios o reglas—, en la medida en que, en puridad, no pertenecen al mismo género ni comparten, *in concreto*, la misma naturaleza jurídica⁽¹²³⁾.

Así, en lo que se refiere al objetivo medular de la interpretación, cual es, como se anticipó, *hallar la común intención de los contratantes*, varios son los aspectos que se deben clarificar, en orden a precisar mejor la naturaleza en comentario.

En primer lugar, partiendo de su indiscutido rol como norte o propósito rector de la tarea hermenéutica, es claro que, desde el punto de vista de la jerarquización, su importancia es un tanto mayor a la de las demás reglas de interpretación; en efecto, si se parte de la base de que éste es el fin hacia el cual se dirigen los denominados *cánones* de interpretación, en sentido amplio, queda en evidencia el carácter instrumental de éstos últimos, y la consecuente trascendencia teleológica del primero⁽¹²⁴⁾; como bien lo indica Irving Copi y Carl Cohen en su

materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (artículo 1618 del Código Civil). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual...” (Sentencia del 19 de diciembre de 2008, ob. cit., p. 19).

(123) Refiriéndose a la normatividad en general, el autor Ramón Ruíz Ruíz expresa que “...no todas las normas que integran un determinado Ordenamiento jurídico son iguales, sino que éstas pueden ser de muy distinto tipo y pueden ser catalogadas conforme a diversos criterios. Así, por ejemplo, el Derecho español distingue entre Constitución, leyes y reglamentos, y dentro de estos grupos, a su vez, entre ley orgánica y ley ordinaria, decreto-ley, decreto legislativo, real decreto, orden ministerial, etc. Pero existen también criterios doctrinales de clasificación de las normas, entre los que los más conocidos son los propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L. A. Hart” (“La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho” [En línea] http://www.urbeetius.org/newsletters/20/news20_ruizruiz.pdf).

(124) Así lo ha venido confirmando la Corte Suprema de Justicia colombiana. Efectivamente, el máximo tribunal ha sostenido que, en su labor hermenéutica, el juez debe “...apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto

tratado de lógica, la relación medio a fin siempre supone una subordinación entre dos categorías discursivas, particularmente, la subordinación del medio, cuyo carácter es estrictamente vehicular, respecto del fin, cuya naturaleza es principal⁽¹²⁵⁾.

Es así como descendiendo al caso de la hermenéutica contractual, es coherente afirmar que los cánones o pautas de interpretación —como tradicionalmente se les denomina— están en una posición de subordinación respecto del objetivo rector que es, como reiterativamente se ha dicho, la búsqueda de la común intención de los contratantes. Por eso, rectamente entendidas, cumplen una importante tarea instrumental, sirviendo de apoyo o estribo a la consecución del logro en cuestión, que como pudimos observar en el aparte pertinente de este estudio —reiterado en diversos segmentos del mismo—, es el eje del esquema hermenéutico negocial, de acuerdo con la *communis opinio* (ley, jurisprudencia y doctrina), y con los más modernos proyectos internacionales en la materia (principalística).

Esta divergencia en la jerarquización preceptiva es uno de los criterios a los que la doctrina tradicionalmente ha aludido para diferenciar, al menos desde el punto de vista material, un *principio* de una *regla jurídica*⁽¹²⁶⁾. En este sentido, como bien lo indica Ramón Ruíz, aquellas disposiciones que sirven de norte del ordenamiento y cuya consecu-

de escrutinio por parte de su intérprete... Todas estas directrices, en últimas, tienen el confesado propósito de evidenciar la común voluntad de los extremos de la relación negocial, lo mismo que fijar unos derroteros enderezados a esclarecer la oscuridad o falta de precisión que, in casu, puede presentar el texto contractual, bien desestimando interpretaciones que, inopinada o inconsultamente, conduzcan a privar de efectos a la cláusula objeto de auscultación, ya sea otorgándole relevancia a la naturaleza del contrato, bien interpretándolo de modo contextual, esto es, buscando armonía entre una cláusula y las demás, etc....” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 28 de 2005. Exp. 7504, Magistrado Ponente, JARAMILLO J. Carlos I.).

(125) COPI, Irving y Carl COHEN. *Introducción a la lógica*. Limusa Noriega, México. 2001, p. 118.

(126) Es importante precisar que en el presente escrito no se pretende agotar el debate en torno a la distinción entre principios y reglas jurídicas. De antemano se reconoce la dificultad que este último reviste y por ello simplemente se traen algunas consideraciones de orden general, con el propósito de elucidar el concreto objeto de análisis. Sobre este particular, para mayor información, *vid.*, KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, U.N.A.M., México, 1983; H.L.A. HART. *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; ZAGREBLESKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.

ción se garantiza a través de normas de menor jerarquía, suelen encajar en la categoría de principios jurídicos, reservada justamente para aquellos mandatos que se erigen como aspiración del derecho⁽¹²⁷⁾. Ello, como fácilmente se intuye, es perfectamente aplicable a la disposición que dispone encontrar la *communis intentio* en la esfera de la hermenéutica contractual, la que, como reiterativamente se ha dicho, refleja una aspiración del ordenamiento jurídico, un objetivo estructural para el cual se ha diseñado un variado número de reglas jurídicas, integrantes de un verdadero sistema, como ya se mencionó en precedencia. Puesto en otras palabras, se trata de una disposición de superior jerarquía que refleja la finalidad perseguida por la normatividad y a cuyo servicio hay unas reglas de carácter instrumental, encuadrando así en la categoría de principio jurídico.

Ahora bien, desde otra óptica, cumple recrear que “...el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”⁽¹²⁸⁾. Obsérvese entonces cómo desde esta perspectiva también es perfectamente viable afirmar que la norma según la cual el intérprete debe encontrar la común intención de los contratantes es, en puridad, un principio; en efecto, se trata de un mandato de optimización, una aspiración del ordenamiento que ordena realizar algo, pero que, como también reconoce el propio ordenamiento, puede ser cumplido en mayor o menor medida según las posibilidades fácticas y jurídicas: por eso es por lo que el propio ordenamiento diseña todo un andamiaje jurídico encaminado a garantizar su cabal aplicación, sin perjuicio de lo cual contempla también unas reglas alternativas —las reglas de interpretación objetiva—, para aquellos casos en que su cumplimiento, *sub conditione*, no ha sido posible. Ello demuestra que se trata de un mandato de optimización, cuyo cumplimiento es gradual y, así, devela su naturaleza como principio jurídico —o de derecho para otros—.

(127) Cf. Ruíz, Ramón. *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*, ob. cit.

(128) ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, Doxa núm. 5, Alicante, 1989, ps. 143/144.

De lo anterior se desprende además otra conclusión: si bien la interpretación subjetiva es un principio jurídico en el Derecho occidental y continental (*Civil Law*), no se trata, como algunos afirman, de un inexorable principio general de derecho, habida cuenta que como mandato de optimización, cuyo cumplimiento no es total, sino gradual, admite excepciones y, en esa medida, no puede ser catalogado como principio general, *stricto sensu*⁽¹²⁹⁾.

Al respecto, bien es sabido que un genuino principio de esta categoría, para ser tal, no puede ser exceptuado, en particular, sino que debe permear el ordenamiento jurídico *in toto* (irradiación plena), como sucede, *ad exemplum*, con la buena fe (solar)⁽¹³⁰⁾. De ahí que al admitir excepciones (evidentes cuando se aplican las reglas de la interpretación objetiva), no sea posible calificar al principio según el cual el intérprete debe hallar la común intención de los contratantes, como un genuino principio general de derecho; no: en realidad, como principio que rige la actividad hermenéutica, se puede decir que se trata de un principio cardinal o rector por su importancia superior, esto es, por ser el orientador teleológico de todo el sistema de interpretación, pero que no es general, por cuanto su aplicación, se itera, admite matices y matices, de acuerdo con el *casus*, como bien se acotó,

(129) Es importante hacer hincapié en el llamado que otros autores han hecho en torno a la inconveniencia de observar en todo principio de relativa importancia, un principio general de derecho. Ya Guido ALPA, con potísima razón, prevenía que “no todas las fórmulas que se presentan como principios [generales] son verdaderamente tales; no todo los principios tienen la misma relevancia; no todos los principios son usados del mismo modo” (*II principi generali*. Giuffrè. Milano, 1993, p. 7.). Manuel ALBALADEJO, por su parte, afirma con acierto que “... no siempre las reglas jurídicas son fórmulas breves que recogen un principio general, sino que, a veces, con ellas se expresan ideas que son bien orientaciones en algún tema jurídico, bien simplificaciones de doctrina, etc...” (*Derecho civil*, T. I, Bosch, Barcelona. 1980, p. 124).

(130) Ya advertía Don Manuel DE LA PUENTE y LAVALLE que “...tanto la corriente positivista, que entiende que los principios generales del derecho son aquellos que informan las soluciones concretas del derecho positivo, sirviéndole de fundamento, como la corriente naturalista, que les concede el carácter de criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas singulares, reconocen que lo verdaderamente importante es destacar que los principios generales constituyen normas jurídicas básicas de la organización social que revelan el sistema en que reposa la sociedad, no admitiendo excepciones...”. “La Doctrina de los actos propios”, en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, T. I, 2003, p. 354. Cf. BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1986, ps. 63 y 64.

hasta el punto de que no se habla de un método hegemónico, según se dijo, sino de la pervivencia de dos modelos que, antes que anularse, se complementan, en lo suyo.

Idéntica reflexión se ha planteado en el marco de otras *regulae iuris*, v.gr.: el *venire contra factum proprium*, *pater ius* de la denominada doctrina de los actos propios —por demás vinculada al tema de la interpretación, como quiera que su centro de gravedad es la conducta voluble de un sujeto en particular que genera perplejidad y desconcierto en otro, la que se erige también como concepto vertebral de la hermenéutica contractual, que igualmente atiende a la conducta de los contratantes para develar el contenido de las estipulaciones negociales y fijar su aplicación y alcance⁽¹³¹⁾—, suele desprevenidamente calificarse por muchos como principio general de derecho, cuando en rigor admite excepciones y morigeraciones que, como tales, descartan por completo el aludido carácter general. Es más, por excelencia, ella es de aplicación residual, amén que puntual, y no generalizada o extendida⁽¹³²⁾.

(131) La evidente relación existente entre la doctrina del *venire contra factum proprium non valet* y la hermenéutica contractual, en sí misma, es puesta de presente por la profesora Mariana BERNAL, quien justamente llama la atención sobre la importancia que tiene la *conducta de los sujetos*, en ambos institutos. “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, en *Revista Universitas*. N° 120. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, enero-junio de 2010, ps. 253/270.

(132) Ya advertía el afamado profesor peruano, Don Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE que: “Parece difícil conceder a la doctrina de los actos propios la naturaleza de principio general de derecho. Tanto la corriente positivista, que entiende que los principios generales del derecho son aquellos que informan las soluciones concretas del derecho positivo, sirviéndole de fundamento, como la corriente naturalista, que les concede el carácter de criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto de las normas singulares, reconocen que lo verdaderamente importante es destacar que los principios generales constituyen normas jurídicas básicas de la organización social que revelan el sistema en que reposa la sociedad, no admitiendo excepciones”. *La Doctrina de los actos propios*, ob. cit., p. 354. Don Luis DÍEZ PICAZO, por su parte, es partidario de la misma posición, al afirmar que: “Las sentencias de nuestro Tribunal Supremo han insistido reiteradamente en que la regla, conforme a la cual ‘nadie puede válidamente ir contra sus propios actos’, tiene en nuestro ordenamiento jurídico categoría de principio general de Derecho. Esta afirmación jurisprudencial, que nunca ha sido demostrada, ni siquiera razonada o fundamentada, exige una revisión a fondo. Ante todo, fracasa en seguida el intento de asegurar la generalidad de la doctrina de los propios actos. Hay, dentro del ordenamiento jurídico, una serie de hipótesis en las cuales una actuación contraria a la conducta anterior del sujeto se encuentra no sólo permitida, sino aun protegida jurídicamente...”, motivo que induce al mismo autor a preguntarse a continuación, en desarrollo de tal realidad, “¿qué generalidad puede atribuirse [entonces] a la doctrina de los propios actos?, ¿cómo puede hablarse de un verdadero principio general de Derecho?”. *La doctrina*

Ahora bien, en lo que atañe a los demás parámetros de interpretación que la norma ha previsto con el propósito de garantizar el principio rector —esto es, para garantizar la interpretación subjetiva—, bien podría continuarse con el razonamiento anterior y, dado su carácter instrumental o coadyuvante respecto de dicho principio, catalogarlas como reglas jurídicas o cánones de interpretación.

Efectivamente, si se parte de la base de que las reglas son aquellas normas que, estando al servicio de los principios, son de cumplimiento completo, esto es, se cumplen o no se cumplen⁽¹³³⁾, encontramos que los diversos cánones o pautas de interpretación encajan en esta categoría: de una parte son, como se anticipaba, la hoja de ruta, la brújula o la carta de navegación para garantizar la consecución del principio rector de la interpretación subjetiva o, en caso de que dicho principio no pueda cristalizar, para orientar al intérprete en torno a la metodología hermenéutica que debe seguir, y, de la otra, su cumplimiento es completo. Así, no es factible hacer una interpretación parcialmente sistemática o parcialmente teleológica; no: el canon se aplica como un todo indivisible, incluso en asocio con otros cánones, pues forman parte, articuladamente, de un sistema, como se ha precisado ya.

Por ello es por lo que el propio Código Civil colombiano, entre otros más, le reconoce expresamente el carácter de *regla*, cuando se refiere a ellos en el artículo 1624⁽¹³⁴⁾. También desde la óptica internacional, en lo atinente a la principalística contractual, se ha utilizado la expre-

de los actos propios. Bosch, Barcelona. 1962, ps. 128 y 129. Cf. Alejandro Borda, La teoría de los actos propios. Op.cit., ps. 63/64.

(133) Explica Robert Alexy que "...las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatoria hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a la que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla..." Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, ob. cit., p. 87.

(134) El artículo 1624 del CC, *expressis verbis*, prescribe que: "No pudiendo aplicarse ninguna de las **reglas precedentes** de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. 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" (se destaca).

sión *reglas jurídicas* para referirse a ellas, tal y como lo hacen los Principios de Derecho Europeo (Proyecto Lando), en el encabezado del artículo 5:101, cuyo rótulo es '*Reglas generales de interpretación*', y en el artículo 5:103, en el que habla de la *regla de interpretación contra-proferentem*. Igualmente es el caso del Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi, Academia Iusprivatista Europea), que emplea la expresión '*reglas*' de interpretación en el artículo 41: "Cuando, a pesar de las *reglas* contenidas en los artículos anteriores, persistan las dudas..." E igualmente, aún desde el prisma histórico y doctrinal, la situación es la misma, como quiera que Domat y Pothier, en su orden, emplearon dicha expresión a lo largo de sus importantes obras del siglo XVIII, ya referidas por nosotros.

En síntesis, si bien es cierto que de una u otra manera la expresión más socorrida en el lenguaje técnico-jurídico moderno para referirse a estos cánones, directrices o pautas de interpretación de los contratos, es la de *reglas*, tampoco es menos cierto que, mejor examinado el tema, en su conjunto, en particular analizado el tratamiento global a él otorgado, se evidencia que hay un principio rector, que la propia doctrina y jurisprudencia, en su afán por diferenciarlo y por darle un *status* especial, lo ha denominado 'regla de oro,' 'regla matriz,' 'regla cardinal,' 'regla superior,' 'regla áurea,' 'regla suprema,' etc., hecho que denota el linaje que se le quiere asignar. De allí que por tratarse del corazón del sistema hermenéutico (búsqueda de la común intención de los contratantes) prefiéramos darle a este postulado la calidad de *principio rector* —que no de 'principio general'—, y a las restantes pautas, el calificativo de reglas de interpretación, por manera que identificamos un gran principio rector, y una pluralidad de reglas instrumentales o colaterales, no por ello aynas de importancia, porque la tienen, en grado superlativo. Con todo, sabemos que el empleo del vocablo *regla* —o *reglas*— está tan extendido, que la referencia a él se hace más mecánica que reflexivamente, motivo por el cual termina admitiéndose en la práctica. De hecho, en el afán de abordar el tema *in complexu*, nosotros mismos lo hemos hecho.

7.3. Fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los contratos

Esclarecidos los puntos que anteceden relativos a la ostensible conveniencia de incorporar las reglas o principios hermenéuticos del contrato en la codificación civil —o en la mercantil, según cada realidad normativa—, al igual que la naturaleza jurídica que ellas revisiten, cumple analizar un tópico aún más controvertido en la dogmática nacional e internacional. Nos referimos al atinente a la definición de su poder o fuerza vinculante, aspecto para nada pacífico, así se pueda hablar hoy en día de una tesis dominante, como se anotará.

Por décadas, efectivamente, luego de expedido el mítico Código Civil francés en el año 1804, imperó la tesis de la ausencia de su fuerza vinculante, fincada en su carácter de meras directrices, pautas, recomendaciones, sugerencias o consejos delineados por el legislador, no con carácter obligatorio, sino meramente indicativo, a fin de hacer más expedita y libre la tarea del intérprete, especialmente del juez.

A juicio de buena parte de los militantes de la afamada Escuela de la Exégesis, dichas normas no constreñían al *iudex*, quien en tal virtud no estaba obligado —forzosamente— a seguirlas, de suerte que podía incluso desoír las. Ello explica que para sus propugnadores, fueran simples consejos, o pautas sugeridas, como se anticipó, susceptibles de no ser acatadas, sin consecuencias jurídicas. Es así como autores del prestigio de Demolombe, Larombiere, Toullier, Laurent, Aubry y Rau, y Baudry-Lacantinerie, se inclinaron por esta tesitura, ya sostenida con antelación por Merlin, en el marco del derecho revolucionario, previo a la expedición del código galo.

Esta misma postura, una vez culminada la frondosa Escuela de la Exégesis francesa, fue acogida por doctrinantes de la pasada centuria, en términos muy similares, aun cuando es de resaltar que ya entrado el siglo XX, el tema en comentario dejó de ser pacífico y uniforme, puesto que la tesis adversa comenzó a ser defendida, esto es la que proclamaba su carácter indefectiblemente vinculante.

El profesor Louis Josserand, entre varios juristas franceses de su época y también de la segunda mitad del siglo precedente, comulgando con la posición tradicional, no dudó en aseverar que: “Estas directivas, que llevan el sello del buen sentido y de la equidad, son simples recomendaciones sin carácter obligatorio para el juez... pertenece al juez de fondo interpretar soberanamente los contratos; si se equivoca, viola el contrato, no la ley.”⁽¹³⁵⁾

Otros tratadistas franceses, más contemporáneos, igualmente sostienen esa misma tesis, por vía de ejemplo, los Profesores Alex Weill, y François Terré, a juicio de quienes “Las reglas de interpretación desarrolladas por los artículos 1156 a 1164 del Código Civil no tienen carácter imperativo, pues ellas son simples recomendaciones, aun cuando tienen el mérito de facilitar la tarea del juez”⁽¹³⁶⁾.

(135) *Derecho civil*, T. II, vol. I. *Teoría general de las obligaciones*, ob. cit., p. 176.

(136) TERRÉ, François. *Droit Civil. Les obligations*, Dalloz, París, 1986, p. 365, pensamiento confirmado en una edición ulterior. TERRÉ, François, Philippe Si-

La misma jurisprudencia francesa, sobre el particular, de antiguo también se ha matriculado expresamente en esta posición. Elocuente es el contenido de la memorable y puntual sentencia de la Corte de Casación francesa del 18 de marzo de 1807, conforme a la cual tales normas “son, antes que todo, consejos dados a los jueces en materia de interpretación de contratos, y no reglas rigurosas e imperativas...”⁽¹³⁷⁾.

No obstante todo lo anterior, examinados los antecedentes del Código de Napoleón, extrañamente se evidencia que para sus redactores dichas reglas no tenían, *per se*, el inexorable carácter de meras recomendaciones o consejos, sino un carácter de suyo diverso, según parece desprenderse de los mismos. Así, por vía de ejemplificación, ilustrativo resulta traer a colación el pensamiento de uno de sus egregios redactores, Bigot-Preameneu, quien no dudó en aseverar que: “...la con-

MLER e Yves LAQUETTE, Dalloz, 2002, p. 444. Cf. FLOUR, Jacques y Jean-Luc AUBERT, quienes se ocupan del tema, recordando que también la doctrina francesa les confiere a estas normas el apellido de ‘recetas’ legales, o de guías judiciales. Les obligations, vol. I. Sources: L’acte juridique, Armand Colin, París, 1975, p. 323. Por su parte A. COLIN, y H. CAPITANT, expresando una idea similar, indican que ellas sirven de “...hilos conductores para el juez cuando cumple esta misión”. Curso elemental de derecho civil, T. III, Teoría general de las obligaciones, Reus, Madrid, 1960, p. 674. Jean Carbonier, retomando la misma idea, reseña que: “Más que de verdaderas reglas jurídicas, tratase de máximas de régimen interior que se dirigen al juez”. Derecho civil, T. II, vol. II. El derecho de las obligaciones y la situación contractual, Bosch, Barcelona, 1971, p. 518. Lo mismo hace Maria-Hélène Maleville, quien con fundamento en la jurisprudencia francesa, expresa que: “las reglas de interpretación de los artículos 1156 y 1164 del Código Civil no son imperativas, a pesar de su formulación. Ellas no son más que consejos dados a los magistrados, cuyo eventual desconocimiento no puede, por sí sólo, abrirle paso a la casación”. Pratique de l’interprétation des contrats. Etude jurisprudentielle, Publication de l’université de roun, 1991, p. 157.

(137) El estado jurisprudencial de la cuestión a lo largo del siglo XX y lo corrido del siglo XXI, sigue siendo el mismo, en lo fundamental.

En el campo doctrinal, la tendencia dominante sigue siendo la misma. Incluso, fuera de Francia algunos destacados doctrinantes se inclinan por la mencionada tesis jurisprudencial “...de la casación francesa”, tal y como tiene lugar con el Profesor Jorge MOSSET ITURRASPE, quien en el punto comparte análoga opinión a la expresada por el Profesor Lafaille, más no la explicitada por sus colegas, los doctrinantes Videla Escalada y Masnatta, los que adhieren al criterio vinculante de las reglas de interpretación. Contratos, ob. cit., p. 261. Cf. LAFAILLE, Héctor. *Derecho civil. Contratos*, vol. I, Ediar, Buenos Aires, p. 341 quien anota respecto de las reglas de interpretación que “...se trata de meras indicaciones para el juez, a quien corresponde en definitiva decidir sobre los casos dudosos”, aun cuando también sobre los claros y diáfanos, agregamos nosotros, puesto que como se ha esbozado, y como se observará a espacio, todas las declaraciones de voluntad, indistintamente, exigen interpretación, la que no está pues reservada para la dificultad, para la oscuridad, para el laberinto negocial, hecho que acentúa la necesidad de un haz de reglas mínimas y ordenadas.

vencción sirve de ley a las partes: es preciso pues para interpretar esta ley buscar la intención de los que la han dictado”, motivo por el cual, refiriéndose a las reglas hermenéuticas que, a la sazón, se estimó conveniente incluir en el proyecto respectivo —hoy su Código Civil—, indicó que: “Estos axiomas deben ser invariables como la equidad que los ha dictado. Fueron a la vez el lustre y fundamento de la legislación romana, y es preciso que tengan lugar en el Código Civil”⁽¹³⁸⁾, reflexión ésta que, en lo toral, coincide con la realizada en la misma época por el Tribunal Favard, quien reseñó que los jueces “...deben seguir, en esa penosa averiguación, ciertas reglas universales. El proyecto de ley presenta varias de ellas, que han recibido la aprobación de todos los tiempos”⁽¹³⁹⁾.

Lo anterior explica que un sector autoral francés —no muy numeroso—, sintonizado con los referidos antecedentes de su Código Civil, abogó por una lectura enteramente distinta de las normas que gobiernan la ‘interpretación de las convenciones’. Es el caso de los mencionados hermanos Mazeaud que, tras explicitar el contenido de la jurisprudencia imperante en esta temática, rigurosamente anotaron que “...Cabe preguntarse acerca del debido fundamento de tal jurisprudencia. En efecto, se concibe mal que algunas reglas de derecho no fueran sino facultativas para el juez, sobre todo cuando el legislador no precisa en nada ese carácter facultativo. El papel del legislador no es el de dar consejos a los jueces, sino el de trazar reglas obligatorias para los ciudadanos y, por ende, para los jueces encargados de hacerlas respetar. En todo caso, los redactores del Código Civil creyeron imponer a los jueces el respeto de las reglas de interpretación que trazaban”⁽¹⁴⁰⁾.

Es de señalar, por su significación, que en el Derecho italiano, precedente a la reforma civil del año 1942, regía un código muy similar al francés, acuñado en el año 1865, lo cual no fue óbice para que en este aspecto la doctrina se separara del criterio galo, ya expuesto. Es así como el Profesor Nicolás Coviello, en su esclarecedora *Doctrina general del derecho civil*, precisó que: “las normas interpretativas no deben mirarse como normas doctrinales, y que no tienen por lo mismo valor

(138) Exposición de los motivos en que se funda el título de los contratos y obligaciones convencionales en general, Curso de legislación formado por los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón, Barcelona, 1841, ps. 222 y 223.

(139) *Vid.*, Henry y León Mazeaud, y Jean Mazeaud. Lecciones de derecho civil, Parte Segunda, vol. I, ob. cit., p. 376.

(140) *Ibid.*, p. 391.

jurídico; son verdaderas normas jurídicas, por lo que constituyen criterios legales, y no simples criterios lógicos; por eso no pueden violarse impunemente”⁽¹⁴¹⁾.

Esta última postura, consultada la *communis opinio*, es la dominante en el Derecho comparado, incluido el colombiano, más allá del contenido de alguna jurisprudencia patria que reseñaremos —posteriormente exceptuada—, la que proclama que los cánones *legis* que disciplinan la hermenéutica contractual, de un lado, son arquetípicas normas jurídicas y, del otro, son preceptos forzosamente vinculantes para el intérprete, específicamente para el juez, quien no los puede quebrantar, so pena de la aplicación de los correctivos que resulten de recibo, de ordinario la indiscutida procedencia del recurso extraordinario de casación, tema éste al que en otro momento desearíamos destinarle un apartado individual.

Entre tanto, señalemos con F. Messineo que “...tales normas son verdaderas y propias normas jurídicas y no meras sugerencias hechas sobre la base de la experiencia común”⁽¹⁴²⁾. toda vez que como lo refiere —por su parte— don Federico de Castro y Bravo, “...sobre su carácter jurídico y vinculante no puede dudarse. No son apotegmas lógicos; por el contrario, imponen criterios de política jurídica, decidan imperativamente casos de duda y ordenan cómo se ha de completar lo establecido en la regla negocial”⁽¹⁴³⁾. Al fin y al cabo, como acertadamente lo recuerda el Profesor alemán Erich Danz, en clara oposición a un numeroso sector de la doctrina de su país que se apoya en los antecedentes del BGB⁽¹⁴⁴⁾, “Las reglas interpretativas, cuando se

(141) COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 444. Cf. RICCI, Francesco. *Derecho civil teórico y práctico*, T. XIII, Librería Moderna, p. 100.

(142) MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, T. II, ob. cit., p. 94. Similar opinión expresa Massimo BIANCA, para quien “...las reglas legales de interpretación son normas jurídicas, y son también normas técnicas cuando se adecuan a los cánones comunes de la lógica y de la experiencia. La violación de las reglas legales de interpretación por parte del juez de conocimiento comporta, como se vio, la posibilidad de censura ante casación...”. *Derecho Civil. El contrato*, ob. cit., ps. 437/438.

(143) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 80.

(144) Según lo recuerda el Profesor W. FLUME, “El BGB no contiene, a diferencia de otras codificaciones, ninguna regla general de interpretación que ofrezca determinadas instrucciones para la interpretación. Los autores del BGB no dieron ningún valor a los preceptos legales de esta clase. En la Exposición de Motivos se dice: ‘Los preceptos de esta clase son esencialmente reglas del pensamiento sin ningún contenido jurídico-positivo: al juez se le dan lecciones de lógica práctica. En ello existe el peligro de considerar a estas disposiciones como verdaderas normas jurídicas’...”. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 369.

contienen en las leyes del Estado, tienen evidentemente el carácter de leyes, de normas jurídicas, como todas la demás leyes. No se ve por qué no han de ser normas jurídicas positivas, sino reglas dialécticas que deban servirle de guía al juez en sus operaciones mentales... No es discutible que formalmente son tan leyes como las demás; el que den instrucciones al juez para proceder de un determinado modo en la decisión de los litigios no les priva del carácter de leyes..."⁽¹⁴⁵⁾ ⁽¹⁴⁶⁾.

Si no fueran realmente vinculantes las normas en comento, si fueran simplemente consejos o recomendaciones, como tales ayunos de *imperium*, "el destino del negocio dependería de no de la voluntad de las partes secundada por la Ley, sino de la circunstancia fortuita de que ello fuera interpretado por este o aquel juez y, por consiguiente, se llegaría a gran incertidumbre, ya que repercutirían

(145) La interpretación de los negocios jurídicos, ob. cit., p. 135, connotado autor que reafirmado su férrea posición advierte que: "...lo que no puede admitirse es que se afirme que su aplicación depende del libre arbitrio del juez; es tanto como decir que la ley crea las normas y al propio tiempo las deroga retirándoles su fuerza coactiva", *Ibidem*, p. 135.

(146) Esta, como se mencionó, es la opinión prevalente en el Derecho comparado. Así, en adición a los autores referenciados, bien puede verse con provecho, entre otros más, a los siguientes autores: BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, III, ob. cit., ps. 385 y 386; COVIELLO, Nicolás. *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 444; BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley de los actos jurídicos*, ob. cit., ps. 229 y 230. Pasarelli, Santoro; Luigi CARIOTA FERRARA. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 608; MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, T. II, ob. cit., p. 94. ALBALADEJO G. Manuel. *El negocio jurídico*, p. 332; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derecho civil*, ob. cit., p. 65; GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *Manual de derecho civil. Obligaciones*, ob. cit., p. 609; VIDELA ESCALADA, Federico. *La interpretación de los contratos civiles*, Buenos Aires, 1964, ps. 46 y 59; ZAGO, Jorge A. *Interpretación del contrato*, ob. cit., p. 102; BORDA, Guillermo. *Manual de contratos*, ob. cit., p. 59; BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las obligaciones*, T. I, ob. cit., p. 686; CIFUENTES, Santos. *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 2 Fernando VIDAL RAMÍREZ, *Teoría general del acto jurídico*, ob. cit., p. 235, y LOHMANN L. Guillermo y José LEYVA SAAVEDRA. "Interpretación de los contratos", en *Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM*, vol. 65 (Nº 1 - núm. 2), Lima, 2008. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 251; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Interpretación del negocio jurídico", en *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, Universidad de La Sabana y Diké, Medellín, 2010, p. 211. Jorge LÓPEZ SANTAMARÍA. *Los contratos*, ob. cit., p. 346, y ABELIUK, René. *Las obligaciones*, T. I, Temis y Editorial Jurídica de Chile, Bogotá, 1993, p. 92.

En contra, CARRESI, Franco. *Il contratto*, ob. cit., p. 519, quien se separa de la posición prevalente italiana, sostenida por numerosos y reputados doctrinantes, entre varios SANTORO-PASARELLI, SCOGNAMIGLIO, OSTI, DE MARTINI-RUOPOLLO, BETTI, CARIOTA-FERRARA, MESSINEO, STOLFI, CAPOBIANCO, GAZZONI, y GALGANO, argumentando que dichas reglas, en rigor, no son verdaderas normas jurídicas, porque no "...producen una modificación en el mundo natural".

las ideas, preferencias, preconceptos e incluso prejuicios, que varían de persona a persona y que nadie tiene derecho a imponer a sus semejantes". Por ello puede concluirse que los artículos expresados contienen normas verdaderas⁽¹⁴⁷⁾, postura que, por pertinente, como lo insinuamos, cuenta con nuestro inequívoco aval, entre otras razones porque una carta de navegación acatada u observada, una brújula imanada y vinculante para su lector, erradica o disminuye sensiblemente el advenimiento de la arbitrariedad que, de otro modo, ante la perplejidad de la nada *juris*, del vacío *legis*, podría pulular o por lo menos asomarse con relativa frecuencia, desventuradamente. No en balde, evocando a Erich Fromm, la libertad plena, sin límites preestablecidos, genera zozobra, perplejidad, un cierto miedo y una ambigüedad, razón de ser del título que le confirió a su memorable obra: *El miedo a la libertad*⁽¹⁴⁸⁾.

Piénsese qué podría pasar, sin perjuicio de retomar el mismo tema más adelante, si una de las partes, acudiendo al sistema de la predisposición contractual, impone al adherente una cláusula que, en lo esencial, señalara que en su acuerdo no imperaría la regla legal del *favor debitoris*, o aquella que se conoce como la interpretación *contra stipulatorum*, o incluso la interpretación de buena fe. Si fuera cierto que el intérprete no está ligado a la observancia de estos axiomas, y que imperara lo declarado única e invariablemente por las partes, o lo querido por el juez, en su condición de intérprete, *per se*, se filtraría una inadmisibles estipulación, abiertamente inconveniente y trasgresora de caros intereses, la cual puede ser neutralizada por el hermenauta, llamado a aplicar la ley, simple y llanamente, y a buscar, en esta materia, soluciones que consulten la 'justicia contractual', o en su defecto, por autoridades superiores, porque su transgresión no es neutra, ni anodina, sino que genera singulares secuelas⁽¹⁴⁹⁾.

(147) G. STOLFI. *Teoría del negocio jurídico*, ob. cit., p. 301.

(148) FROMM, Erich. *El miedo a la libertad*, Editorial Paidós, Buenos Aires.

A este mismo respecto, el doctrinante ibérico Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ expresa que "...hoy la doctrina se inclina decididamente a favor del carácter vinculante de las reglas de interpretación, por ser mandato del legislador y por ser precisamente un remedio frente a la arbitrariedad judicial". "De la interpretación de los contratos", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 22.

(149) Como correctamente lo expresa el profesor Ricardo LORENZETTI, en relación con el Derecho argentino, pero extensiva su parecer a otras naciones del orbe, en lo pertinente: "La eficacia de tales normas en el derecho argentino no puede discutirse, toda vez que están expresamente fijadas en el sistema normativo, y constituyen directivas que regulan el acto hermenéutico. La violación o el apartamiento

Huelga mencionar que en el Derecho chileno y colombiano, en general, la tesis que más arraigo tiene es la que dice relación con el carácter vinculante de los preceptos que se ocupan de regular lo atinente a la interpretación de los contratos. No se equivoca don Luis Claro Solar, al aseverar que el legislador “...quiere, pues, que la voluntad de las partes sea respetada y estrictamente observada; y por lo mismo, que las convenciones sean religiosamente cumplidas. Con este fin ha dictado reglas de interpretación que el juez debe observar. No ha dejado entregada la interpretación de las convenciones a la arbitrariedad judicial; no ha dado al juez simples consejos para ilustrar su criterio en esta interpretación; sino que le ha fijado reglas que está obligado a observar y que, hallándose consignadas en preceptos legales, no pueden ser infringidas sin incurrir en una violación de la ley que pueda y deba ser corregida por la vía de la casación”⁽¹⁵⁰⁾ ⁽¹⁵¹⁾.

Igual posición impera, como se anticipó, en la doctrina vernácula, desde luego con las excepciones de rigor, como bien lo corroboran —quienes fueran nuestros inolvidables Profesores—, los Doctores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta⁽¹⁵²⁾

descalifica el acto y, si es judicial, constituye un caso de apelación o, incluso, de arbitrariedad de la sentencia”. “Interpretación del contrato en el derecho argentino”, en *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, T. I, Grijley, Lima, 2007, p. 22.

Otro tanto, en su oportunidad, había expresado con su característica claridad el profesor español José Luis LACRUZ BERDEJO, para quien “...las disposiciones interpretativas se consideran normas jurídicas, que obligan al juez a interpretarlas y aplicarlas correctamente, de tal suerte que su violación por no aplicarlas o hacerlo indebida o erróneamente puede ser denunciado en casación”. Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones, vol. II, ob. cit., p. 221, al igual que el ilustre profesor peruano, Fernando VIDAL RAMÍREZ, en opinión de quien este tipo de normas son “...imperativas y su omisión o violación genera la correspondiente cuestión de responsabilidad”. *El acto jurídico*, ob. cit., p. 355.

(150) CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, ob. cit., p. 16. En idéntico sentido, ABELIUK, René. *Las obligaciones*, T. I, ob. cit., p. 92, BARAONA GONZÁLES, Jorge. *La interpretación de los contratos en Chile: un panorama doctrinal*, ob. cit., p. 1282, y VALENCIA ZEA, Arturo y Alvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. De las obligaciones*, Temis, Bogotá, 1998, p. 146.

(151) En contra, ALESSANDRI R. Arturo, autor que pregona que: “Las reglas de estos artículos [1560 a 1556, del CC chileno], no son obligatorias para el juez en el sentido de que éste se vea necesariamente obligado a seguirlas, ni mucho menos aplicarlas en un orden preestablecido, sino que tienen el carácter de verdaderos consejos dados por el legislador al juez. *Derecho civil. De los contratos*, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1976, p. 175.

(152) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, ob. cit., ps. 414 y 415.

y Jorge Cubides Camacho⁽¹⁵³⁾, así como el Profesor Arturo Valencia Zea, todos de gran prestigio⁽¹⁵⁴⁾, y más recientemente por el ilustrado profesor y H. Magistrado, Dr. Jaime Arrubla Paucar, quien nos recuerda que, en general, luego de la discusión en Francia acerca de si las normas en referencia son o no vinculantes, "...la doctrina pasa a considerarlas como verdaderas normas con carácter vinculante, por ser un remedio contra la arbitrariedad judicial y por ser un mandato de legislador, revistiéndolas de un carácter de normas imperativas"⁽¹⁵⁵⁾.

En nuestro entender, ya lo esbozamos, la simple y genuina exégesis de los artículos que integran el título XIII del Libro Cuarto del Código Civil colombiano (artículos 1618 a 1624), dan cumplida cuenta de su ineluctable carácter de verdaderas normas jurídicas, amén que evidentemente vinculantes para el intérprete. Otra cosa, es la tipología de estas normas, es decir si son de derecho sustancial o no, como lo ha definido nuestra jurisprudencia, en sede casacional, que es un tema enteramente diverso, vale decir si crean, modifican o extinguen una relación jurídica, en un caso particular. Es así como si se repara en la redacción de las disposiciones pertinentes, se confirmará este específico aserto. No en vano, el artículo 1618, faro de la interpretación patria, emplea la expresión 'debe', y no alguna que denote potestad, o facultad, como sería el caso de que hubiere utilizado la dicción 'puede.' "Conocida claramente la intención de los contratantes **debe** estarse a ella más que a lo literal de las palabras" (Se destaca). Lo mismo tiene lugar en relación con los artículos subsiguientes, específicamente con los artículos 1620 y 1621, los que igualmente incorporan el vocablo 'deberá', opuesto al de 'podrá'. Lo propio acontece con el artículo 1622, por cuanto establece, sin opción alguna para el intérprete, que "las cláusulas de un contrato se **interpretarán** unas por otras..." (Ibidem), lo que denota un específico imperativo de conducta, y también con los

(153) CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, Bogotá, 2005, quien no solamente adhiere a esta sólida tesis jurídica, sino que también recrea el contenido de un laudo arbitral del año 1996 (Colfútbol vs. Carvajal S.A.), en el que se expresó que: "Nuestro ordenamiento jurídico civil ha consagrado, por herencia del Código Civil francés y de las doce reglas interpretativas de POTHIER, preceptos de forzosa aplicación en la hermenéutica de los contratos..."

(154) VALENCIA ZEA, Arturo, en asocio del Dr. Alvaro ORTIZ MONSALVE. *Derecho civil. De las obligaciones*, ob. cit., p. 146.

(155) ARRUBLA PAUCAR, Jaime. "La interpretación del contrato con referencia al derecho colombiano", en *Tratado de la interpretación del contrato*, T. II, Grijley, Lima, 2007, ps. 1103, y 1109,

artículos 1623 y 1624, dueños de instrucciones inequívocas⁽¹⁵⁶⁾. Tanto es así que no queda al mero arbitrio del intérprete aplicar su contenido individual y concreto, por manera que no puede infringir, *ad libitum*, el mandato consignado en dichos preceptos.

Si el artículo 1620 de nuestro Código Civil, inspirado en el acerado axioma de la conservación —o preservación— de los efectos jurídicos dispone que: “El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, **deberá** preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”, su destinatario no podrá contrariarlo, lo que sucedería si en vez de buscar la utilidad negocial, como se lo señala y anhela el legislador, opta por cercenarle toda eficacia, es decir si antes de salvar el negocio jurídico lo aniquila, mediante una interpretación contraria y, en este caso, fúnebre o mortuoria. Igual sucedería si desatendiendo el justiciero canon hermenéutico inmerso en el artículo 1624 del Código patrio, el hermeneuta no aplica rectamente la regla del *favor debitoris*, entre nosotros del siguiente tenor: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”, lo que tendría lugar si en esa específica hipótesis la interpretación favoreciera inequívocamente al acreedor.

En el Derecho francés, de tanto influjo en las codificaciones de los siglos XIX —principalmente— y XX, sucede otro tanto. Sus artículos 1156, y siguientes del Código Civil, contienen análogas expresiones, indicativas de instrucciones precisas, y no de comedidas sugerencias o recomendaciones, tan propias de la *politesse* francesa. El mencionado art. 1156 emplea la locución “**se debe** averiguar”; el art. 1157 expresa que: “**Debe** entenderse”, el 1158, precisa que: “**Deben** tomarse”; el art. 1160 manifiesta que: “Se **deben** suplir”, etc. Además, artículos como el 1161 de la codificación gala, refieren a una instrucción inequívoca o a un camino único: “**Todas** las cláusulas de las convenciones **se interpretarán** las unas por las otras, **dándosele** a cada una el sentido que resulte de todo el acto”. Y así, sucesivamente, podríamos seguir examinando buena parte de los códigos civiles del orbe, tarea que, en obsequio a la concisión, posponemos para otra oportunidad. Baste por ahora afirmar que este lenguaje, demostrativo de la auténtica *intentio legislatoris* respectiva, es elocuente en el sentido de comprender que

(156) Obsérvese que sólo el inciso segundo del artículo 1622, utiliza una locución facultativa: ‘podrán’, la que está en consonancia con su concreto carácter alternativo, muy propio de este supuesto, más no de otros consignados en el cuerpo del Código Civil. “**Podrán** también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia” (*Ibidem*).

no son normas que le permitan al intérprete decidir, en su sabiduría, si las acepta o no, como sucede con los genuinos consejos, recomendaciones y sugerencias; este no es un problema pues de querer, sino de acatar, de cumplir con lo dispuesto, en guarda de una clara política legislativa, la que encuentra fundamento en la seguridad jurídica, en la uniformidad decisional y en la justicia contractual, primordialmente. Ya decía el togado Modestino que: “La fuerza de la Ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar” (*Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*). Por eso, también se ha dicho que: “La ley siempre habla” (*Lex samper loquitur*), e igualmente que: “La Ley, cuando quiso decir, dijo, cuando no quiso calló” (*Lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit*).

No obstante lo anterior, por la finalidad que le asiste a esta monografía, quizá sea conveniente expresar que la principalística contemporánea en el ámbito del Derecho contractual, en lo fundamental, igualmente sigue la senda descrita en precedencia. Así tiene lugar, por vía de ilustración, en punto tocante con el artículo 4.1. de los *Principios de UNIDROIT* del año 2004, el que reza que “1. El contrato **debe** interpretarse conforma a la intención común de las partes. 2. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato **se interpretará** conforme al significado...” A su turno, el artículo 39 del *Código Europeo de los Contratos* de 2002, en su numeral primero, dispone que: “Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato **se determinará** conforme al tenor literal de éste, **considerando** el texto contractual en su conjunto y **relacionando** sus distintas cláusulas las unas con las otras”.

A su vez, artículo 5:101 de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos* de 1998, en su ordinal primero, establece que: “Los Contratos **se interpretarán** conforme a la intención común de las partes, **incluso** cuando dicha interpretación no coincida con el tener literal de las palabras utilizadas”, y en el segundo que: “**Si se demuestra** que una parte buscó dar un sentido particular al contrato y que la otra parte no podría ignorar dicha intención en el momento de celebrarlo, el contrato **deberá interpretarse** en el sentido dado por la primera”. Finalmente, el artículo 5:102 de este proyecto prescribe que: “Para interpretar el contrato **se atenderá** en especial a lo siguiente: a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares. b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato... g) Las exigencias de la buena fe” (el destacado es nuestro)⁽¹⁵⁷⁾.

(157) Sobre este particular, los afamados profesores Luis DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA y Antonio MORALES en su importante estudio acerca de estos principios,

Lo mismo acontece con la *Propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* española de 2009, artículos 1278 a 1281⁽¹⁵⁸⁾, y con la Convención de Viena relativa a la compraventa internacional de mercaderías, en gran parte inspiradora de los textos que anteceden (art. 8º), la que ha sido incorporada al Derecho interno, en numerosas naciones: Colombia una de ellas, con todo lo que ello implica no sólo en esta materia, sino en general (efecto expansivo)⁽¹⁵⁹⁾.

coinciden en entender que en este campo "...El primer problema que se plantea reside en determinar si las reglas sobre interpretación son o no obligatorias. Directamente [en el texto] no existe un principio que imponga a las partes la obligación de ajustarse a estos criterios interpretativos para dar sentido a sus contratos. Sin embargo, existen algunos indicios que podrían dar muestras de su obligatoriedad. Por ejemplo, el art. 5.102 utiliza un verbo en futuro (*shall be*), que es uno de los más claros síntomas de la obligatoriedad de una afirmación jurídica concreta; además, el sistema previsto en el art. 5.101 PECL, jerarquizando los dos tipos de interpretación subjetiva y objetiva, no podría ser alterado por las partes...". Los principios del Derecho Europeo de Contratos, ob. cit., p. 250.

(158) Artículo 1278. "Los contratos *se interpretarán* según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras... Cuando el contrato *no puede interpretarse* de acuerdo con lo que disponen los párrafos anteriores, *se le dará* el sentido objetivo que personas de similar condición que los contratantes le hubieran dado en las mismas circunstancias". Artículo 1279. Para interpretar el contrato *se tendrán* en cuenta: 1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores... 3. La interpretación que las partes hubieran ya dado a cláusulas análogas y las prácticas establecidas entre ellas... 5. Las exigencias de la buena fe".

Artículo 1280. "1. Las cláusulas de los contratos *deberán* interpretarse las unas por las otras, *atribuyendo* a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas ellas. La interpretación de acuerdo con la cual las cláusulas de un contrato sean lícitas y produzcan efecto *deberá* preferirse a aquellas que las haga ilícitas o las prive de efectividad. 2. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato *no deberá favorecer* a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad." (*Ibidem*).

Obsérvese, sólo a título ilustrativo, como el numeral segundo del transcrito artículo 1280, es categórico, y no sólo sugerente, al instruir que en la descrita hipótesis no *se deberá favorecer*, expresión de suyo reveladora de lo anotado por nosotros. ¿Habría allí una simple y considerada petición para que sea evaluada si se desea, o un mero consejo que, por definición, se puede o acatar o no? Desde luego que no, conforme tiene lugar hoy por hoy en España, según se desprende de su preceptiva, artículos 1278 a 1289.

(159) Expresa su artículo 8 que "1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte *deberán* interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte la haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2. Si el párrafo precedente no fuera aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte *deberán* interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una per-

En síntesis, tanto la doctrina prevalente, como la propia lectura de las reglas interpretativas inmersas en los códigos civiles —y en la mencionada principalística europea—, confirman la naturaleza de paladinas normas jurídicas —más allá que sean arquetípicamente sustanciales—, a la par que vinculantes para quienes emprendan el laborío hermenéutico, las que entonces no pueden ser catalogadas de consejos, recomendaciones, sugerencias o simples directrices facultativas. Esa, como se ha dicho una y otra vez, no es la teleología de la misión del legislador, muy ajeno al rol asignado a un consejero, asesor y consultor, menos en tratándose de una materia tan delicada como la interpretación de los contratos, la que demanda temple, ecuanimidad, *imperium* y *auctoritas*⁽¹⁶⁰⁾. De cuando acá la ley sugiere, recomienda o aconseja; su *ratio cardinalis* es la de ordenar o la de disponer *in concreto*, más allá de que un momento determinado, válidamente, se pueda pactar en contrario, en cuyo caso si no hay pacto, ella se impondrá, imposición que es necesaria en el campo de la hermenéutica, so pena de sembrarse el desorden; de inyectarse confusión y relatividad.

Por eso las decisiones que el legislador adopta en dicho plano, genéticamente concebidas, son el corolario de una explícita *política legislativa*, más que el fruto de la aplicación u empleo de una técnica legislativa propiamente dicha, como ya se puntualizó, así las reglas en referencia, *in abstracto*, hundan sus raíces en la lógica (proceso lógico), dado que, *in concreto*, son hijas de una reflexiva decisión *legis*, de ninguna manera intrascendente, irrelevante o anodina (*ex gratia*). No en vano se trata de confiarle al intérprete la elevada misión, casi sacra, de fijar —*ex post*— el contenido de las disposiciones que integran el negocio jurídico, nada menos que su interpretación, la actividad más grandilocuente en materia contractual, pues en la *praxis* de qué vale el contrato sin su interpretación *ex post*, el acto cúspide por excelencia.

sona razonable **deberán tenerse debidamente en cuenta todas** las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecidos entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes." (*Ibidem*).

(160) En esta misma dirección, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia —con ponencia nuestra—, tuvo ocasión de precisar que el legislador patrio no le dio a las normas de interpretación consagradas en los artículos 1618 a 1624 del CC, el *status* de "...meros consejos, pautas o simples recomendaciones para el intérprete, sino verdaderos mandamientos de los que éste, a su arbitrio, no se puede separar, pues, de un lado, no es propio del legislador —ni inherente a su tarea— aconsejar o dar sugerencias y, del otro, se trata de un conjunto de reglas expedidas por el legislador para gobernar, de manera general, los conflictos suscitados con ocasión del entendimiento de un contrato" (providencia del 16 de diciembre de 2005, Sala Civil).

Con todo, en el ámbito jurisprudencial vernáculo, es de apreciar que nuestra Corte Suprema, ha sostenido ambas posturas, esto es tanto la que reclama su carácter facultativo y, por tanto, no obligatorio, así como la que sublima su índole vinculante, de lo que se deriva su inconcusos y forzoso acatamiento, so pena de que se pueda su quebranto pueda ser denunciado en el marco del recurso extraordinario de casación, en cuyo caso si el ataque casacional se formula adecuadamente —denunciando otras normas de claro abolengo sustancial, como se indicará ulteriormente—, podrá abrirse paso. Por ello, con alguna frecuencia su Sala Civil ha podido ocuparse de examinar el alcance abstracto y también concreto de las reglas en referencia, según se advertirá a espacio en este ensayo.

La primera de las señaladas posturas, ciertamente residual, en buena hora abandonada, fue la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia durante el siglo XIX y más allá de la primera mitad del siglo XX, inclusive, en la que resaltó que las disposiciones que atañen a las reglas de interpretación de los contratos, no constituyen prototípicas normas de derecho sustancial, toda vez que no consagran derecho subjetivo alguno, sino que incorporan directrices o guías que el juez puede seguir al momento de escrutar un determinado negocio jurídico. En este sentido, por vía de elocuente ejemplo, estimó que

“la regla de hermenéutica contractual contenida en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil, que aconseja sabiamente tener en cuenta la aplicación práctica que del contrato hayan hecho las partes..., es simplemente una regla de lógica jurídica, uno de los medios que la ley aconseja usar a los jueces como criterio inquisitivo de la auténtica voluntad en la apreciación de los pactos. No confieren esas disposiciones legales ningún derecho preciso, en forma que su violación pudiera llegar a ser la base de cargo en casación”⁽¹⁶¹⁾.

Sin embargo, años después, en buena hora modificó expresamente su tesis en esta materia, a fin de señalar que las pautas de interpretación de los contratos, pese a no ser normas sustanciales, son de obligatoria observancia por los juzgadores, como lo sostiene el sector mayoritario de la dogmática jurídica, como se comprobó en líneas anteriores. A este respecto, concisamente puntualizó que,

“La jurisprudencia de la Corte que calificaba las reglas contenidas en el título 13 del libro 4º del Código Civil como simples consejos del legislador a los jueces, no como normas sustanciales susceptibles de quebranto denunciante

(161) Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de mayo de 1943. Gaceta Judicial, 1996, p. 298.

en casación, ha sido revaluada en varios fallos dictados por esta superioridad a partir del 23 de febrero de 1961, en los cuales se ha declarado que las referidas reglas de interpretación contractual no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces; que, si bien es cierto que ellas no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, sí son preceptos instrumentales 'que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas'; y, en fin, que la violación de tales normas de hermenéutica es denunciabile en el recurso extraordinario, dentro del ámbito de la causal primera, en cuanto dicha violación conduzca al quebranto de otras leyes que sí sean sustanciales, como son las que regulan la naturaleza del contrato en cuestión y los efectos que le son propios, o sea, dicho con otras palabras, que las reglas de interpretación de los contratos, conjugadas con otras normas verdaderamente sustanciales, entran a formar con estas una proposición jurídica que, de ser completa y de resultar quebrantada por el sentenciador, determinan la casación del fallo respectivo"⁽¹⁶²⁾.

Pocos años después, reiterando esta nueva postura, la Corte en un célebre fallo del 12 de junio de 1990, en virtud del cual se hizo una importante rectificación en el campo de la interpretación de los contratos, concretamente en lo que atañe a si ésta quedaba comprendida en una cuestión de hecho o derecho, recordó que, al amparo de reciente doctrina suya, se había precisado que en la labor hermenéutica

"[...] el juez debe consultar las normas legales de interpretación, las cuales primeramente fueron consideradas como simples guías o consejos para el efecto, pero últimamente se ha declarado, con sobrada razón, que ellas son de obligatoria observancia, pues la función de la ley no es la aconsejar sino la de mandar"⁽¹⁶³⁾.

Ya en el siglo XXI, perneada por idéntica doctrina, reiteró la precitada naturaleza, así como su fuerza vinculante. Fue así como expresó que,

"Sin embargo, a ello no le sigue que el sentenciador, per se, tenga plena o irrestricta libertad de buscar la *communis intentio* de los contratantes,

(162) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de diciembre de 1968. En lo fundamental, en el referido fallo del año 1961, en virtud del cual se registró un diciente viraje en esta temática, la Sala Civil expresó que: "*La ley no da consejos sino que establece normas de conducta bien para los particulares, ora para los funcionarios encargados de aplicarlos*" (Sentencia del 23 de febrero de 1961).

(163) Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de junio de 1990.

sino que debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete”⁽¹⁶⁴⁾.

Esta doctrina, como esperamos analizarla más a espacio en oportunidad posterior (interpretación del contrato y el recurso de casación), ha sido reexaminada en los últimos lustros, en los que la Corte Suprema de Colombia, ha reiterado que, en definitiva, las normas que incorporan las reglas de interpretación de los contratos, no son sustanciales y, por tanto, carecen de idoneidad para fincar en ellas un cargo en casación, sin que ello suponga, por ningún motivo, que por no revestir esta puntual condición —aspecto por lo demás muy polémico y controvertido en la esfera foránea—, devienen en sugerencias, recomendaciones, lineamientos, o puros consejos⁽¹⁶⁵⁾. Tanto es así,

(164) Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. Exp. 7504.

(165) Este puntual criterio, por lo demás, ha sido constante en las decisiones de esa Corporación a lo largo de los años que anteceden, lo que significa que en relación con su carácter vinculante, la Corte se inclina ahora por sostener que se trata de principios o de “guías” que, en todo caso, el juzgador no puede soslayar, a su arbitrio. Así, sostuvo el Tribunal que los artículos 1618 y 1621 del Código Civil: “no tienen ciertamente el rango de sustancial, pues mediante ellas preténdese por el legislador nada más que fijar algunas pautas generales que sirvan de guía al intérprete en su labor, advirtiendo el artículo 1618 que, conocida la intención de los contratantes, más ha de estarse a ellas que a lo literal de las palabras y denotando el 1621 que, salvo cuando apareciere voluntad contraria, la interpretación más adecuada es aquella que se ajusta a la naturaleza de la convención, presumiendo en los contratos, por lo demás, las cláusulas de uso común. Así, ninguno de los dos preceptos aludidos, que son los únicos citados por el recurrente, consagra verdaderos derechos subjetivos, lo cual, como se sabe, constituye el rasgo característico de las normas sustanciales; o, dicho de otra forma, esas disposiciones no son sustanciales en la medida en que no son de aquellas que ‘en razón de una situación fáctica concreta, crean, declaran, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación’; lo que al contrario significa, que no tienen esa categoría las que ‘se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos éstos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones’.” (G. J. CLI, p. 254), como son precisamente las aquí aducidas por el censor, según quedó visto.” (Auto de 23 de abril de 1996, Exp. 5928).

Recientemente, sobre este mismo particular, la Sala Civil de la Corte Suprema colombiana, una vez más, se ocupó de esta problemática, poniendo de presente, en lo pertinente, que para elucidar el alcance de las estipulaciones contractuales debía “...acudirse a las reglas fijadas por la ley, para que se examine la naturaleza del acuerdo y su conjunto...”, criterio que deja en evidencia que para nuestro máxi-

sólo por vía de ilustración, que recientemente concluyó de la siguiente manera, con ocasión del examen que hizo de la aplicación de la regla interpretativa consignada en el artículo 1620 de la codificación civil (conservación de los efectos del contrato), en clara evidencia de su que quebranto por el juzgador de instancia no podía tornarse impune, en el ámbito casacional, justamente por estimarse relevante, al tiempo que por considerarse que este precepto —como también sucede con otros de carácter hermenéutico— no podía ser desatendido. Por esto sentenció, a modo de colofón, que

“[...] así las cosas, como el Tribunal desconoció la regla prevista en el art. 1620 del Código Civil, privilegiando la última parte de la cláusula —relativa a la renuncia—, con desconocimiento de su parte inicial, amén de principal en la que se acordó el pago anticipado de la prestación consagrada en el pluricitado artículo 1324 del estatuto mercantil, cometió el yerro denunciado por el censor. Por eso, entonces, el cargo debe prosperar [...]” (Sentencia del 28 de febrero de 2005, Exp. 7504), como en efecto prosperó, toda vez que la Corte casó la providencia judicial respectiva.

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)

Íntimamente entrelazado con la temática examinada en el numeral inmediatamente anterior, se encuentra el tópico referido al carácter de las reglas hermenéuticas *ope legis*, específicamente el relativo a si las normas jurídicas que las contienen son dispositivas o imperativas. Así, partiendo de la fuerza vinculante de las reglas de interpretación —según se expuso en el numeral precedente—, es menester ahora elucidar cuál es el alcance, la intensidad o la magnitud de dicha vinculatoriedad, en el sentido de determinar si las normas contentivas de

mo tribunal —en el ramo civil— dichas reglas no son puros consejos o simples recomendaciones, por lo que entendió que para el logro en comento, “...habrá de acudirse” a ellas. En concreto, la Sala expresó que: “*En la tarea de establecer la intención de las partes del contrato, el juez debe ocuparse inicialmente de la declaración de voluntad plasmada por estas, en búsqueda del genuino alcance o significación de la misma y del efecto jurídico querido por los contratantes, en orden a lo cual ha de procurar que las estipulaciones cumplan con los objetivos y finalidades propuestos al ajustar la convención. Esta labor, que es de relativa facilidad cuando el contrato o la cláusula son claros, se tornará mucho más compleja en el evento en que éstos carezcan de nitidez, pues allí se tratará de desentrañar su sentido, para lo cual habrá de acudirse a las reglas fijadas por la ley, para que se examine la naturaleza del acuerdo en su conjunto, al complementar y armonizar sus diversas piezas*”. (Sentencia del 14 de enero de 2005, Exp. 7550).

los denominados cánones de interpretación —en términos amplios— son, en estrictez, normas de carácter dispositivo, en cuyo caso las partes, *ex ante*, podrían modificar su alcance o contenido sin dificultad u obstáculo alguno, o si son imperativas, por el contrario, ante lo cual no podrían alterar su esencia y extensión, o si algunas son imperativas y otras dispositivas, según su arquitectura y dimensión, indagación de la mayor resonancia, sobre todo en los tiempos que corren, signados por un creciente proceso de internacionalización de los negocios y de expansión de la contratación en sede internacional: globalización o mundialización negocial, hecho que sugiere, o impone una realidad no necesariamente simétrica o idéntica a la encaminada a gobernar la contratación nacional o local, a juicio de un sector de la doctrina. Por lo tanto, sin que pretendamos tornarnos repetitivos, el enfoque que en este aparte le daremos al tema, es diferente al conferido con antelación, así estén inescindiblemente intercomunicados.

Expresado de otro modo, aún reconociendo que las reglas en mención son arquetípicas normas jurídicas vinculantes, como lo son, ¿podrán válidamente los extremos de la relación jurídica sustraerse *in toto* de su *dictum*, estableciendo otras reglas o preceptos virtualmente sucedáneos de estirpe volitiva disímiles a los consagrados en el ordenamiento positivo? Nosotros, en términos generales, creemos que no, justamente por las razones ya esbozadas en precedencia, a lo que cabe memorar que tales normas, bien entendidas, se traducen en un sistema, conforme se anticipó, de suerte que no se pueden sustituir *in globo*, en línea de principio, máxime que, por más ingenio y creatividad que las partes tengan o exhiban, difícilmente encontrarán reglas muy diversas, objeto de milenaria y sistemática decantación, en lo esencial, y producto de la sana lógica, sin restar por ello espacio al ingenio, o a la adaptación de axiomas o principios predicables del *Common Law*, primigeniamente, como está sucediendo a menudo en la contratación internacional⁽¹⁶⁶⁾.

(166) Como es frecuente en la disciplina jurídica, hay quienes abogan por la tesis contraria; así, por vía de ejemplo, el profesor M. BIANCA sostiene que "...las normas hermenéuticas se pueden derogar por las partes, a excepción de aquella que impone la interpretación según la buena fe, pues esta norma se debe considerar como un principio de orden público. La tesis que plantea la absoluta inderogabilidad de las reglas de interpretación parte de considerar que el destinatario de tales reglas (aunque no el único) es el juez. Se puede replicar, sin embargo, que el principio fundamental de la interpretación es el respeto de la intención común de las partes, y que, por lo tanto, el juez se debe atener a la intención común que ellas hayan manifestado, aún directamente, por medio de derogaciones a las reglas legales de interpretación...". *Derecho Civil. El contrato*, ob. cit., p. 438.

Crear entonces en la sustitución en bloque de todo el entramado hermenéutico legal por uno genuino u original de origen contractual, es asaz improbable —o si desea muy remoto—, como también lo es pensar en una especie de ‘borrón y cuenta nueva,’ en una figurada novación del régimen interpretativo, a sabiendas de que por una u otra vía, seguramente, se llegará a un terreno muy próximo, en su real esencia, casi como si se girara 360 grados, o como si caminare en círculo, obviamente, si para ello, se respetan parámetros comunes y mínimos, pues de lo contrario el resultado podría ser muy otro: un evidente extravío.

Otra cosa muy diferente es que, *in casu*, de modo muy concreto, y no especulativo, los contratantes pueden prohijar reglas propias e individuales, no indefectiblemente enlistadas en la ley, entre otras razones por cuanto como lo acotamos en este campo no es de recibo aludir a un *numerus clausus*, sino *apertus*, naturalmente con cautela y respeto de las reglas que, por su morfología y significado, son insoslayables, so pena de ineficacia, en sentido amplio o genérico, *v.gr.*: para citar de nuevo un ejemplo ya referido, el precepto que alude a la indefectible búsqueda de la común intención de las partes contratantes, o la interpretación *contra stipulatorem*, o el que refiere a la interpretación de buena fe.

Llama la atención, sólo para hacer una breve reflexión, el segundo de los ejemplos mencionados anteriormente, habida cuenta que como ha quedado claramente establecido, la búsqueda de la común intención de las partes, o de la intención común, o simplemente intención de los contratantes, como se prefiera, se traduce en el derrotero o en el centro de gravedad del sistema hermenéutico, en la regla cardinal por antonomasia, mejor aún el principio rector que domina esta temática, de tal entidad y arraigo que no se puede alterar, más allá que ante el hecho de su imposibilidad, real y no fingida o simulada, tengan cabida criterios de índole objetiva, igualmente como se mencionó. Y decimos que llama la atención, como quiera que es admitido en los países del *Civil Law*, por regla generalísima, que los hechos anteriores, concomitantes —o coetáneos— y posteriores a la celebración del contrato, sirvan para dicho efecto, o sea para fijar esa voluntad común, a manera de útil mecanismo, instrumento o herramienta de juicio, motivo por el cual cabe indagar si los convencionalistas, sabedores de la valía comportamental, esa misma que ameritó que Don Florencio García Goyena, autor del Anteproyecto de Código Civil español de 1851, a la sazón explicitará que: “Nadie mejor que los mismos contrayentes puedan manifestar su intención o verdadera voluntad; y la manifestación por hechos es más elocuente y enérgica

que la palabra”, podrían válidamente sustraer del haz hermenéutico respectivo, de un solo corte, los comportamientos en comentario, con el argumento de que lo único eficaz para ellos es lo declarado en el texto contractual⁽¹⁶⁷⁾.

Tal inquietud, no es pasible de una solución simple y por completo unívoca y unánime, lo sabemos, pero sin perjuicio de un estudio más detenido del tema, al rompe no pareciera aconsejable reducir el arbitrio del intérprete sólo a lo expresado en el documento (lectura cartular, escrituraria o documental), que puede llegar a ser poco claro, o ininteligible, incluso, y también alejado de la verdadera y común intención de las partes —lo que es grave—, de suerte que si la quintaesencia de la interpretación reside en la búsqueda de la supraindicada común intención, y tales vías o mecanismos son fiables para ello, amén que de abolengo legal, su cercenamiento *ex contractu* pareciera conspirar con la confesa declaración de los legisladores en el sentido de que ese es el principio áureo por excelencia que rige la hermenéutica negocial. Bien expresó Don Federico de Castro y Bravo, que: “La interpretación entendida como medio de colegir la voluntad a través de los signos, no permite por sí misma limitar los datos utilizables, pues se impone la finalidad de lograr ese resultado con la máxima probabilidad. Las restricciones suponen, en cambio, un limitar la materia utilizable para la interpretación”⁽¹⁶⁸⁾, un recorte, agregamos nosotros, que puede lesionar los intereses de los propios contratantes, o de uno de ellos, según las circunstancias, en cuyo caso podría dudarse de la validez de una estipulación de tal laya o tenor, sin matizaciones o salvedades.

Ciertamente sería muy peculiar, por decir lo menos, que el juzgador, teniendo como consigna el referido hallazgo, se cruce de brazos luego de haberse circunscrito mecánicamente al texto, aún no siendo claro, y teniendo ante sí evidencia clarificadora —y reveladora de la común intención— a partir del comportamiento ilustrado de los mis-

(167) Es que la voluntad negocial bien puede ser auscultada, constatada y fijada a través de diversos medios, y no solamente mediante uno de ellos, *v.gr.*: el escrito, desde luego dejando a salvo los negocios jurídicos con forma específica —o solemnes—, pues como lo recrea el afamado autor Ludwig ENNECCERUS: “No es menester que la expresión de la voluntad se haga precisamente en virtud de una actitud o una conducta (palabras, actos) que tienda directamente a la declaración de esa voluntad, esto es, que tenga por fin próximo la declaración de esa voluntad, sino que la voluntad pueda declararse también indirectamente con palabras o actos que tengan otro fin próximo, pero de los cuales pueda inferirse la voluntad del negocio (*facta concludentia*)”. *Derecho civil. Parte general*, Bosh, Barcelona, 1981 p. 175.

(168) DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 77.

mos contratantes, ora anterior, ora concomitante, ora posterior, muy especialmente de cara a los últimos, de ordinario más dicentes, por lo menos en el Derecho continental, a diferencia de lo que suele acontecer en los países que militan en el *Common Law*.⁽¹⁶⁹⁾

Por eso todo lo que facilite la misión del intérprete y asegure un mejor y genuino resultado, debe resultar bienvenido, de tal modo que no encontramos razón convincente —o atendible— que conduzca a legitimar la privación de vías y caminos hermenéuticos, obviamente sin soslayar la importancia que el escrito tiene de cara a los negocios jurídicos en los que se exige una forma específica (solemnes), como ya se mencionó⁽¹⁷⁰⁾. Bien compleja es esta tarea, de ordinario, para que antes de sumar o de adicionar, se reste, *a fortiori* en sede judicial⁽¹⁷¹⁾, en donde el *iudex* debe conservar incólume sus poderes y prerrogativas, pues de otro modo cohonestaría con una injusticia, con el quiebre de la justicia contractual, so pretexto de hacerle culto a una formalidad exacerbada: el apego irrestricto a lo escrito, y únicamente a lo escrito, porque así lo expresa supuestamente el contrato que, en esta materia tan delicada, no puede ser oráculo, o la

(169) En esta misma dirección, según lo corrobora el profesor Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO, “...los sistemas tributarios del *common law* se muestran mucho más restrictivos a la hora de determinar las circunstancias relevantes para interpretar los términos explícitos de un contrato. Se rechazan con carácter general las circunstancias subjetivas, especialmente el peso de las negociaciones y los tratos precontractuales... Pero también se minimiza la relevancia de la conducta subsiguiente a la celebración del contrato... que se considera intrascendente”. La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado, en Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, p. 151.

(170) Interesantes, sobre esta problemática, son las reflexiones del autor español Angel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, con sujeción a las cuales inicialmente es admitido que “...los contratantes son libres de determinar qué sentido le dan a sus manifestaciones. En la medida en que ello contribuya a fijar su efectiva intención común y no contraríe las reglas legales, porqué, como se sabe, éste precisamente es el principio que las domina, y poco importa que las partes establezcan otras reglas objetivas de entendimiento o interpretación, porque es de presumir que, en última instancia, conducirán a un más fiel establecimiento de lo verdaderamente querido... Cosa distinta sería que so capa de norma interpretativa las partes introdujeran unas consecuencias distintas a las que se derivasen de su intención común originaria, porque de las dos una: la regla interpretativa no sería tal, sino una disposición claramente novatoria o genera incertidumbres solucionables con los artículos 1281-1289 del Código Civil español”. *De la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 27.

(171) Cf. LLIOTA, Guiseppe. “Interpretazione del contratto e comportamento compressivo delle parti”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1977, p. 1008.

última palabra, menos cuando inhibe, *in toto*, la búsqueda de otros medios, sin duda alguna válidos, comúnmente llamados ‘extrínsecos.’ Tal servidumbre o inclusive esclavitud, así lo entendemos preliminarmente, no está entonces en estricta sintonía con principios rectores que en un Estado social de Derecho abogan por una labor más comprometida del juez, entre otros intérpretes autorizados, sin abogar por ello por el activismo judicial a ultranza y desbordado, ese que transita por el otro extremo de la judicatura.

Diciente en grado sumo, *ad exemplum*, es el artículo 1282 del Código Civil español, el que acerca de este tema manifiesta que: “Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores”, y obviamente a los anteriores, como lo ha entendido la *communis opinio* ibérica⁽¹⁷²⁾, al igual que el segundo inciso del art. 362 del Código Civil italiano, el que dispone que: “Para determinar la común intención de las partes, se debe evaluar su comportamiento en conjunto incluso después de la conclusión del contrato”, y a su turno el 1301 del Código Civil uruguayo, únicamente para referir a tres ordenamientos civiles latinos, que estatuye que: “Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de la celebración del contrato”⁽¹⁷³⁾. No menos dicente, en la esfera mercantil, predicable de la civil en la Argentina, es el artículo 218 de su Código de Comercio, el que revela, *ad pedem literae*, que: “Los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”.

(172) *Vid.*, Antonio CANO MATA, quien precisa del artículo 1282 español, que este precepto “...al referirse a los actos de los contratantes como elemento de interpretación, no excluye — como indica el término ‘principalmente’ — los actos anteriores, ni las demás circunstancias que pueden contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes”. La interpretación de los contratos civiles, ob. cit., p. 196. Cf. LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *De la interpretación de los contratos*, ob. cit., ps. 41 y ss.

(173) Meridiana, a su turno, es la Convención de Viena en materia de compraventa internacional de mercaderías, pues su artículo 8, tercer inciso, ordena que: “Para determinar la intención de una de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”. Y explícito y preciso, a su turno, el artículo 5:102 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, que señala que son “Circunstancias relevantes para interpretar el contrato...a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares. b) El comportamiento de las partes, incluido el subsiguiente a la celebración del contrato...”.

Entre nosotros, con análoga explicitud, no existe un precepto que se ocupe de la temática en cuestión, sin perjuicio de que el artículo 1622 del Código Civil, en su último inciso desarrolle un postulado del que diáfamanamente se infiere el mismo resultado, norma original no tomada por Don Andrés Bello ni de Pothier, ni del Código Civil francés, la que puntualiza que: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán...por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte” (interpretación auténtica). De allí que al amparo de esta disposición, que esperamos comentar en su momento, los hechos posteriores a la celebración del contrato, por vía de ejemplo, tendrán una importancia capital, los que deberán ser tenidos en cuenta por el intérprete en su búsqueda de la común intención de los contratantes, como lo ha entendido la doctrina, tanto la patria, como la chilena⁽¹⁷⁴⁾, dueña de la misma disposición (art. 1564, C.C.).

Muy ilustrativa es la opinión del reconocido profesor colombiano, Álvaro Mendoza Ramírez, quien con ocasión del estudio del tema puntual de la “interpretación con apoyo en la conducta de los contratantes”, *in extenso*, expone las siguientes ideas, realmente pertinentes en relación con el problema abordado: “...siendo la vida más rica que la imaginación de los interesados, estos deberán en muchos casos extender su voluntad a toda una serie de incidencias posteriores. Piénsese, por vía de ejemplo, en la contratación de las obras propias de una vía de muchos kilómetros de longitud, que atraviesa terrenos de muy diversa condición, cuyo adelantamiento obliga a correcciones en el trazo inicialmente proyectado, sometida a cambios climáticos difícilmente predecibles, etc. Todo lo anterior obliga a convenios posteriores al inicial... que no siempre aparecen documentados de la misma manera... Por el camino indicado, la voluntad original, si bien no necesariamente desfigurada, va sufriendo adaptaciones que, llegado el momento de una controversia, deben ser tenidas en cuenta, como implícitamente previstas, por el querer del legislador, en el

(174) Manifiesta el profesor Christian JOHOW SANTORO, que: “De la aplicación práctica que han efectuado los contratantes al ejecutar el contrato, el juez concluirá cuál ha sido su intención”. La interpretación del contrato en el derecho chileno, en Tratado de la interpretación del contrato, Grijley, Lima, 2007, p. 132. Cf. BARAONA GONZÁLEZ, Jorge. *La interpretación de los contratos en Chile: un panorama doctrinal*, ob. cit., p. 1274.

De igual manera, la jurisprudencia de nuestra hermana nación chilena es clara al señalar que: “Puede, entonces, sostenerse que la aplicación práctica que se haya dado a las estipulaciones de un contrato, determina y fija el significado y sentido que las partes han querido otorgarles” (Corte Suprema, sentencia del 28 de noviembre de 1988).

consentimiento inicial... Consiguientemente, cuando se precise examinar esta voluntad contractual, será necesario estudiar igualmente las aplicaciones prácticas de ella, consentidas de manera expresa o implícita. Más que los pactos iniciales, usualmente redactados por expertos en la ciencia jurídica, pero no siempre conocedores de la materia sobre la cual se contrata, el verdadero querer de las partes se expresa en su comportamiento durante la ejecución de lo pactado. Este comportamiento suele ser más expresivo que los escritos iniciales, redactados 'en frío', es decir, sin que se hayan enfrentado a las realidades derivadas de la ejecución de lo pactado". Por eso "El contrato no puede interpretarse como referido a una voluntad estática, sino eminentemente dinámica, en la que los contratantes muestran su deseo de alcanzar unos fines y de colaborar para el logro de estos... Es frecuente en contratos complejos que la ejecución se aparte de manera relativamente importante de las previsiones iniciales, en tanto éstas se hayan quedado cortas frente a las realidades posteriores. En tales casos es claro que el intérprete no puede detenerse en lo previamente pactado, sino extender su examen a la ejecución, que es en no pocos casos más rica y más elocuente que la estipulación de la cual partió..."

En conclusión, "...los hechos sobrevinientes al contrato suelen tener mayor fuerza de convicción que las expresiones literales, producto estas últimas de redacciones frías, de laboratorio, mientras los anteriores son generados en contacto con la realidad misma, son parte de la vida del contrato, parte en la cual late la sangre arterial de las experiencias en su ejecución o de aquellas que se vierten en pactos posteriores, no únicamente fruto de las lucubraciones de gabinete de un estudio de abogados"⁽¹⁷⁵⁾.

(175) MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro. *Interpretación del contrato en Colombia*, en "Tratado de la interpretación del contrato", T. II, Grijley, Lima, 2007, p. 1146 y ss.

Ya en el pasado reciente, los Profesores Arturo VALENCIA ZEA y Álvaro ORTIZ MONSALVE, anotaron con tino que: "...la búsqueda de la intención de los contratantes debe hacerse mediante el análisis de los actos coetáneos y posteriores a la celebración del contrato". *Derecho civil. De las obligaciones*, ob. cit., p. 143.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, expresamente, también ha entendido que pueden y deben conectarse los artículos 1618 y 1622, último inciso. Por ello puntualizó que en este campo hermenéutico "...el criterio basilar... es el señalado en el artículo 1618 del Código Civil, según el cual 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras', en cuya puesta en práctica sirve de fundamento, entre otras pautas o reglas, las prevista en el inciso final del artículo 1622 ib, a cuyo tenor las cláusulas de un contrato se interpretarán 'por la aplicación práctica que hayan hecho amabas partes, o una de las

En este orden de cosas, como en el *Civil Law* o en los países continentales de tradición romano-francesa, o romano-germánica, el hallazgo de la mencionada común intención es un imperativo, de una parte, y de la otra, que para ello son enteramente válidos y, por ende, aconsejables el empleo de los medios extrínsecos apuntados (comportamientos anteriores, concomitantes y ulteriores a la celebración del contrato y al pacto de una determinada cláusula), en principio —y sin perjuicio de un análisis más detallado como se anunció—, entre nosotros pareciera que no lucirían válidas las estipulaciones que pretendieran impedir, *in radice*, el examen de otros elementos diversos al texto mismo que, por expresa mención literal, no puede ser adobado o escoltado por nada distinto de su propia letra, en una especie de censurable e inexplicable endogamia, negando todo acceso a la probanza verbal externa. Son las llamadas en el *Common Law*, *parol evidence rule*, o ‘regla de la prueba del acuerdo verbal’, o también ‘regla de la palabra’, cuyo cometido primordial estriba en impedir todo acuerdo o entendimiento verbal —en especial previo— que pudiera desvirtuar el texto vertido en el escrito respectivo —tanto desde el punto de vista interpretativo, como desde la perspectiva probatoria—⁽¹⁷⁶⁾.

partes con aprobación de la otra” (Sentencia del 28 de febrero de 2005, Magistrado Ponente, Jaramillo J. Carlos I.)

(176) A juicio de la profesora española, M^a del Pilar Perales Viscasillas de la Universidad Carlos III de Madrid, “Mediante el uso de estas cláusulas se pretende que un contrato no pueda ser interpretado, suplementado o contradicho mediante declaraciones o acuerdos anteriores. Se intenta, en definitiva, evitar la injerencia de las negociaciones o tratos previos anteriores a la conclusión del contrato. Los efectos de esta cláusula son claros y los principales destinatarios son las partes, el juez o el árbitro, para quienes las negociaciones o tratos anteriores habrán de considerarse como inexistentes”. “Las cláusulas de restricción probatoria o *merger clauses* en los contratos internacionales”, en *Apuntes de derecho*, 1, Lima, 1997, p. 99.

Por su parte, para el profesor Sixto SÁNCHEZ LORENZO, “...Las cláusulas contractuales desempeñan una función importante a la hora de restringir la incidencia de las circunstancias contextuales subjetivas, especialmente en los ordenamientos que valoran el peso de las negociaciones entre las partes, por lo que su utilización en la contratación internacional es muy frecuente. De un lado las cláusulas de integración o fusión (*merger o entire agreement clauses*) permiten a las partes restringir el contenido de sus acuerdos a lo recogido en el texto escrito del contrato, sin que pueda ser contradicho por cualesquiera otros elementos externos, incluidas declaraciones anteriores durante la fase de negociación del contrato. Así, el artículo 2.1.17 de los Principios UNIDROIT recoge este efecto, aunque mantiene el valor interpretativo de las declaraciones y actos negociales de conformidad con el criterio contenido en el artículo 4.3 a). En consecuencia, las cláusulas de integración no evitan cierto efecto interpretativo de las negociaciones preliminares, por lo que su

Expresado de otro modo, este tipo de cláusulas persiguen proscribir los medios, vehículos o pruebas extrínsecas verbales, por oposición a la intrínseca: el texto, en su literalidad pura, pretensión que como se esbozó, *in limine*, se tropieza con un obstáculo de particular entidad en los países del *Civil Law*, o en buena parte de ellos, si se prefiere, incluido Colombia: la indiscutida y generalizada validez de los medios y mecanismos extratextuales, a la par que exógenos ya delineados, declarados como fiables para la responsable determinación de la común intención de los contratantes, *ratio cardinalis* de la interpretación contemporánea, rectamente entendida, aún en las legislaciones y proyectos más modernos: siglos XX y XXI, así sea cierto que, para algunos, los hechos anteriores a la conclusión del acuerdo contractual, deban ser analizados con más prudencia —aunque hay otros que, por el contrario, sin ambages o dubitaciones, se apoyan en

alcance será diferente que en aquellos sistemas, como el derecho inglés, que no atribuyen valor interpretativo a dichas negociaciones preliminares.... La función de estas cláusulas en el *common law* es reforzar la *parol evidence rule* evitando que se añada al contrato escrito otras obligaciones complementarias celebradas en forma oral...”. La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado, ob. cit., p. 152.

De igual modo, como lo memora el estudioso profesor colombiano Jorge Oviedo A. “En el derecho norteamericano... se ha aceptado la regla *parol evidence rule*, según la cual, si el contrato celebrado por escrito contiene todo el acuerdo de las partes, se limita la posibilidad de acudir a acuerdos previos entre las partes además de no permitir otra prueba que el contrato mismo, por tanto no se podrán modificar o agregar elementos al contrato, que no sea de esa misma forma”, autor que agrega que “la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías [Convención de Viena], no incluye norma alguna que se refiera a las cláusulas de integración o *merger clauses*, lo cual no impide pensar que tendrían valor, admitiendo que según la autonomía de la voluntad en sentido material, claramente reconocida el artículo 6, las partes pueden determinar el sentido del contrato. No obstante, cabría afirmar que tales cláusulas no impedirían que se acudiera a las negociaciones previas entre los contratantes, para interpretar su voluntad y los términos contractuales, puesto que esta función de los tratos previos está claramente reconocida en el artículo 8 num. 3 de la Convención”, sin perjuicio de que seguidamente reconoce que: “En la jurisprudencia, se encuentran casos donde se ha negado la aplicación de la *parol evidence rule*, teniendo en cuenta el [citado] artículo 8.3 de la Convención”. La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías, en Estudios de derecho mercantil internacional, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009, p. 187.

Finalmente, para la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, apoyada en el denominado “*four corner test* o *test* de los cuatro picos o ángulos” del Derecho norteamericano aludido por Roland Séroussi, en este sistema milita una regla que establece que: “El contrato escrito cuyas intenciones son claras y cerradas (llamado *integrated contract*) es inviolable, no admitiéndose la prueba contraria al convenio escrito”. Reflexiones sobre la interpretación de los contratos, ob. cit., ps. 227 y 228.

ellos para pregonar su elocuencia y utilidad al instante de reconstruir la común intención—⁽¹⁷⁷⁾.

(177) Aun cuando reiteramos que este tema amerita mayor detenimiento, anticipadamente vale la pena poner de presente que un sector la doctrina, en general, es conteste en asignarle mayor valor persuasivo a los hechos concomitantes o coetáneos y a los ulteriores de las partes, que a los anteriores al perfeccionamiento del acuerdo, sin que por ello, de plano o apodóticamente, no le reconozcan relevancia, porque *in abstracto* la tienen, *per se*, sin desconocer que hay doctrinantes que le otorgan a todos la misma incidencia y valía, sin hacer distingo alguno, y otros que, por el contrario, les dan a los anteriores una peculiar trascendencia, lo que denota que no hay unanimidad o coincidencia plena en el tratamiento conferido a esta temática, independientemente, se itera, de que la generalidad autoral, *in radice*, le otorgue especial significado a la conducta *ex ante* o previa, con ciertos matices, como se observará.

Es así, *ad exemplum*, como el profesor de la Universidad de París, Jean Carbonnier, explicita que los hechos anteriores "...imponen más delicado análisis, sobre todo para determinar si se detuvieron en simples conversaciones previas o, al contrario, nacieron obligaciones civiles de su convergencia contractual". Derecho civil, T. II, vol. II, ob. cit., p. 515. Otro tanto tiene lugar con lo expresado por el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Alejandro BORDA, quien *ad cautelam*, reconoce que: "Una cuestión que se plantea es si la conducta anterior resulta o no relevante a los efectos de interpretar el contrato. La cuestión no es sencilla. Por un lado, está claro que si lo pactado es distinto de lo obrado con anterioridad, ello demuestra que finalmente las partes acordaron algo diferente, por lo que ese comportamiento anterior no tiene relevancia. Sin embargo, en los casos de duda, cuando el contrato ha dejado algunas lagunas, esos vacíos bien pueden llenarse con las conductas anteriores de las partes que reflejan una unidad de obrar y conforman, además, las bases de entendimiento que en su momento fueron consideradas para celebrar el contrato". "Interpretación de los contratos en el derecho argentino", en *Tratado de la interpretación del contrato*, T. I, Grijley, Lima, 2007, p. 149.

Por su lado, el profesor Angel LÓPEZ LÓPEZ, sabedor de la discusión en cita, memoria que en el artículo 1282 de la codificación española, refiere a "...actos coetáneos y posteriores", pero no en forma exclusiva, toda vez que el mismo precepto emplea la expresión "*principalmente*", lo que admite la convergencia de los actos anteriores, aunque "...sean manifestaciones de una voluntad aún itinerante... Pero ello, en cualquier caso, lo que invita es a manejar con cuidado esos datos, no a excluirlos". *De la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 42. Más directo aún, es el profesor José Luis LACRUZ B. cuando de los diversos actos que pueden ser evaluados por el intérprete, expone en su afamada obra que: "En realidad, acaso los que más luz pueden dar sobre el significado del contrato son los actos antecedentes, realizados cuando las partes se hallan en los tratos precontractuales, y por tanto la contraposición de intereses viene planteada en otros términos, ya que ambas partes quieren llegar a un acuerdo, mientras que desde la conclusión del contrato cada parte pretenderá con sus actos obtener del acuerdo concluido el resultado más favorable para ella". *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, T. II, ob. cit., p. 225. Y más enfático, a su vez, si se quiere, es Don Luis Díez-PICAZO, quien con su proverbial lucidez y pertinencia, en clara sintonía con la necesidad de realizar racionalmente "...una interpretación histórica de los contratos", manifiesta que: "Los que llamamos 'antecedentes del contrato' poseen una evidente importancia

En este sentido, como certeramente lo puso de manifiesto la doctrinante española María Serrano Fernández, “Es evidente que admitir la limitación de los medios probatorios conlleva dejar por fuera otros elementos utilizables para la interpretación, al declararlos inaptos para la prueba. Dichas restricciones pueden tener distinto origen: unas excluyen lo que sea extraño a la declaración misma (p. ej. los antecedentes, o la conducta posterior de las partes); otras reducen lo interpretable a lo expresado de modo solemne y rechazan lo que no está amparado por la forma”, restricciones que no se compatibilizan con el postulado de la búsqueda de la común intención, ya que “...hacer prevalecer la literalidad del contrato sobre la intención evidente de los contratantes sería una manifestación del principio formalista, incompatible con el principio espiritualista que consagra nuestro Derecho” (la libertad de forma). Por ello, la misma autora continúa afirmando que: “En definitiva..., la literalidad de los términos tiene un papel subordinado a la hora de estimar, en una valoración del conjunto de todos los datos (escritura y conducta), cuál fue esa intención de las partes”, de lo que concluye “...que no existen razones de fondo que se opongan a que en estos supuestos la tarea interpretativa desborde la pura literalidad de lo contenido en la forma sustancial, abarcando cualquier otro instrumento extrínseco a ella para averiguar la común intención de las partes...”, de lo que se colige que “en el Derecho español no rige la ‘regla de la palabra’”⁽¹⁷⁸⁾.

en sede interpretativa. Sólo a través de ellos es posible explicar lo que el contrato representó para las partes como fenómeno vital, lo que a través de él buscaban conseguir y los propósitos que les guiaron. Los trabajos de elaboración poseen también indiscutible trascendencia. Habrán de conocerse los borradores, las minutas de contrato o incluso los contratos precedentes y sopesar los cambios experimentados en la redacción... De gran relevancia interpretativa es la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo indubitado de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba”. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, T. I, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, ps. 502 y 503.

(178) SERRANO FERNÁNDEZ, María, *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 2005, ps. 30 y ss.

Es de señalar que la profesora Serrano, cuando se ocupa de estudiar este mismo tema en el Derecho comparado, particularmente en los países inmersos en el *Civil Law*, indica con toda claridad que: “El análisis del Derecho comparado nos permitirá comprobar cómo tampoco en esta sede se realiza una identificación entre texto y voluntad de los contratantes, de forma que aun cuando falte un precepto equivalente a nuestro artículo 1282 CC el intérprete puede acudir a datos externos al contrato a fin de conocer cuál fue la intención de los contratantes” (ob. cit., p. 54).

Otro tanto habría que decir en tratándose de las apellidadas en el Derecho anglosajón *merger clauses*, muy próximas a la *parole evidence rule*, llamadas a impedir, *ab initio*, cualquier recurso a los medios extrínsecos o extra-textuales, so capa de que todo debe ser hallado en el texto contractual, por manera que navegar por fuera del continente negocial, no resultaría procedente, por expresa restricción inter-partes. En este supuesto, de suyo más dilatado, no hay circunscripción a lo meramente verbal (acuerdo verbal), como en el anterior, a lo que se agrega entonces que lo único valorable será lo intrínseco, pero no lo externo: lo anterior y lo posterior. Tales cláusulas, *pari pasu*, igualmente carecen de validez, según un sector de la doctrina, aunque media discusión, por cuanto “...no es admisible que las partes excluyan, mediante un pacto de forma solemne, el recurso a la prueba extrínseca de manera que sólo los términos literales del contrato puedan ser valorados por el juez en su tarea de indagar la voluntad común de los contratantes”⁽¹⁷⁹⁾.

Posición intermedia y, por ende, menos radical, es la asumida por el profesor Ricardo Lorenzetti, quien en aras de sustentar su postura —ciertamente más conciliadora—, razona de la siguiente manera, la que con la venia del lector transcribimos *in extenso*, en guarda de no distorsionarla: “La primera fuente de averiguación de la intención de las partes es lo que ellas han escrito, lo que nos conduce al problema de determinar si tiene una prioridad absoluta o relativa. Para delimitar el problema debemos señalar que debe existir un contrato escrito, de modo que la regla no aplica cuando hay solamente otros modos de expresión (verbal, electrónica, etc.) [y] debe haber un contexto producido por las partes; es decir, la cuestión es si se pueden tomar en cuenta las conductas u otros elementos, pero siempre emanados de las partes y no cualquier otro no relacionado con su conducta. Esta delimitación permite entender que hay un problema de colisión de fuentes probatorias (escrito vs. otras fuentes), frente a lo cual las posiciones son las siguientes: a) Regla de la prioridad absoluta. Debe interpretarse so-

(179) SERRANO FERNÁNDEZ, María. *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 86, autora que en folios previos, había expresado alrededor de esta cláusula (*merger clause*), que: “Admitir la validez de un acuerdo de esta naturaleza conllevaría, en última instancia, imponer al intérprete un único material hermenéutico —el texto del contrato— a través del cual debe indagar esa común voluntad de las partes, prohibiéndole el recurso a otros medios de prueba que no sean la pura literalidad del documento. En otras palabras, se estaría reconociendo a las partes contratantes capacidad para estipular la exclusión de las normas sobre interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil” (ob. cit., p. 76).

lamente lo escrito. La *parol evidence rule*, desarrollada en el derecho anglosajón, se inclina por esta tesis y no se admiten otras evidencias para variar el sentido de lo escrito, salvo que sea parcial o totalmente incompleto en el punto que se desea dilucidar. No se puede aportar evidencia en contra de lo escrito. b) Regla de subsidiariedad. Debe interpretarse lo escrito y, si hay duda (sólo en este caso), puede recurrirse a otros elementos, principalmente la conducta de las partes. c) Regla de igualdad. El texto de las reglas deriva tanto de lo escrito como de la conducta, haya o no duda... La primera posición es la tradicionalmente adoptada, pero hay muchos casos en los que las leyes y los tribunales se han apartado de ella, adoptando la segunda y, en situaciones muy excepcionales, la tercera.

“Para ordenar el análisis es posible fijar una regla general y excepciones: Regla general. El texto a interpretar está constituido, como lo dijimos *ut supra*, por lo escrito, comportamientos, gestos, etc. Para interpretar es necesario dar prioridad a lo escrito por razones de seguridad jurídica, porque es claro que utilizando este medio se intentó fijar de un modo indubitable el plexo obligatorio. Incluso puede suceder que las partes, interesadas en reforzar ese aspecto, pacten sobre la restricción probatoria diciendo que sólo lo escrito será válidamente tenido en cuenta. Excepciones. Existen situaciones en que lo escrito es insuficiente. Ello puede ocurrir en contratos largamente negociados, complejos, en que hay escritos que reflejen aspectos diferentes y en ese caso cabe delimitar dos supuestos: Lo escrito en las negociaciones no coincide con lo escrito en el acuerdo final y debe darse prioridad a este último documento [...] Lo escrito es contradicho por otras fuentes (comportamientos, etc.). Nuestra posición es que debe darse prioridad a lo escrito [...] Lo que se critica habitualmente es una interpretación ajustada a lo escrito cuando hay conductas claras que demuestren lo contrario, y es correcto señalar que la ‘intención común’ no puede ser solamente lo que consta en un papel. Pero este paso debe ser cuidadoso, porque de lo contrario no es posible lograr seguridad alguna en los contratos”⁽¹⁸⁰⁾.

Dicha postura, en nuestro entender, tiene dos notorias bondades que no se pueden soslayar, así no se compartan íntegramente en consideración a lo previsto en el ámbito legislativo de algunas naciones, o sea más por razones de índole normativo que otra cosa. La primera, consistente en no prohiar de plano, y sin excepción o matiz, la teoría de la *parol evidence rule*, lo cual es de recibo, en cuyo caso le otorga relevancia, con razón, a los denominados ‘elementos extratextuales’, de explícita cabida en las legislaciones latinas en las que el comportamiento inter-partes, *ab antique*, tiene especial connotación, ora pre-

(180) LORENZETTI, Ricardo, *Interpretación del contrato en el derecho argentino*, ob. cit., ps. 17/20.

vio, simultáneo o posterior, en línea de principio. Y la segunda, que en orden a buscar la seguridad jurídica, en particular la seguridad de las transacciones —o negociaciones—, le confiere prioridad al escrito, desde luego sin dejar de reconocer que frente a precisos supuestos lo documentado no podrá primar, como quiera que puede buscarse la común intención de las partes fuera del mismo, según el caso, lectura esta que en tratándose de algunos ordenamientos legales pudiera no armonizar plenamente, como se anticipó, *v.gr.*: con el chileno, colombiano y ecuatoriano, cimentados en una regla original de Don Andrés Bello, conforme a la cual la consigna del intérprete es hallar la intención de los contratantes, la que debe procurar conocer efectiva y racionalmente, hasta el punto de que lo escrito puede situarse en otro plano, aunque obviamente será y deberá ser un elemento medular para tener en cuenta, sobre todo en cierto tipo de contratos (en especial los de contenido predispuesto), pero sin ser el dominante, merced a la valía que tienen los extratextuales. Es así como el artículo 1618 de nuestro Código Civil (1560 del chileno y 1576 del ecuatoriano), advierte que: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*” (el destacado es ajeno al texto original), de suerte que para conocerla, con suficiente grado de diligencia, tendrá a su alcance navegar por otros mares, a manera de *plus*, sin perjuicio que otros dirían ‘deberá’ o ‘tendrá’.

Es de manifestar que en aquellas naciones del *Civil Law*, en las que se establece “...que demostrada la celebración de un contrato por escrito no puede admitirse la invocación de un contenido distinto, o que [se] modifique tal instrumento, por vía de utilización de medios probatorios al escrito”, ello no se opone a que “...por medio distintos del escrito se incorporen elementos para establecer el alcance y significado del documento, como ocurre con los índices extratextuales de interpretación”⁽¹⁸¹⁾.

De igual modo, importa mencionar que el Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi), inicialmente privilegia más la literalidad, en orden a la fijación de la “intención de las partes”, pero sin dejar de lado, *in casu*, “...los elementos extrínsecos”, lo que parece rescatable y pertinente, pues no se aferra a lo meramente textual, haciendo tabla rasa de todo lo extrínseco. Su artículo 39, en efecto impera que “1. Cuando las declaraciones contractuales muestren de modo claro y unívoco la intención de las partes, el contenido del contrato se determinará conforme al tenor literal de éste [...]3. Cuando el texto contractual suscite

(181) ARIZA, Ariel. *Interpretación de los contratos*, ob. cit., ps. 90 y 91.

dudas que no puedan resolverse mediante una consideración global del mismo, ni recurriendo a las declaraciones y actos de las partes, aún posteriores a la conclusión del contrato, que sean coherentes con el texto del contrato, este último se interpretará conforme a la intención común de las partes, deducida igualmente atendiendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes”.

Algo similar sucede con los principios sobre contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, en particular con su artículo 2.1.18, inmerso en el capítulo 2, referente a la formación del contrato, pero vinculado necesariamente con el tema de la interpretación, el cual se ocupa de las llamadas *cláusulas de restricción probatoria*, o también *cláusulas de integración, absorción o fusión* —aun cuando atemperadas—, artículo que dispone que: “Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito”, salvedad que morigerada, como se ha esbozado, la rigidez de la negativa inicial, que en muchos supuestos, además, puede ser desmentida por la situación individual y concreta: la del caso, que tiene una especial relevancia. En este sentido, como expresamente se consigna en el comentario oficial a dichos principios, en su versión del año 2004, “Si la celebración del contrato se encuentra precedida de negociaciones relativamente prolongadas, las partes pueden desear que su acuerdo conste por escrito y declarar que dicho documento constituye su convenio definitivo. Esto se puede lograr mediante la redacción de una cláusula de “fusión” o “integración” (*v.gr.* “Este contrato incorpora en forma completa lo acordado por las partes”). Sin embargo, el efecto de dicha cláusula no es el de privar de toda significación a todas las declaraciones y los acuerdos previos, que podrían ser utilizados para interpretar lo escrito”.

Y a su vez con lo reglado en detalle por los denominados “Principios del Derecho Europeo de Contratos” (Proyecto Lando), los que en el artículo 2.105, ubicado en el capítulo II, relativo a la formación del contrato, expresan alrededor de las que rotula “*Cláusulas de absorción*” lo siguiente: “(1) Si un contrato escrito contiene una cláusula individualmente negociada, en virtud de la cual el escrito incorpora todos los términos y cláusulas de un contrato (cláusula de absorción) cualquier declaración, promesa o convenio anterior no incorporado en el escrito no forma parte del contrato. (2). Si la cláusula de absorción no ha sido individualmente negociada, se presume que las partes tenían la voluntad de que sus anteriores declaraciones, promesas

o convenios no formaran parte del contrato. Esta regla no puede ser limitada o excluida. (3). Las declaraciones anteriores de las partes pueden ser utilizadas para interpretar el contrato. Esta regla no puede ser limitada ni excluida excepto en virtud de una cláusula negociada individualmente. (4) En virtud de sus declaraciones o de su comportamiento, una parte puede verse impedida para alegar una cláusula de absorción en la medida en que la otra parte pudo razonablemente confiar en tales declaraciones o conductas”⁽¹⁸²⁾.

Luego de lo expresado en el campo doctrinal y en la esfera de la principalística, oportuno resulta traer nuevamente a colación el pensamiento de nuestra Corte Suprema de Justicia, corporación que, desentrañando el alcance del artículo 1618 del Código Civil, en su genuino entendimiento —norma de suyo muy original concebida por Don Andrés Bello en forma no simétrica a la contenida en el Código de Napoleón, se itera—, observó que

“Esa búsqueda —o rastreo ex post— de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes, reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede

(182) Comentando este artículo, los profesores Díez-PICAZO, Luis, Encarna Roca y Manuel Morales, señalan de las apellidadas “cláusulas de incorporación (*merger clause*)”, las que estiman “...muy raras en el Derecho español y en Derecho francés, y cuyo origen pertenece al Derecho anglosajón, aunque también existan diferencias en punto a su alcance”, que la “...solución que los PECL [Principios del Derecho Europeo de Contratos] dan es que si en el documento existe una *merger clause*, y ésta ha sido individualmente negociada, ningún acuerdo, promesa o declaración anterior forma parte del contrato, y en el documento que plasma el contrato celebrado, desaparecen los anteriores acuerdo, promesas o declaraciones...En cambio, si las cláusulas de incorporación no han sido individualmente negociadas, se considera que sólo existe una presunción en el sentido de que las partes han querido que los anteriores acuerdos, promesas o declaraciones, no formen parte del contrato, pero, en cuanto presunción, puede, naturalmente, quedar destruida por la prueba en contrario...”, a lo que agregan algo esencial, concerniente al último numeral de la norma en cita, atinente a la protección de la buena fe y de la confianza legítima de uno de los cocontratantes, la que opera aún de cara a las condiciones negociadas individualmente, hecho que confirma la pertinencia de la doctrina de los actos propios, emanación directa de la regla latina *venire contra factum proprium*. Es así como con estribo en dicho precepto, anotan que “...tanto si las cláusulas de incorporación han sido negociadas individualmente como si no lo han sido, ninguna de las partes puede tratar de darles un alcance mayor de aquel en la que la otra parte puede haber confiado razonablemente a partir de las declaraciones o de la conducta de la contraparte. Se trata, con seguridad, de una regla que se entronca con la figura del *Estoppel* del Derecho anglosajón y, entre nosotros, con la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium*”. *Los principios del derecho europeo de contratos*, ob. cit., p. 183.

llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionalistas, ratio medular del laborio hermenéutico. No en vano, como bien lo señala la antigua máxima [bíblica] 'la letra mata, y el espíritu vivifica' (Sentencia del 18 de febrero de 2005. Magistrado Ponente, Carlos Ignacio Jaramillo J.).

Por consiguiente, a la luz de todas las consideraciones que anteceden, con una mirada global, respetando la individualidad, habrá pues que analizar en cada situación particular si las reglas interpartes prohibidas no desvertebran la esencia preceptiva, ni quebrantan la *voluntas legislatoris* de cara a específicos supuestos, no siempre transigibles, negociables o disponibles, vale decir tangibles, dado que la autonomía privada tiene y, por tanto, conoce límites, *a fortiori* cuando su ejercicio pueda vulnerar derechos o expectativas legítimas, y cuando sabemos que, en ocasiones, un extremo de la relación jurídica, por fuerza de las circunstancias y de la mecánica negocial empleada, sólo pudo adherir a las condiciones generales dictadas por su cocontrante, contratación válida, sí, pero objeto de prudente escrutinio o cuidadosa atención, que no prejuicio o descalificación, *a priori*. Todo no puede resolverse en el mero o desnudo querer, en el simple y obsesivo desear, por encima de lo divino y de lo humano, a sabiendas que el Derecho, la sociedad, la civilidad, no es de uno, en singular, sino de dos o de varios, en plural. Hoy, más que nunca, hay que pensar en los demás.

Ha quedado pues tatuada a largo de este numeral, *grosso modo*, la opinión de la doctrina mayoritaria, la que aboga por el respeto de unos postulados o reglas mínimas, a partir del cual los contratantes, inicialmente, podrán establecer las propias, cuando se esté en presencia de normas dispositivas, que también las hay en la órbita de la hermenéutica en sí mismas modificables, no siendo la hipótesis del artículo 1618 de la codificación civil vernácula, entre otros más, por lo menos sin condicionamientos y cautelas. Es el caso de los profesores Díez-Picazo, Roca y Morales, ya citados, quienes examinando el texto de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, ponen de presente que: "Algunas de ellas son imperativas, como ocurre con el art. 5.103, es decir la interpretación *contra proferentem*, lo que además...viene reforzado por la aplicación del Derecho comunitario en general." En otras hipótesis, continúan expresando, "...es lógico concluir que estas reglas serán supletivas de la voluntad de las partes, que podrán decidir establecer en sus contratos las normas interpretativas que consideren convenientes, excepto cuando una decisión de este tipo perjudique los intereses de una de ellas"⁽¹⁸³⁾.

(183) DÍEZ-PICAZO, Luis, Encarna Roca y Manuel Morales. *Los principios del derecho europeo de contratos*, ob. cit, ps. 250 y 251.

También es el caso del parecer expresado por el Doctor Ariel Ariza, por cuanto recuerda que hay reglas o cánones infranqueables, en concreto la buena fe, porque entendida como “...criterio de interpretación no es una norma dispositiva”, agregando que también debe tenerse en cuenta “...que dicha libertad de fijación del régimen normativo de interpretación del contrato puede ceder ante la existencia o afectación de intereses de terceros, citación a partir de la cual el juez recupera la posibilidad de aplicación del régimen legal de interpretación establecido por el ordenamiento jurídico”. En otros supuestos, concluye el autor argentino, esto es cuando no hay quiebre de intereses superiores, como en los ejemplos precedentes, “...debe admitirse la posibilidad de que las partes condiciones o regulen con sus acuerdos la forma de interpretar el contrato”⁽¹⁸⁴⁾.

E igualmente, es la opinión de la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, a cuyo tenor: “El principio de la autonomía de la voluntad es el núcleo central del derecho de los contratos. La pregunta es, entonces, si en uso de su autonomía privada, las partes pueden seleccionar algún criterio de interpretación y excluir otros, establecer entre ellos un orden de preferencia, etc. ... Comparto la idea de Díez-Picazo para quien, salvo que se trate de contratos con condiciones predispuestas, la autonomía de la voluntad también juega su rol. Dado que la interpretación es la búsqueda de la común intención, nada parece impedir que esta común intención se erija en el criterio de ordenación de los cánones hermenéuticos. Sin embargo, la regla no rige cuando las partes intentan excluir un principio interpretativo que pone límites a la autonomía privada; por ejemplo, si se intentase eliminar el principio de la buena fe, en tal caso, la autonomía carece de validez”⁽¹⁸⁵⁾.

En este orden de ideas, a modo de apretada síntesis, *a priori*, no podrá condenarse cualquier incorporación contractual de reglas especiales de interpretación, en la medida en que será menester auscultar el penetrante e ilustrativo *casus*⁽¹⁸⁶⁾, antes de satanizarla, salvo que

(184) ARIZA, Ariel. *Interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 113.

(185) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Reflexiones sobre la interpretación de los contratos*, ob. cit., p. 215. Cf. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, al expresar que el pacto o establecimiento de otras reglas de interpretación es válido “...en tanto no contravengan otras normas imperativas, ni sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres”. *Interpretación del negocio jurídico*, ob. cit., p. 211.

(186) Tiene plena razón la profesora M^a del Pilar PERALES VISCASILLAS, cuando asevera de este tipo de cláusulas de origen anglosajón, específicamente de su validez anticipada, que se “evidencia que se trata de una cuestión de interpretación

al rompe se pretenda alterar la plataforma sistémica ya descrita, por vía de ejemplo, como tampoco será de recibo darle vía libre a la entronización de cuanta regla volitiva se ocurra, a pretexto de que el mundo globalizado exige flexibilidad y libertad, sin tener en consideración el sistema hermenéutico preexistente en sede legislativa, que por algo existe a modo de sistema (política legislativa), no de ahora, sino centenariamente⁽¹⁸⁷⁾, así como la teleología que escolta a la preceptiva aplicable, no como una masa informe, sino como un conjunto articulado y coherente, aunque no perfecto e infalible.

Nuevamente la cautela y la sensatez se imponen, como quiera que en el Derecho patrio, y en otros que comulgan con análogos postulados, la conducta de las partes, en general, se traduce en fiable brújula para establecer la común intención de las partes, elevada a *principio rector* en materia hermenéutica, como se indicó, bien sea previa, coetánea o posterior, así se le reconozca provisoriamente más entidad a los últimos —de acuerdo con un sector autoral ya mencionado—. De ahí que difícil sería admitir, *ab origine*, sin ninguna consideración, al igual que en todos y cada uno de los casos, a manera de dogma negocial (dictado o norma contractual), que en ningún supuesto podrá examinarse el pasado o el primer eslabón de la cadena volitiva (*iter contractus*), en atención a que ‘lo escrito escrito está’, y de que nada más puede ser valorado o tomado en cuenta (*unicum iuris*). Con mayor razón, a su turno, podrá dudarse de la eficacia de un pacto endeerezado a restarle, *ab initio*, cualquier valía a los hechos o conductas ulteriores a la celebración del contrato, a sabiendas de su potencial efectividad. No es fortuito entonces que se les haya considerado como “...reina de las interpretaciones”⁽¹⁸⁸⁾, o como “...la mejor explicación de

de cada caso, a cuyo efecto habrá de examinarse la misma con cuidado y cautela, especialmente teniendo en cuenta el marco normativo que rige la relación contractual”. “Las cláusulas de restricción probatoria o *merger clauses* en los contratos internacionales”, ob. cit., p. 99.

(187) En este sentido, como lo puso de manifiesto la Corte Suprema de Justicia colombiana, el sentenciador no tiene “...*plena e irrestricta libertad para buscar la communis intentio de los contratantes, sino que debe apoyarse en las pautas y directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora los animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete*”. (Sentencia del 28 de febrero de 2005, Magistrado Ponente, Jaramillo J. Carlos I.)

(188) GORGI, Giorgio. *Tratado de las obligaciones*, vol. IV, ob. cit., p. 186.

la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”, conforme lo revela el mencionado artículo 218 del Código de Comercio argentino, en forma meridiana.

9. JERARQUÍA DE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Definidos los temas precedentes, relativos a la justificación normativa, a la fuerza vinculante de las reglas de interpretación de los acuerdos de voluntad y a su real carácter: dispositivo o imperativo, sucintamente cumple indagar si todas ellas, por conformar un sistema *stricto sensu*, como se mencionó, están situadas en un mismo plano jerárquico, o si por el contrario, entre las mismas, media alguna diferencia que amerite graduación o ubicación preferente o escalonada y, por tanto, observancia por el intérprete, quien en tal virtud no podría proceder *ad libitum*.

Al respecto, examinadas buena parte de las legislaciones internacionales, se comprueba que, en general, existe una regla suprema o cúspide que, como tal, ha recibido diversos calificativos por parte de la doctrina o de la jurisprudencia (‘regla soberana’, ‘ley suprema’, ‘regla de oro’, ‘principio cardinal’, etc.), con el propósito de destacar su linaje y, por contera, su jerarquía normativa⁽¹⁸⁹⁾, pues como lo expresa el doctrinante chileno Carlos Ducci Claro, “...es un error considerarlas todas en una misma categoría”⁽¹⁹⁰⁾, así existan algunos que entiendan que no existe una definida prelación o abolengo, postura que, aun cuando respetable, no está en consonancia ni con el espíritu de las legislaciones que se ocupan del tema, ni con el concepto sistémico y ordenado que escolta a las citadas reglas, en aras de que haya claridad y no confusión, desorden o inaplicación de cánones axiales que, como tales, no se pueden relegar, aunque sea cierto que no medie entre todas y cada una de las reglas una absoluta y milimétrica subordinación, lo que es diferente. De allí que se entienda que haya normas de primer y segundo grado⁽¹⁹¹⁾,

(189) Nuestra Corte Suprema ha empleado diversas expresiones para relieves la valía del principio inmerso en el artículo 1618 (búsqueda de intención de las partes), *v.gr.*: ‘norma suprema’ (Sentencia del 5 de septiembre de 1930); ‘cardinal directriz’ (Sentencia del 5 de julio de 1983); regla ‘basilar’ (Sentencia del 28 de febrero de 2005), ‘regla fundamental —o cardinal— y principalísima’ (providencia del 16 de diciembre de 2005), etc.

(190) DUCCI CLARO, Carlos, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 255. Comparte esta idea el también autor chileno, René ABELIUK, quien pregona que hay una ‘regla soberana’ que prima sobre las demás. *Las obligaciones*, T. I, p. 92.

(191) Cf. ALBALADEJO, Manuel, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 334.

o si se prefiere de naturaleza principal y también subsidiaria, conforme lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia comparadas, como quiera que no pueden ser aplicadas en bloque o a la vez, precisamente por el carácter sistémico aludido, lo que podría ser caótico. En esta materia, realizadas las precedentes observaciones, el orden de los factores, sí podría llegar a alterar el producto: la carta de navegación para el intérprete, no siendo indiferente comenzar por donde él quiera⁽¹⁹²⁾.

Al fin y al cabo, entre ellas media un orden, inclusive a partir de su carácter o naturaleza: subjetivas u objetivas, como se advirtió al momento de pasarle revista a los dos sistemas en cuestión, en donde se resaltó que, en línea de principio, era la tendencia dominante, primaba el sistema subjetivo, hasta el punto que sólo se podría acudir a los cánones objetivos, en tanto en cuanto no fuera posible llevar a cabo —o a feliz término— la tarea de investigar la *común intención de las partes*, tendencia que permanece incólume en los distintos proyectos de armonización en la esfera internacional del presente siglo (principalística contractual). *v.gr.: UNIDROIT, Código Europeo de Contratos, y Principios del Derecho Europeo de Contratos*, entre otros.

Desde esta perspectiva, el Profesor L. Carriota Ferrara, siguiendo la opinión de su estudioso colega Grassetti, diáfananamente ratifica que en el campo de la hermenéutica negocial, “...hay que establecer una graduación: algunas tiene aplicación inmediata y, por consiguiente, función primaria; otras tienen una aplicación, por así decir, subordinada y, por consiguiente, una función subsidiaria y secundaria”. Por ello, continúa el autor italiano, existen normas que “...se aplican sólo si, no obstante la aplicación de las anteriores, quedan dudas sobre la voluntad real y sobre el significado de la declaración”⁽¹⁹³⁾.

(192) Aun cuando el Dr. Antonio CANO MATA, es de la idea de que en España el “...legislador no ha establecido una preeminencia entre los preceptos aludidos”, termina por aceptar que “...no es menos indudable que dichas normas reflejan el camino mental que el que le el intérprete debe recorrer”. La interpretación de los contratos civiles, ob. cit., p. 195.

(193) L. CARRIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, ob. cit., p. 609. Cf. TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*, ob. cit., p. 196; Renato Scongnamiglio, *Teoría general del contrato*, ob. cit., p. 237; BIGLIAZZI G. Lina, Humberto BRECCIA, Francesco D. BUSNELLI, y Ugo NATOLI. *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*, T. I, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 985; DI MAJO, Adolfo. *L'interpretazione del contratto*, ob. cit., ps. 675 y Henry, León y Jean MAZZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, ob. cit., p. 377.

En contra, GIL RODRÍGUEZ, Jacinto. *Manual de derecho civil*, T. II, *Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, y teoría general del contrato*, ob. cit., p. 612, autor español que estima que en relación con el llamado método de ‘interpretación pro-

A su vez, el doctrinante argentino, Ariel Ariza, ratificando en esencia el mismo entendimiento, revela que "...el planteamiento del tema de la jerarquía de los cánones interpretativos supone un punto de contacto con la finalidad de la interpretación. Para reconocer la necesidad de considerar una posible jerarquía debe admitirse que los cánones cumplen una distinta función. Así, el elemento literal del contrato, la conducta y las demás expresiones vertidas en el contrato cumplirían la función de aproximar la reconstrucción al significado concretamente considerado por los celebrantes del acto. En tanto que la buena fe, la naturaleza del negocio y la interpretación *favor debitoris*, proporcionarían indicios ajenos a esa referencia subjetiva que, no obstante, son igualmente relevantes para el ordenamiento jurídico a la hora de establecer el significado contractual", autor que concluye, de la mano del célebre profesor Grassetti, que está plenamente de acuerdo con el "...criterio que otorga preferencia temporal a las pautas subjetivas por sobre las objetivas, atendiendo a que en la reconstrucción del significado contractual los índices que se apuntan a conocer y establecer el código lingüístico de los celebrantes del acto constituye la mejor pauta de individualización del significado originario de las normas contractuales"⁽¹⁹⁴⁾.

Ahora bien, en el campo de la principalística internacional, *in actus*, e *in potentia*, igualmente se observa que no todo principio o no todas las reglas revisten la misma jerarquía, en cuyo caso, sin dificultad, no podrían ser aplicadas indistintamente y en cualquier orden, lo que reafirma lo anotado por nosotros anteladamente. Así, sólo por vía de referencia, el artículo 5.101, numeral tercero de los *Principios de Derecho Europeo de Contratos*, es perentorio al disponer que si "...no puede establecerse la intención" común de las partes, corazón de su preceptiva, "...el contrato se interpreta de acuerdo con el significado que personas razonables en situación semejante a las partes, le hubieren dado en las mismas circunstancias", disposición que sólo autoriza el escrutinio objetivo, en defecto del subjetivo, llamado a prevalecer, lo que implica que tiene un *status* prevalente y preferente. En esta dirección, conforme lo exponen los profesores Díez-Picazo, Roca y Morales, los principios en comentario (PECL), "...no contienen un único método para la interpretación de los contratos. Ello sería imposible si lo que se quiere es que produzca efectos... En consecuencia, el art. 5.101 (3) introduce un sistema objetivo de interpretación para el caso de que

gresiva' comentado por Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, parece "...más seguro el criterio de la utilización simultánea, conjunta o concurrente de todo tipo de reglas".

(194) ARIZA, Ariel. *Interpretación de los contratos*, ob. cit., ps. 117 y 118.

aplicando las reglas subjetivas contenidas en los párrafos (1) y (2) no sea posible obtener el resultado de la voluntad de las partes.... Se introduce entonces una regla subsidiaria”, lo cual se logra “...jerarquizando los dos tipos de interpretación subjetiva y objetiva...”⁽¹⁹⁵⁾. Otro tanto sucede con los principios de UNIDROIT, puesto que en su artículo 4.1 se consagra análogo contenido, en lo fundamental: “1. El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. 2. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición de las partes”, y también con el artículo 8 de la *Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías*, precursor en esta materia de la subsidiariedad en mención, y de la aplicación secuencial de los sistemas de interpretación contractual: subjetivo y objetivo, respectivamente.

El problema, en últimas, no es de degradar o privilegiar, *per se*, las reglas hermenéuticas, en el entendido de que unas tuvieran *status*, y otras no, como en una especie de lectura de clases, o de mejor familia (*capitis diminutio*). Simplemente se trata de moverse o transitar por un conjunto sistémico que tiene previsto el cumplimiento de determinados y específicos pasos que, por estar sincronizados, de una u otra manera, no pueden ser alterados profundamente, sin ninguna consecuencia, porque así lo deseó el intérprete. Por ello, si revisten carácter normativo, de una parte, y son de contenido vinculante, de la otra, como a espacio se corroboró, mal se haría permitir que se apliquen a conveniencia o a discreción, a sabiendas que algunas reglas, *expressis verbis*, están condicionadas al agotamiento de un reglado procedimiento previo, sin el cual no resultaría de recibo su aplicación directa y delantera, como sucede con el artículo 1566 del Código Civil chileno, 1624 del colombiano, 1582 del ecuatoriano, y 1304 del uruguayo, en punto tocante con la apellidada regla o procedimiento *contra stipulatorem*, o con nuestro artículo 1618, que por erigirse en el principio rector del sistema, debe ser observado *in primis*. Por ello la pretendida aplicación convergente o concurrente del haz de reglas, sin ninguna pauta, ritmo o escisión, puede contribuir a equívocos, o a extravíos en ciertos supuestos.

(195) DÍEZ-PICAZO, Luis, Encarna ROCA y Manuel MORALES. *Los principios del derecho europeo de contratos*, ob. cit., ps. 250 y 255, quienes igualmente reconocen, merced a la prevalencia en comento, que: “Las reglas de interpretación contenidas en el art. 5.101 PECL establecen una jerarquización de las reglas de interpretación: 1. La primera regla es la averiguación de la intención común... 2. La interpretación objetiva, que puede ser utilizada de forma subsidiaria” (ob. cit., p. 257).

En Colombia, a emulación de la generalidad de los ordenamientos civiles internacionales, como se ha pincelado, prima la regla de la búsqueda de la mencionada común intención —en sentido amplio— (o si se desea de la ‘intención de los contratantes’, art. 1618), la que se constituye en el norte del hermeneuta, en la brújula que deberá guiar su *nobile officium*, y a la que deberá obediencia suma, so pena de desdibujarlo, todo sin perjuicio de que, si agotado este laborío sin resultados positivos y fiables, podrá acudir a otros expedientes, como ya se acotó (de estirpe objetivo). Cosa bien distinta es que en dicha investigación, pueda servirse de otras reglas subjetivas, por vía de ejemplo las que contemplan la necesidad de valorar, *in globo*, el comportamiento de las partes, como expresamente lo autorizan algunas legislaciones contemporáneas, conforme se señaló⁽¹⁹⁶⁾ y lo reconoce autorizada doctrina patria e internacional, pues dicha tarea no sólo se consigue aplicando privativamente el contenido de nuestro artículo 1618, que como lo refieren los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, es entre nosotros el ‘principio general’ que domina la codificación civil, en lo que a interpretación del contrato concierne⁽¹⁹⁷⁾.

Nuestra jurisprudencia, en efecto, ha entendido que en el Código Civil, concretamente en el articulado que conforma el Título XIII de su libro cuarto, existe un precepto principal, y otros subsidiarios. En este sentido, en Sentencia del 5 de julio de 1983, *ad pedem literae*, manifestó que,

“[...] la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador es, según lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, la de que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que éstos se propusieron al ajustar la convención”.⁽¹⁹⁸⁾

(196) Es el caso, en adición a las referidas en precedencia, del Código Civil paraguayo de 1987, específicamente del artículo 708, el que luego de puntualizar que: “Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras”, indica que: “Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior al contrato”.

(197) OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, ob. cit., p. 412.

(198) La Corte Suprema, en fallo del 14 de marzo de 1946, había ya señalado que: “Sólo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes es cuando el fallador debe acudir a aplicar, con vista de las circunstancias de

Y más recientemente, la H. Corte Suprema, en consonancia con lo afirmado en el pasado, sentenció que:

“[...] debe reiterarse también, como está suficientemente decantado, que en el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (artículo 1618 del Código Civil). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el Código Civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual”⁽¹⁹⁹⁾.

Por su parte, en la órbita doctrinal, el Profesor Carlos Darío Barrera Tapias en su bien documentado libro intitulado: *Las obligaciones en el derecho moderno*, se inclina por la misma distinción jerárquica, a la par que funcional, al indicar que: “...la averiguación de la verdadera voluntad de las partes es la regla fundamental, y las restantes son subsidiarias”⁽²⁰⁰⁾.

Finalmente, sin perjuicio que sobre este tópico esperamos retornare con ocasión del examen individual de las reglas interpretativas, importa precisar que el caso en particular objeto de auscultación tendrá una fuerza sin par, toda vez que será él, en gran medida, el que torne más aplicable una regla que otra, por manera que, en función suya, ubicado en el campo de las llamadas reglas secundarias o subsidiarias, el intérprete privilegiará una u otra, como quiera que no existe, en puridad, una secuencia inexorable o forzosa, o sea un orden *ex lege* que deba ser ineluctablemente acatado en todos y cada uno de los casos, según se expuso. En este aspecto, bien entendido, habrá pues un margen moderado de flexibilidad, sin duda necesario, habida cuenta que la interpretación, como lo hemos aseverado, invariablemente debe hacerse teniendo en cuenta el *casus*, so pena de que se descontextualice el asunto sometido al escrutinio del hermeneuta, quien no es un autómatas que proceda siempre igual de cara a todos los *casus*, en sí mismos diversos, por excelencia⁽²⁰¹⁾.

cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los arts. 1619 a 1624 del C.C.”

(199) Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2008.

(200) DARÍO BARRERA, Carlos, *Las obligaciones en el derecho moderno*, Temis, Bogotá, 2004, p. 185.

(201) Cf. BOFFI BOGGERO, Luis María, quien avalando este mismo parecer, anota que respecto a ellas no media “...orden jerárquico alguno y que su utilización

10. PROPUESTAS PRELIMINARES PARA LA ELABORACIÓN DE LAS BASES DE UN 'CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS'

A la vista de las consideraciones que anteceden, seguidamente consignamos las propuestas que, en nuestra humilde opinión, deben informar el anhelado *Código Latinoamericano de Contratos*, aspiración de una serie de académicos de los países del área como lo hemos señalado en diversos apartes de este estudio. Para ello, las incorporaremos de la manera más sucinta posible, puesto que son el corolario del mismo, hijo de nuestro entendimiento del tema, las que sometemos al escrutinio de la exigente academia iberoamericana, con el confesado propósito de enriquecerlas y de ajustarlas, como quiera que ésta es una tarea eminentemente colegiada:

El *Código Latinoamericano de los Contratos*, en consonancia con el desarrollo del tema hermenéutico realizado en el presente escrito, y muy especialmente en sintonía con una arraigada tradición en la materia, refrendada por las más modernas legislaciones y por los más novísimos proyectos de códigos y regulaciones supranacionales, sobre todo en la esfera europea, debe incluir un capítulo o una sección autónoma encaminada a disciplinar explícitamente la temática en cuestión.

No se concibe, en tal virtud, que se edifiquen las bases de un proyecto de la envergadura en comento, sin incluir la temática hermenéutica, medular para el desenvolvimiento funcional de la contratación, habida cuenta que la interpretación, *ex post*, está presente en todas las fases del *iter negocial*, con prescindencia de la ambigüedad, o del *dubio*, puesto que su proyección es generalizada y también cotidiana.

El rótulo de la misma, en nuestro entender, debe ser el de *La interpretación de los contratos*, en plural, habida cuenta, de una parte, del interés de que esta preceptiva cobije no sólo al contrato, desde una perspectiva genérica, sino también específica, en orden a que queden arropados todos y cada uno de los tipos contractuales, sin distingo al-

en mayor o menor grado, la prevalencia de una sobre otra, surgirá de la necesidad del intérprete en cada caso frente a las respectivas particularidades". *Tratado de las obligaciones*, T. I, ob. cit., p. 698.

En sentido similar, pero haciendo énfasis en la tarea del juzgador, uno de los intérpretes autorizados para realizar el acto humano de interpretar, el Dr. Antonio CANO MATA, en este campo hermenéutico, también es de la idea de la conveniencia de "...permitir una limitada discrecionalidad judicial, pero dentro de unos principios vinculantes para el intérprete". *La interpretación de los contratos civiles*, ob. cit., p. 206.

guno, sin perjuicio, claro está, de las disposiciones especiales que se pueden adoptar en cada tipo en particular, conforme a las circunstancias. Y de la otra, que las diversas manifestaciones o arquitecturas contractuales, en especial las más modernas, queden también comprendidas. Al fin y al cabo, lo que se pretende es que la cobertura temática sea de amplio espectro.

Dicha regulación, así lo consideramos, debe ser suficiente, vale decir que abarque los aspectos nucleares o neurálgicos de la interpretación de los contratos, sin aspirar a una normatividad exhaustiva, y menos taxativa (*numerus clausus*), en atención a que lo que se desea es la definición de unas directrices que escolten la misión del intérprete, en aras de asegurar un orden común, en pro de su uniformidad y, sobre todo, de la seguridad jurídica, la que no conspira, en sí misma, contra la justicia contractual.

Todos los códigos civiles y comerciales, al igual que los proyectos existentes en el campo internacional (principalística contractual), resultan bienvenidos para la elaboración del capítulo o sección referente a la interpretación de los contratos. Sin embargo, es menester tener muy en cuenta la realidad latinoamericana, con el objeto de no desvirtuar nuestra auténtica esencia cultural y jurídica, desde luego en lo que resulte pertinente, para no generalizar. De allí que, con mesura, la experiencia internacional deberá ser referente de consulta, pero no, indefectiblemente, de incorporación plena e inopinada.

La reglamentación hermenéutico-contractual, obedece y deberá obedecer, en nuestro entorno, a una visión sistémica, de suerte que para la codificación se torne coherente, a la par que precedida por la lógica, el orden, la técnica y la sindéresis, será aconsejable que se evidencien diversos aspectos de especial valía y significación, para obviar disfunciones en el ejercicio interpretativo, entre otros los siguientes:

La claridad en lo tocante con su carácter vinculante para el hermenauta, vale decir para que no quede duda alguna de que las reglas de interpretación, en sentido amplio, no se erigen en simples consejos, recomendaciones o sugerencias, en la medida en que son arquetípicas normas jurídicas que cualquier ordenamiento requiere para el buen gobierno de esta temática, sin perjuicio de la enriquecida obra a cargo de la jurisprudencia y de la doctrina, un inequívoco *plus*. Por ello, la redacción debe denotar el mencionado talante, alcance o temperamento.

La jerarquización reinante entre tales reglas, pues aconsejable que, independientemente de que pueda existir un amplio margen de ma-

niobra por parte del intérprete, no todas pueden estar situadas en un mismo plano o escaño, lo que contribuiría a la hesitación, a la vacilación y a la duda, que es precisamente lo que se quiere evitar (seguridad contractual).

La adopción de un principio rector, o si se prefiere regla suprema cardinal o basilar, llamada a establecer que la común intención de los contratantes, en líneas generales, se traduce en el norte del hermeneuta, quien deberá hacer cuánto racionalmente esté a su alcance para encontrarla, y no desfigurarla o mancillarla. Ello quiere decir que el citado principio rector, en efecto, se traducirá en el eje del sistema hermenéutico, el que sin razones atendibles, ciertamente, no podrá ser evadido, en un todo de acuerdo con la más moderna doctrina, jurisprudencia y prospectiva legal, según quedó esclarecido en su oportunidad.

En caso de que la señalada búsqueda responsable resulte infructuosa, será necesario incorporar una alternativa fiable: la interpretación del contrato con sujeción a criterios objetivos, muy especialmente recurriendo al criterio o pauta del intérprete razonable, o guiado por la razonabilidad hermenéutica, tal y como lo hacen la *Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías*, *Los Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, y los proyectos —o anteproyectos— del *Código Europeo de Contratos*, los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* y la *Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos* española, entre otros más.

La selección de reglas individuales que, con carácter colateral e instrumental, persigan el cumplimiento del citado principio rector hermenéutico de estirpe subjetivo, eje o nervio del sistema, como se anotó.

La expresa incardinación de un precepto que establezca que el contrato se interpretará con arreglo a la buena fe, y que ella, por lo tanto, guiará con prudencia la misión del intérprete, en lo pertinente.

La indicación de que será necesario evaluar y sopesar, al momento de la interpretación del contrato, diversas circunstancias de modo, tiempo y lugar, entre otras las siguientes: los hechos relativos a su celebración: tratos preliminares y circunstancias concomitantes, a la vez que los de posterior configuración; la naturaleza y la teleología específicas del contrato concluido; los usos, etc.

La explícita referencia a los fenómenos contemporáneos de la interpretación de los contratos de contenido predispuesto, a la vez que

de las condiciones generales de contratación, hecho que demandará la entronización de puntuales reglas, pautas o criterios específicos.

La inclusión de una norma jurídica enderezada a regular lo concierne a los fenómenos de la calificación e integración del contrato.

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

Por Graciela MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Normas interpretativas: la intención de las partes. 3. Directivas de interpretación de fuente legal. 4. La buena fe como regla de conducta básica de interpretación del contrato. 5. Bases de interpretación para el futuro Código Latinoamericano de Contratos. a) Voluntad real de las partes o voluntad declarada. b) La intención común, más allá de la literalidad expresada. c) Regla de interpretación en cuanto al significado de las palabras. d) El contexto contractual. e) La naturaleza del negocio y la equidad. f) La regla “favor negotii”. g) Usos y prácticas del lugar de celebración. h) Equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos. 6. La interpretación objetiva.

1. INTRODUCCIÓN

En sentido general, “interpretar” significa desentrañar, explicar, comprender. Referido a los contratos, ALTERINI⁽²⁾ dice que si existiera el contrato perfecto que previera la totalidad de las alternativas y posibilidades de comportamiento, seguramente ni las partes ni el juez tendrían que interpretarlo.

Cuando las normas contractuales no son lo suficientemente claras y concretas surge la necesidad de desentrañar la voluntad común, es decir, interpretar el contrato. La Corte Suprema de Justicia ha dicho “si el contrato es claro corresponde la aplicación y no la interpretación”⁽³⁾.

Los profesores argentinos Garrido y Zago⁽⁴⁾ comienzan sus tradicionales obras de “Contratos” analizando, en primer término, la interpretación de la ley, luego del acto jurídico, y así llegan al contrato, di-

(1) Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Conjuez de la Cámara Federal de Mar del Plata, Argentina.

(2) ALTERINI, Atilio A. *Contratos Civiles, comerciales, de consumo. Teoría General*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 411.

(3) CSJN, 26/11/1985, “Mevopal S.A. c/Banco Hipotecario Nacional”, JA, 1986-IV-341.

(4) GARRIDO, Roque F. y ZAGO, Jorge A. *Contratos civiles y comerciales*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 404.

vidiendo su tratamiento en cuanto a la interpretación de los contratos unilaterales y los bilaterales, pues “resultará diferente la factibilidad práctica de interpretarlos, ya que en los primeros —los unilaterales— sólo deberemos descubrir o analizar una voluntad existente en el otorgante, y en los bilaterales ya no sólo estaremos frente al descubrimiento de las voluntades de los celebrantes sino además de las recíprocas interpretaciones realizadas sobre los manifestado en el contrato” y agregan que también hay que recordar que las declaraciones afectan intereses ajenos y no se puede tomar en cuenta únicamente a quien la formuló”⁽⁵⁾.

Videla Escalada⁽⁶⁾ clasifica distintas formas de interpretación contractual: la **literal** que atiende al significado de las palabras en que está redactado el contrato, el método **subjetivo** que intenta desentrañar el pensamiento y la intención de quienes escribieron el contrato; el **objetivo** que pretende descubrir el sentido de las ideas que han sido desarrolladas en las cláusulas más allá de las palabras mismas tratando de construir un sistema interpretativo; el que se funda en la **costumbre** que interpreta con las reglas consuetudinarias que acompañan la vida del contrato conforme también el grupo social que rige en el momento de su vigencia; el **histórico** que emplea los antecedentes temporales tenidos en cuenta al momento de contratar; el **analógico** que extiende las soluciones de casos contemplados en la ley a otros semejantes que no fueron considerados expresamente y le asigna gran fuerza e importancia a la equidad y a los principios generales del Derecho.

El sistema francés, aferrado a la teoría de la autonomía de la voluntad, entiende que el “intervencionismo contractual llevado a cabo por la jurisprudencia no tiene nada que ver con la interpretación del contrato”. Por el contrario, cuando el juez interpreta el contrato, esencialmente debe dedicarse a investigar lo que han querido las partes; más aún, la búsqueda de la intención común de las partes no supone que el juez tenga solamente en cuenta elementos existentes al momento de celebrar el contrato. En efecto, los comportamientos posteriores de las partes, pueden revelar lo que ellas querían”⁽⁷⁾.

(5) ZAGO, Jorge A. “Interpretación del contrato” en *Contratos*, dir. Trigo Represas. Félix y Stiglitz, Rubén, Libro homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, Ed. La Rocca, Bs. As., 1989, ps. 89 y ss.

(6) VIDELA ESCALADA, Federico, *La interpretación de los contratos civiles*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 8.

(7) LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1993, T. I, p. 112.

Nos referiremos, en esta oportunidad, a la interpretación del contrato clásico, contemplado en los Códigos Civil y Código de Comercio argentinos, todo lo que puede servir de base para elaborar el Código Latinoamericano de Contratos. Al margen del presente análisis se ubican los contratos de consumo, de adhesión, con cláusulas predisuestas o a condiciones generales, que tienen un tratamiento preciso desde normativas particulares o por interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

No existen en el Código Civil de Vélez Sarsfield reglas específicas y concretas de interpretación de los contratos; el Código de Comercio en sus arts. 217 a 220 contiene normas de interpretación que tienen que ver con la actividad del comerciante, pero que se aplican por analogía a los contratos civiles conforme el art. 16 del código de fondo.

La reforma del art. 1198 del Código Civil por la ley 17.711 establece la máxima pauta rectora de buena fe para la celebración, ejecución e interpretación de los contratos.

En la vida diaria de los negocios los problemas de interpretación surgen como consecuencia de un desacuerdo post contractual, y queda como función de las partes o del juez fijar el verdadero sentido que se quiso dar a la voluntad común.

La interpretación del contrato implica la determinación del contenido querido por las partes; es reconocer la voluntad externa declarada. Para Lorenzetti⁽⁸⁾ interpretar consiste en adjudicar un sentido a la regla contractual.

Si hablamos de **contenido** entendemos que la interpretación no sólo es esclarecer el sentido sino también pautar el contenido⁽⁹⁾.

Es necesario distinguir si se trata de un contrato paritario, entre empresas, por ejemplo, o entre particulares con similar poder de negociación o si se trata, por el contrario, de personas que acceden al contrato con distinta posibilidad de comprensión y determinación.

No hay duda que, hasta aquí, estamos hablando de contratos discrecionales regidos por la autonomía de la voluntad, libremente negociados, los que, habitualmente, cuando son entre empresas, cuentan con asesoramiento jurídico y contable que colabora en su redacción.

(8) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. I, p. 455.

(9) ALTERINI, Atilio A. *Contratos*, ob. cit., p. 412.

En los contratos internacionales es de aplicación la doctrina denominada *lex mercatoria* que ha presentado un desarrollo muy rápido siguiendo el ritmo acelerado del comercio internacional. “Así se ha ido gestando un conjunto de reglas emanadas de entidades privadas o de organismos internacionales o que se han ido elaborando a través de la práctica negocial en las más diversas ramas de actividad, con fórmulas convenidas por la costumbre, que se han impuesto en las más diversas plazas, pese a la disimilitud de sistemas legales”⁽¹⁰⁾.

En los contratos mercantiles internacionales las partes acuden voluntariamente a someterse, también a los Principios de UNIDROIT o de UNCITRAL⁽¹¹⁾, para dirimir sus conflictos de interpretación contractual. De allí que es loable este encuentro de juristas latinoamericanos para intentar acercarnos a la elaboración de un régimen común para nuestro continente:

“...hoy en día parece advertirse una tendencia que prescinde de los métodos de interpretación nacionales o iusprivatistas, prefiriendo la interpretación o integración de textos internacionales con base en principios uniformes, autónomos e internacionales muchas veces elaborados sobre la base del derecho comparado”⁽¹²⁾.

En ese contexto, es importante a la hora de la interpretación del contrato, determinar si se trata de una convención entre empresas que tienen a su disposición el asesoramiento técnico suficiente para la redacción de las cláusulas contractuales, o bien, de particulares que concretan un contrato civil o comercial.

En el primero de los casos la interpretación interna, subjetiva, del análisis del propio contrato, sea por la interpretación filológica, literal o estricta es justa y apropiada, en el otro supuesto de contratos celebrados por personas de distinta capacidad de negociación, la interpretación se inclinará más hacia los elementos externos del contrato como los usos y costumbres del lugar: nos estamos refiriendo a la interpretación subjetiva, en el primer caso y, en el otro, a la interpretación objetiva.

(10) UZAL, María Elsa, “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la voluntad en la contratación internacional” (con particular referencia al MERCOSUR), *El Derecho*, Diario de Jurisprudencia y Doctrina de la UCA, Buenos Aires, N° 9621, año XXXVI del 4/11/1998.

(11) O bien el “*Code Européen des Contrats*”, o en su caso, los “*Principles European Contract Law*” del Prof. Ole Lando, según las partes quieran someterse a reglas previamente acordadas.

(12) UZAL, María Elsa, ob. cit.

La interpretación es una reflexión sobre el texto previo y surge como necesidad ante normas ambiguas o poco claras. Es un acto cognitivo que permite acceder a la verdadera intención declarada de las partes.

Se dice que aplicar un contrato requiere la previa interpretación. Ello no es siempre así, dado que depende la complejidad del contrato celebrado, requerirá una tarea hermenéutica por parte del juez, o, simplemente la aplicación de su contenido. Se habla de interpretación integradora.

La interpretación se hace necesaria cuando las cláusulas son ambiguas, grises, poco claras. Y la duda se presenta sobre si la interpretación debe hacerse sobre la base de descubrir la voluntad interna de los contratantes, **subjetiva** o bien avanzar sobre elementos **objetivos** tales como la conciencia social dominante, el lenguaje corriente, los usos y costumbres, el momento histórico y la significación de las fórmulas utilizadas.

Son los dos aspectos de la interpretación —subjetivo y objetivo— sobre los que volveremos más adelante.

2. NORMAS INTERPRETATIVAS: LA INTENCIÓN DE LAS PARTES

El primer paso para decodificar el contrato consiste en la lectura estricta o restrictiva, teniendo en cuenta a literalidad de los términos utilizados en la manifestación de voluntad⁽¹³⁾ para cuya solución se suele acudir también a la ayuda de las normas interpretativas.

Estamos analizando el contrato celebrado entre pares, en el ambiente de los negocios, entre empresas en las que debe aplicarse la interpretación literal o estricta de los contratos.

El tráfico moderno difícilmente se podría desarrollar en muchas tareas sin reposar en la literalidad; este campo propio interpretativo corresponde a los contratos celebrados entre empresas que deben haber adoptado previamente un riguroso asesoramiento.

Dice el Proyecto de Código Único (en las notas explicativas) que corresponde asumir como un importante elemento de la Nueva Lex Mercatoria el criterio de interpretación literal o estricta en “el ambien-

(13) El Proyecto de Código Unico de la RA de 1987 previó que cuando proceda la interpretación restrictiva” se tomará especialmente en cuenta la literalidad de lo pactado; igual el Proyecto de la Cámara de Diputados de 1993.

te de los negocios y en las contrataciones entre empresas, que celebran —o debieran celebrar— con profesionalidad y adecuado asesoramiento y con comprensión del valor de los términos empleados, en cuya significación literal tienen derecho a confiar la otra parte y los terceros”.

Las partes suelen acudir también a normas interpretativas: éstas son las que se aplican en caso de sentido dudoso.

Por ejemplo, la norma del art. 1354 del Código Civil juega el papel de norma supletoria para el caso que no se haya fijado precio, e interpretativa para el caso de duda.

En otro caso, la norma del art. 1353 del Cód. Civil es interpretativa para el caso de haberse pactado que el precio es el corriente de plaza (se integra con certificados de corredor o por testigos).

Igualmente, el art. 1634 Cód. Civil cuando nos habla de la obra a satisfacción del propietario o de otra persona se integra con la norma que prescribe el juicio de peritos.

Si hay discrepancia sobre el alcance y el contenido de la voluntad declarada para la interpretación, se acude a estos mecanismos: 1º la indagación de voluntad común y, 2º subsidiariamente, un criterio más amplio indica investigar la manifestación negocial objetiva.

Desde la primera forma de interpretación se indaga el total del comportamiento de las partes: el anterior (también las tratativas preliminares) y el posterior al acto: de ese análisis surgirá la intención común.

Quien sostenga que las cláusulas no traducen la voluntad de las partes, o tienen significado distinto al que le otorga el uso corriente, debe probarlo⁽¹⁴⁾.

3. DIRECTIVAS DE INTERPRETACIÓN DE FUENTE LEGAL

El Código de Comercio en los arts. 217 y 218 indican que, en caso de ambigüedad de las cláusulas se debe recurrir a distintos criterios de interpretación⁽¹⁵⁾:

(14) CNCiv., sala E, 25/11/1985, “Ordani S. A. c/Obrafi S.A.” JA, 1986-IV-373; CNCiv., sala E, 26/11/1996, “Arazi c/Atri”, DJ, 1997-1-1061.

(15) STIGLITZ, Rubén A. *Contratos civiles y comerciales. Parte General*, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 435 y ss.

- **interpretación filológica:** según el art. 217 las palabras bastan únicamente cuando el significado al que arriban (conforme la acepción del diccionario) está de acuerdo con el todo. “Cuando por la estipulación o disposición de la ley procede la interpretación estricta o se requiere una manifestación expresa se toma específicamente en cuenta la literalidad textual de los términos utilizados al manifestar la voluntad” (*Uniform Commercial Code* sec. 1-208).
- En los contratos empresarios, las partes habitualmente incluyen un glosario de términos utilizados y el significado que le asignan a las expresiones.
- **interpretación contextual:** el significado de todo el texto (art. 218-2 Cód. de Comercio) surge de las propias cláusulas que se interpretan unas por medio de las otras.
- **interpretación subjetiva:** si no se puede interpretar por las directivas anteriores se hace por la intención común declarada por los contratantes sea por palabras o por hechos que manifiesten la voluntad común.
- **interpretación auténtica o fáctica:** por los hechos posteriores llevados a cabo en la ejecución contrato (art. 218-4) por ejemplo la emisión de facturas, la entrega de recibo cancelatorio, el pago de lo debido, etc.
- **interpretación conservadora:** tiende a proteger la subsistencia del contrato (art. 218-3-1) se entiende que las partes al contratar lo hicieron con la intención de llevar adelante el negocio jurídico; esto hace a la existencia y protección de ese contrato.
- **interpretación y finalidad típica:** en caso de dos directivas contrapuestas se estará por interpretar la que convenga más a la naturaleza, teniendo en cuenta la finalidad económica y el móvil impulsor (art. 218-3-2).
- **interpretación por equidad:** fundada en el mantenimiento o restablecimiento de una relación de equivalencia o equilibrio, este principio de interpretación (art. 218-3-2), mantiene la vigencia de aquel contrato que prevea la equivalencia de las prestaciones.
- **interpretación “favor debitoris”:** en los contratos discrecionales las cláusulas ambiguas se interpretarán en el sentido de la liberación del deudor y en los predispuestos “*contra stipulatorem*” Como se verá más adelante el principio “*favor debitoris*” ha dado paso al de “*favor debilis*”.

4. LA BUENA FE COMO REGLA DE CONDUCTA BÁSICA DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

El art. 1198 del Código Civil argentino reformado por la ley 17.711 contiene la garantía básica de interpretación de los contratos cuando dice en la primera parte “*los contratos deben... interpretarse de buena fe*” referida, en primer lugar, a la buena fe objetiva: entendida como lealtad y probidad.

Y la segunda directiva se refiere a la buena fe subjetiva —creencia o confianza— cuando agrega

“[...] y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”.

Spota entiende que el art. 1198 del Código Civil contiene tres directivas, que denomina: verosimilitud, diligencia debida y previsibilidad.

Stiglitz⁽¹⁶⁾ le atribuye a la buena fe el rol de modelo o paradigma de conducta continuada que debe presentarse desde las tratativas pre contractuales hasta la extinción del vínculo. Durante, entonces, todo el *iter* contractual, la interpretación de sus términos “debe atender el “desenvolvimiento leal” de la relación contractual y que sea social e individualmente útil en punto a la realización de los intereses o resultados que las partes se proponen alcanzar”.

No dudo que es manifestación unánime de todos los países hermanos la necesidad de incluir en el futuro Código Latinoamericano de Contratos una cláusula relativa al comportamiento negocial de buena fe

“las partes deben actuar de buena fe durante la celebración y la ejecución del contrato”.

La buena fe debe estar presente tanto en el deber primario de conducta, es decir, el cumplimiento de la obligación por parte de cada contratante (¿qué se debe?), como en los deberes secundarios; (¿cómo se debe?): y que atiende a las los deberes de conservación y custodia, cuidado, asistencia comunicación, revisión, cooperación (UNIDROIT), puntualidad, consideración, reserva (UNIDROIT), seguridad, responsabilidad por las consecuencias, confianza, exactitud, decisión y claridad.

Y, específicamente relativo a la interpretación de buena fe, propondría:

(16) STIGLITZ, Rubén S. ob. cit ps. 439 y ss.

“El contrato debe ser interpretado de buena fe, asignando especial relevancia a 1º) Lo que ha sido común intención de las partes antes bien que a la literalidad de lo manifestado; 2º) El sentido que razonablemente le hubiera atribuido a la manifestación de una de las partes una persona en la situación y en las condiciones de la otra 3º) El poder de negociación relativo de cada una de las partes, 4º) La relación de equivalencia de las contraprestaciones cuando el contrato es a título oneroso”⁽¹⁷⁾.

5. BASES DE INTERPRETACIÓN PARA EL FUTURO CÓDIGO LATINOAMERICANO DE CONTRATOS

En la doctrina argentina, Atilio A. ALTERINI⁽¹⁸⁾ indica que para la interpretación de los contratos se utilizan las siguientes reglas:

a) Voluntad real de las partes o voluntad declarada

Exige la armonización de la pretensión expresada de uno de los contratantes con la aceptación de esa declaración⁽¹⁹⁾.

b) La intención común, más allá de la literalidad expresada

La CSJN, tiene dicho “en el sentido que le habrían dado personas sensatas en la misma situación condición y circunstancias” (UNIDROIT)⁽²⁰⁾.

El ante proyecto de *Code Europeen des Contrats* trae en su título V las reglas para la interpretación de los contratos: “Cuando las declaraciones contractuales son de tal naturaleza, que revelan de manera clara y unívoca la intención de los contratantes, el contenido del contrato debe ser deducido de su sentido literal, al igual que el texto contractual en el que son iguales y coordinadas las diferentes cláusulas las unas con las otras”.

Propongo para el futuro Código Latinoamericano de Contratos un principio similar al de UNIDROIT, una cláusula que diga: ***“Las declaraciones y demás conductas de las partes se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la***

(17) Propuesta del Código Civil y Comercial Unificado de 1998, Sus fuentes: inc. 1º Convención de Viena de 1980 (ley 22.765) (art. 8.1); Cód. Civil quebequés (art. 1415); inc. 2º Convención de Viena de 1980 (ley 22.765) (art. 8.2); Proyecto de 1987 (art. 1197), Proyecto C. F. de 1993 (art. 1196); inc. 3º: Proyecto PE de 1993 (art. 935), Cód. Civil quebequés (art. 1432); inc. 4º: Proyecto PE de 1993 (art. 932), Cód. Civil portugués (art. 237).

(18) ALTERINI, Atilio A. ob. cit., ps. 413 a 417.

(19) UNIDROIT, “El contrato debe interpretarse conforme a la intención de las partes” (art. 4.1.).

(20) “Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme el sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en la misma circunstancia” (art. 4.1. inc. 2).

haya podido ignorar (art. 4.2.[1]); pero si esa regla no fuera aplicable, ***“tales declaraciones y conductas deberán interpretarse conforme al sentido que le daría una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias”*** (art. 4.2.[2]).

c) Regla de interpretación en cuanto al significado de las palabras

Se interpretará conforme el lenguaje común (217 CC), excepto:

1º) cuando surja de la ley que deben tener un significado especial.

2º) cuando los usos del lugar de celebración del contrato, o sea las prácticas establecidas entre las partes, asigna a las palabras un significado propio.

3º) cuando deben emplearse palabras científicas, técnicas o de arte, de una actividad específica, serán entendidas en el significado propio de la actividad del contrato a que pertenecen y en la que las partes son idóneas.

Propongo para el Código Latinoamericano de Contratos incluir un principio similar al de UNIDROIT: ***“cuando hay diversas versiones idiomáticas del mismo contrato y todas tienen “la misma jerarquía, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual el contrato fue redactado originariamente”*** (art. 4.7).

d) El contexto contractual

Teniendo en cuenta que el contrato es un todo, indivisible, las cláusulas deben ser interpretadas congruentemente, las unas por medio de las otras, en función del contexto general considerando el contexto como un todo integral (art. 218 inc. 2º Cód. de Comercio).

e) La naturaleza del negocio y la equidad

La interpretación debe perseguir el resultado del negocio querido por las partes, según la equidad (art. 218 inc. 2º Cód. de Com.; Cód. Civil paraguayo de 1987, arts. 1291; Código Civil y art. 209 Cód. Comercial uruguayos).

“La equidad, como principio de interpretación, debe prevalecer en aquellos contratos que incluyan cláusulas susceptibles de dos sentidos y que, a pesar de ello, ambas doten de validez al contrato”⁽²¹⁾.

El ante proyecto del Código Europeo de Contratos tiene una cláusula interesante de clausura: ***“En todos los casos, la interpretación***

(21) STIGLITZ, Rubén, ob. cit., p. 438.

del contrato no puede arribar a un resultado que sea contrario a la buena fe o al buen sentido".

f) La regla "favor negotii"

A favor de los efectos, es decir, de la validez del contrato (art. 218 inc. 3º Cód. Comercio., Cód. Civil paraguayo de 1987) que podría re-dactarse así: ***"las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero"***.

El principio de conservación del contrato, está estrechamente vinculado al principio de que los contratos se celebran para cumplirse. Este precepto excluye las interpretaciones que se hagan de cláusulas inútiles o ilusorias, estando inspirado en el principio de conservación del negocio jurídico que obliga a preferir en los casos dudosos aquella interpretación que sea favorable a la consecución del negocio.

g) Usos y prácticas del lugar de celebración

En la interpretación de las palabras empleadas en el contrato, subsidiariamente, si no surgen del lenguaje común, se tendrán especialmente en cuenta: "los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato, si no han sido excluidos expresamente, las prácticas establecidas entre las partes que asignen a las palabras un significado propio" (fuentes: art. 217 C. Cº, 218 CCº).

"En lugar y ubicación del sentido común de los términos utilizados, es en el sentido que los contratantes han expresamente declarado querer atribuirles, o, en su defecto, la acepción técnica o en vigor dentro de las costumbres comerciales, que sean conforme a la naturaleza del contrato"⁽²²⁾.

Otra pauta para tener en cuenta es el *principio de finalidad y economía del negocio*, que fue intención de las partes al contratar.

La CSJN, ha dicho que "considera arbitraria la interpretación que prescinde de su objetivo económico con desprecio al resultado a que se llega"⁽²³⁾.

En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil/86 se trabajó sobre la "Interpretación económica del contrato".

(22) CODE EUROPEEN DES CONTRATS Avant Projet Titre V Art 39.2 (intepretation du contrat)

(23) Fallos: 306:2177.

h) Equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos

Se trata de analizar las bases del negocio jurídico para interpretar el contrato en función de la relación de equivalencia de las prestaciones que las partes asignaron. El Cód. Civil italiano (art. 1387) y el Cód. Civil paraguayo de 1987 (art. 714) disponen que el contrato a título oneroso sea interpretado “en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes”. En el mismo sentido las III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil —Junín, 1988— declararon que la “interpretación debe tender a resguardar la relación de cambio propia del negocio”⁽²⁴⁾.

6. LA INTERPRETACIÓN OBJETIVA

El contrato entre empresas con asesoramiento jurídico se adecua a la interpretación subjetiva ya que tiene al propio instrumento contractual como fuente: el texto escrito y las reglas de interpretación que se han enunciado.

La teoría clásica o subjetiva está inspirada en la autonomía de la voluntad y pretende conocer la voluntad interna de los contratantes, el intérprete no tiene autonomía, es un servidor de la voluntad de los contratantes y siempre debe intentar descubrir la *intentio auctoris*⁽²⁵⁾.

Los otros contratos que son celebrados por el ciudadano común, sin asesoramiento especial, quizá mediante instrumentos ya impresos adquiridos en comercios y a los que las partes acuden firmando al pie, sin prestar mayor atención a los detalles de las cláusulas, son los que causan al intérprete la mayor dificultad.

Y aquí, se podría recurrir a la interpretación **objetiva** porque los términos del contrato escrito no alcanzaron para desentrañar la voluntad común. Lorenzetti entiende como elementos objetivos, “externos a la voluntad, la conciencia social dominante, el lenguaje corriente, los usos y costumbres, el momento histórico y la significación de las fórmulas utilizadas”.

Es indudable que esta forma de interpretación “fuera” del contrato podría hacer tambalear la seguridad jurídica, pero pondría el acento en otro valor que es la realidad social como elemento para la interpretación contractual.

(24) ALTERINI, Atilio A. *Contratos...*, ob. cit., p. 418.

(25) LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, editores, Santa Fe, 2004, Parte general, p. 458.

En ese sentido, dice Ghersi “es necesario conceder relevancia jurídica a la “relación económica-jurídica” como hecho humano de contenido económico socialmente típico, es decir, el sustrato mismo de la “idea contrato”⁽²⁶⁾.

La fuente legal para este sistema objetivo de interpretación lo encontramos en el mismo art. 1198 del Código Civil argentino cuando dice que “*los contratos debe interpretarse de buena fe como las partes entendieron o debieron entender obrando con cuidado y previsión*”.

Y agrega Lorenzetti “Esta tesis, hoy predominante, llega a prescindir de lo que las partes realmente quisieron, y cuando hay ambigüedad puede valerse de un “*standard*” que es el de una persona razonable colocada en la misma situación que los contratantes”⁽²⁷⁾.

Este homenaje de los maestros del Derecho de Latinoamérica al Profesor Dr. Ricardo Lorenzetti tiene varios significados: por un lado, el reconocimiento a su obra publicada, a la docencia impartida en su patria y en el exterior, a su actuación en el máximo tribunal de justicia argentino y, fundamentalmente, rendir tributo a quien en todos los ámbitos de la magistratura y la academia pregona y practica la justicia con solidaridad. Todo ello con seriedad, afabilidad en el trato y sencillez, cualidad que sólo tienen los grandes.

(26) GHERSI, Carlos Alberto, “*Contratos civiles y comerciales*”, T. 1, Ed. Astrea, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As, 1994.

(27) Restatement of Contracts (1981), sec. 230.

INTEGRACIÓN DEL CONTRATO Y CONSTITUCIÓN

Por Gustavo ORDOQUI CASTILLA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Generalidades. 1.1. Precisiones metodológicas previas. La integración del contrato y la necesaria interpretación de la norma. 2. Calificación del contrato (Tipificación). 2.1. Generalidades. 2.2. Concepto. 2.3. Importancia de la calificación. 2.4. Cómo se califica. 2.5. En nuestro derecho. 2.6. Nuestra opinión. 2.7. Indisponibilidad de la calificación. 2.8. Conclusiones. 2.9. Jurisprudencia. 3. Integración del contrato. 3.1. Concepto. 3.2. ¿Es correcta la diferenciación entre “efecto” y “contenido” del contrato? 3.2.1. Presentación del tema. 3.2.2. [...] y por consiguiente obligan a lo que en ellos no se expresa. 3.2.3. “Reglamento Contractual” como unidad indisoluble de la autonomía de la voluntad y la norma. 3.2.4. Nuestra opinión. 3.3. Diferencias entre interpretación e integración del contrato. 3.3.1. Presentación del tema. 3.3.2. ¿Existencia de una “laguna” por falta de previsión o vacío normativo en el contrato? 3.4. Formas de integración del contrato. 3.5. Integración sin lagunas. 3.6. La integración del contrato no debe considerarse como “subsidiaria”. 3.7. Nuestra opinión. 4. Fuentes de integración del contrato. 4.1. Presentación del tema. 4.2. La Constitución de la República como fuente de integración contractual. 4.2.1. “Riesgos” de la Constitucionalización del derecho civil. 4.2.2. “Beneficios” de la Constitucionalización del Derecho Civil. (Despatrimonialización del Derecho Civil). 4.2.3. Conclusiones. 4.3. La ley. 4.4. Los usos y costumbres. 4.5. La equidad. 4.6. La Buena Fe. 4.6.1. Concepto. Buena fe como estándar jurídico. 4.6.2. Aspectos metodológicos. 4.6.3. Permite la integración de valores al contrato; la debida ponderación de “lo razonable”. Equilibra y humaniza al contrato. 4.6.4. La buena fe como vértice del sistema contractual. 4.6.5. No es algo subsidiario. 4.6.6. Como expresión de un principio general y fundamental del derecho contractual cumple funciones diversas. 4.6.7. Qué es lo que debe ser de buena fe: ¿“La conducta de las partes” o las “consecuencias” del contrato? 4.6.8. Importancia de la buena fe subjetiva

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro de las Academias de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, y de la Iusprivatista de Pavia, Italia.

en la integración del contrato. Principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima. 4.6.9. Buena fe pasiva y activa. 4.6.10. La buena fe como norma de "orden público". 4.6.11. Otras proyecciones de la función integradora de la buena fe. 4.6.12. En el Derecho Argentino. 4.7. Los Principios Generales. 4.7.1. Concepto. 4.7.2. Origen. 4.7.3. Función integrativa. 4.7.4. Necesaria revalorización de los principios generales del derecho. 4.7.5. La integración del contrato por principios generales. 4.7.6. "Los tipos" contractuales y su integración. 4.7.7. Integración de los contratos típicos. 4.7.8. Integración de los contratos atípicos. 4.7.8. Principios generales derivados de los principios generales de la buena fe. 4.8. La naturaleza del contrato. 4.9. La analogía. 5. Interpretación jurídica del contrato (¿Interpretación integradora?). 5.1. Generalidades. 5.2. Apreciaciones críticas. 6. Integración a partir del derecho del consumo. 6.1. De la publicidad comercial al contrato. 6.2. Integración del contrato en los casos de nulidad parcial por cláusulas abusivas (art. 31 de la ley 17.250). 7. Enfoque práctico de la integración del contrato. 7.1. "La obligación de seguridad". 7.2. Obligación de Información. 8. Jurisprudencia. 9. Integración del contrato en el Derecho Comparado. 9.1. Presentación del tema. 9.2. Principios para los Contratos de Comercio Internacional UNIDROIT. 9.3. Principios Europeos del Derecho de los Contratos - Principios Lando. 9.4. Proyecto de Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de Pavia. 9.5. Códigos Civiles Europeos. 9.6. Códigos Civiles Latinoamericanos. 10. Proyecto de regulación del tema para el Código de los Contratos para América Latina. "Alcances de la obligación contractual". Proyecto de artículo para un Código de los Contratos para América Latina. Artículo Integración del contrato. 11. Conclusiones.

1. GENERALIDADES

En el estudio del tema de la integración del contrato se advierten claramente dos épocas.

La denominada época voluntarista, considera al contrato sólo como acuerdo de voluntades. En esta época de liberalismo e individualismo se entendió que el contrato, o el acto de autodeterminación de intereses, es privado y en él no se debe involucrar el Estado. El liberalismo eleva al individuo a legislador supremo y el derecho debe velar para que el Estado no interfiera en esta libertad.

El negocio se concibe como separado del orden jurídico estatal con sus normas propias. La autonomía de la voluntad es fuente única, exclusiva y excluyente de la obligación existente entre las partes. El contrato no necesita de complemento alguno pues se concibe como algo completo, alcanzando con interpretar el sentido de las palabras para resolver lo necesario.

Para llenar lagunas se recurre a la voluntad presunta y a la auto-integración, tratando de evidenciar en lo posible que el contrato es autosuficiente.

El derecho evoluciona y se proyecta cuanto más se acerca a la realidad. Como decía Josseland, o el Derecho responde a la realidad o ésta vivirá sin aquél.

Pronto se advierte que estas técnicas de integración voluntaristas en muchos casos pasan a ser una mera ficción sin dar respuesta a lo que se busca y cuyo uso indiscriminado, en términos de Rodota⁽²⁾, puede llevar a excesos imperdonables.

Las primeras reacciones a esta tesis clásica o voluntarista surgen de la doctrina germana, proponiendo criterios de integración objetiva del contrato, partiendo de que se debe interpretar e integrar a partir de la consideración de la finalidad o de la función económica objetiva del acto⁽³⁾. En este enfoque, la proyección de la causa como fin pasa a ser un instrumento de integración básico.

Esta primera visión del fenómeno de la integración, considerada acorde a lo que era el pensamiento de nuestros codificadores, sufre en el decurso de los años una importante evolución, llegándose a lo que denominamos época moderna, que nos muestra lo que en el tema podrá ser el derecho del mañana y que parte de considerar al contrato no sólo como acuerdo de voluntades sino conformado, como diría Rodota⁽⁴⁾, como un reglamento en el que concurren diversas fuentes: convencionales, legales, usos y costumbres y equidad (art. 1291 del CC).

El contrato, más que un acuerdo de voluntades, una vez perfeccionado ya es en realidad un texto normativo vinculante al que se debe dar un significado a partir de lo que Betti⁽⁵⁾ denominara interpretación (o integración) jurídico normativa.

Según el primer enfoque clásico, el vacío contractual o la “laguna” se advierte sólo a partir de la consideración de lo previsto o no previsto por las partes.

En el segundo enfoque, el vacío se debe producir en relación a la ausencia de regulación sobre el tema tanto en lo acordado por las par-

(2) *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, ps. 7 y 8.

(3) LARENZ, *Derecho de las Obligaciones*, Madrid, 1958, p. 119.

(4) Ob. cit., ps. 90 y ss.

(5) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Barcelona, 1975, p. 49.

tes como en relación a las normas que subsidiariamente operan sobre el contrato. No se integra ante la ausencia de previsión por las partes sino ante la ausencia de regulación sobre el tema, considerando al contrato como formado incluso con las normas supletorias.

El cambio es tan importante que se deja de hablar de autonomía de la voluntad y se alude a la autonomía privada queriendo señalar que el contrato es algo más que el acuerdo de partes. El tradicional principio de la autonomía de la voluntad cambia en doctrina su nombre por el de autonomía privada, precisamente para indicar que la voluntad sola en el contrato poco o nada puede hacer y que necesariamente debe pasar por un proceso de integración y calificación que la ensambla con el orden jurídico como un todo, en particular con la norma.

Varía sustancialmente lo que se considera laguna y cuál es el ámbito real de la integración del contrato. Al formar parte del contrato las normas supletorias, es menos lo que se debe integrar.

No existe contrato que no se integre con el sistema jurídico vigente pues la voluntad no juega un rol exclusivo ni excluyente en su formación.

El orden jurídico actúa respecto del contrato en dos momentos claves: en su perfeccionamiento, reglando los límites de la autonomía de la voluntad respecto al orden público, las normas imperativas... y luego actúa en su ejecución para llenar los vacíos existentes en el reglamento (dejados por las partes), aplicando las normas subsidiarias o imperativas vigentes.

Actualmente el enfoque más realista es el que trata de alguna forma de alinear el individuo al Estado y la sociedad y advierte que el contrato no sólo está integrado por la voluntad de las partes y las normas sino que de él forman parte la buena fe, la equidad, las costumbres, los principios generales, entendiendo que se debe no sólo a fines privados sino públicos o generales.

La gran diferencia de enfoque está en que estas fuentes no vienen desde afuera y se imponen sino que están dentro y forman parte del contrato.

Pero el gran tema de la integración es si opera sólo subsidiariamente cuando la voluntad no está presente o si opera en forma coactiva en un fenómeno de integración constante, siendo esta última la tesis que se presenta.

Lo cierto es que existe la idea de mantener, en lo posible, separado lo privado de lo público, el derecho constitucional del privado, el inte-

rés general del privado, el Estado de las partes contratantes, la voluntad de las partes y la ley, y esto es un error.

No veo el derecho contractual del mañana hacia la separación o la desintegración sino hacia la unidad y la heterointegración constante.

El estudio de la integración y calificación del contrato presupone asumir que éste es mucho más que un acuerdo de partes y, además, requiere aplicar otros conceptos fundamentales del derecho contractual como ser la buena fe, la equidad, el acuerdo de partes, no en forma subsidiaria sino integrativa.

Además, el legislador previó normas tanto de carácter imperativo como dispositivo que de alguna forma determinan y orientan el contenido o el efecto del contrato y marcan formas de integración del contrato.

Debemos recordar que en nuestro derecho existen contratos nominados e innominados. Con relación a los contratos nominados, junto a lo previsto por las partes está lo que establece el ordenamiento jurídico para cada tipo de contrato. Y con referencia a los contratos innominados, están los principios generales de la contratación que, conforme a lo que surge del art. 1260 del CC, operan en forma subsidiaria a lo previsto por las partes.

Nuestro tema tiene un orden secuencial lógico que debemos tener en cuenta, siguiendo las enseñanzas de Betti cuando se pregunta qué es lo primero que hace el jurista:

a) etapa preparatoria: lo primero es tener ante sí la prueba de la existencia de una declaración, generalmente en un documento. Puede tener ante sí pruebas de tratativas negociales preliminares;

b) lo segundo que inmediatamente interesa es qué se deduce de esos hechos o documentos. O sea, qué dice ese documento o qué se deduce de esas tratativas y de allí se llega a la conclusión, luego de interpretar lo que está escrito, de que puede ser un contrato, lo que supone ya una calificación;

c) habiendo sido calificado de contrato, se pasa entonces a interpretar a la luz de las pautas de interpretación contractuales. Si advierte omisiones, procede a integrarlo.

Como bien señala Rezzonico⁽⁶⁾, existe un cierto orden secuencial que refiere a la consideración del hecho, su interpretación y calificación a lo que luego seguirá, si es necesario, la integración.

(6) "Calificación e integración del contrato" en *Contratos*, Bs. As., 1989, p. 63.

En nuestra opinión, el primer acto que se realiza en un proceso de calificación es la interpretación de lo querido por las partes; luego se realiza el proceso de subsunción o de calificación. Se dirá que para interpretar a su vez necesito conocer la normativa del contrato, lo que no es menos cierto, para finalmente concluir que se trata de dos operaciones íntimamente vinculadas e interdependientes.

1.1. Precisiones metodológicas previas. La integración del contrato y la necesaria interpretación de la norma

El estudio de la integración como técnica contractual depende de la interpretación de la norma pues en nuestro enfoque, una de las conclusiones a que se arriba es a que, en realidad, lo que se interpreta e integra es el “reglamento contractual” o sea, la norma contractual conformada por diversas fuentes dentro de las que está, precisamente, la ley. Cuando interpreto e integro estoy interpretando o integrando normas porque el contrato, en esencia, es una norma.

La labor de interpretación e integración es ineludible. Equivocan el camino los que dicen, por ejemplo, que la interpretación del contrato no procede porque sus términos son claros. El propio Mazeaud⁽⁷⁾ llega a decir que el texto claro no se interpreta. El punto es que para saber que es claro, hay que interpretarlo.

Se dice también que el contrato sólo se integra subsidiariamente o excepcionalmente y no es así, precisamente por la coexistencia y dependencia que se tiene con la norma desde el mismo momento de su perfeccionamiento.

2. CALIFICACIÓN DEL CONTRATO (TIPIFICACIÓN)

2.1. Generalidades

Para entender el fenómeno de la integración y su evolución hacia el mañana es necesario desentrañar con claridad las etapas en las que realmente se integra este proceso sea que las hagamos en forma consciente o inconsciente.

Betti⁽⁸⁾ afirma que todo acto jurídico importa determinar si determinado hecho se ajusta o no a la norma. La operación lógica de determinar cómo el hecho o lo acordado por las partes se subsume a la nor-

(7) *Lecciones*, Parte II, vol. I, p. 378.

(8) *La interpretación de las leyes y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975, p. 102.

ma es una función de calificación jurídica que es, en cuanto fenómeno jurídico, ineludible.

Luego de concluir que se está ante un contrato válido, tiene sentido plantearse el tema de la interpretación y la eventual integración del contrato. En esta segunda etapa se trata de determinar el significado del contrato.

Carmen Gete Alonso y Calera⁽⁹⁾ señala que lo primero a considerar es el tipo, o sea, la realidad de lo que se va a considerar en el caso concreto. Esta realidad es la que se tipifica y pasa a ser un fenómeno jurídico por ordenación e identificación social. Así el tipo y la tipificación se complementan. Tipicidad contractual sería la acogida y regulación de una serie de hechos concretos por un ordenamiento jurídico determinado.

2.2. Concepto

Calificar supone un proceso intelectual consistente en individualizar un caso concreto, y, luego de analizado, aplicarle un concepto jurídico preexistente, abstracto, reconocido por una autoridad normativa a fin de aplicarle un ordenamiento jurídico.

Calificar un contrato es analizar su contenido (obligaciones y fines) y determinar en qué categoría jurídica general debe ser ubicado, de forma de saber qué normas le son aplicables. Supone, en esencia, realizar un silogismo conforme al cual, dado cierto hecho y dada la existencia de cierta norma, las consecuencias jurídicas deben ser tales. La calificación del contrato apunta a determinar el régimen jurídico que le es aplicable.

El trabajo cotidiano primario del jurista está en la calificación, categorización, clasificación o tipificación de hechos o actos concretos que se tratan de ubicar dentro de las previsiones de una determinada norma⁽¹⁰⁾. Para estos autores, calificar es una operación esencial que implica una operación intelectual consistente en incorporar a una realidad concreta un concepto jurídico abstracto reconocido por la autoridad normativa, a fin de aplicar su régimen.

Clasificar no es lo mismo que calificar. Clasificar es determinar en qué categoría se ubica lo calificado. La calificación es la que permite la clasificación.

(9) *Estudios sobre contratos*, Barcelona, 2008, p. 42.

(10) GHESTIN BILLIAU, ob. cit., núm. 49, p. 56.

Para Betti⁽¹¹⁾, ciertamente la interpretación jurídica del contrato incumbe la necesidad de discernir, entre las normas que disciplinan la interpretación, las que responden al tipo de acto o contrato a interpretar.

Galgano⁽¹²⁾ sostiene que la calificación del contrato es la operación a través de la cual se tiende a identificar el abstracto tipo legal en el cual subsumir el concepto de contrato, a fin de sujetar el segundo a la disciplina propia del primero. Sacco⁽¹³⁾ considera que la calificación es una operación mental por la que se hace entrar un contrato en concreto en un determinado tipo contractual o en una subcategoría de contrato. Es, ante todo, una labor de cotejo o de comparación.

Roppo⁽¹⁴⁾ afirma que toda interpretación presupone la calificación de lo que se interpreta pues de ello depende definir si existe un contrato y por qué normas se regula. No se interpreta si no se califica y no se califica si no se interpreta. Son dos operaciones íntimamente unidas.

Para Messineo⁽¹⁵⁾ el hecho de que deba priorizarse la intención común sobre lo expresado literalmente lleva a considerar que la denominación que las partes dieron al contrato puede no coincidir con lo que fue su intención común.

La calificación del contrato, que responde a la intención común declarada de las partes, sirve para establecer la naturaleza del contrato y qué normas jurídicamente han de aplicarse, y qué efectos derivan de ello.

Albaladejo⁽¹⁶⁾ considera que debe diferenciarse lo que es calificación de lo que es subsunción pues mientras la primera determina el tipo aplicable propiamente tal, la segunda refiere a la aplicación de las normas legales propias del tipo al negocio ya calificado e interpretado. O sea, en un caso se tipifica y en el otro se asumen las consecuencias de la tipificación.

2.3. Importancia de la calificación

Siguiendo a Galgano⁽¹⁷⁾, entendemos que la calificación es particularmente importante por dos razones:

(11) Ob. cit., p. 102.

(12) *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, núm. 106, p. 436.

(13) *Il contratto*, Torino, 1975, p. 761.

(14) Ob. cit., p. 305.

(15) *Doctrina General del Contrato*, T. II, p. 104.

(16) *Derecho Civil*, Barcelona, 1996, T. I, vol. 2, p. 352.

(17) Ob. cit., p. 438.

a) la calificación de un contrato nominado no puede resultar alterada por la presencia de elementos extraños a los que caracterizan el esquema típico cuando éstos resultan manifiestos, con la consecuencia de que para su regulación es necesario acudir a la disciplina del esquema negocial prevalente;

b) cuando se combinan elementos de dos tipos contractuales la calificación será de contrato mixto y se aplicarán, en consecuencia, las previsiones sobre el particular. La calificación del contrato tiene una relevancia singular pues de ella depende nada menos que la normativa aplicable.

En el ensamble de la realidad con la norma, las consecuencias son de integración (complementación) y exclusión (ilicitud o abuso). O sea, se sabe lo que está dentro del tipo que es lo que se integra con la calificación pero también se sabe lo que no está de acuerdo al tipo y procede su exclusión por licitud.

La calificación del contrato, como lo destacan Ghestin - Billiau⁽¹⁸⁾, responde a una ineludible necesidad de seguridad jurídica.

La calificación del contrato es muy relevante a los efectos de determinar la regulación de los denominados contratos innominados (art. 1260 del CC), que también deben someterse al régimen y principios generales de la contratación.

En materia fiscal y con intereses muchas veces evasivos se ven contratos con títulos que no reflejan la realidad de las cláusulas con el fin, precisamente, de no pagar algún impuesto o de pagar menos.

2.4. Cómo se califica

Para la calificación del contrato, señala Ghestin⁽¹⁹⁾ deben tenerse principalmente en cuenta tres elementos: la calidad de las partes, la forma de la convención, el contenido de las obligaciones nacidas del contrato y los fines perseguidos por las partes (causa del contrato). Los dos primeros elementos son accidentales y el último es esencial. De la forma empleada puede llegarse al tipo contractual, pero la gran parte de los contratos es consensual. Lo realmente esencial es la consideración de las obligaciones principales del contrato y su causa. La naturaleza de las obligaciones principales condiciona la naturaleza del contrato.

(18) Ob. cit., n. 83, p. 87.

(19) Ob. cit., núm. 60, p. 65.

La calificación supone, en primer lugar, una individualización de la intención común de las partes y luego, una vez que se tiene idea de lo que las partes quisieron, se debe encuadrar dentro de alguna de las categorías previstas en el esquema legal correspondiente.

Para Mosset Iturraspe⁽²⁰⁾ calificar no es otra cosa que desentrañar la naturaleza jurídica de que participa el contrato. Para Rezzonico⁽²¹⁾, se trata en definitiva de una operación de **subsunción**.

De lo que se trata es de determinar la categoría o tipo al que pertenece para subsumirlo en él y aplicarle su normativa.

En materia penal esta operación se conoce como “tipificación” y es, por cierto, mucho más importante, del momento que no hay delito ni pena sin ley que lo prevea expresamente.

2.5. En nuestro derecho

Peirano Facio⁽²²⁾ enseña que después de interpretar debe procederse a otra tarea que es la de “calificación o valoración jurídica del negocio que las partes han realizado”. La calificación del negocio en el concierto general del derecho civil no es interpretación, sino que es algo que se realiza con posterioridad. Si la calificación es equivocada, ello no obliga al juez, quien puede sustituirla o ajustarla.

Gamarra⁽²³⁾ siguiendo este criterio entendió que la interpretación es una labor de primera magnitud, porque de ella depende la ulterior calificación jurídica, los efectos que el ordenamiento asigne a la manifestación de la voluntad.

Desde hace ya varios años en los Anuarios de Derecho Civil uruguayo, en la sección jurisprudencia, aparece el vocablo calificación de los contratos refiriendo a toda una serie de fallos en los que se señala que no es decisivo el “nomen juris” del contrato, debiéndose estar a la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes y la realidad económica que las mismas revelan⁽²⁴⁾.

La calificación o tipificación que se realiza del contrato es esencial pues determina el orden normativo aplicable. Si esta categorización

(20) *Contratos*, p. 314.

(21) *Ob. cit.*, p. 65.

(22) *Curso de Obligaciones*, *ob. cit.*, p. 343).

(23) *Tratado de Derecho Civil*, T. XVII, *ob. cit.*, p. 196.

(24) *Anuario de Derecho Civil*, T. XIX, núm. 111; T. XVIII, núm. 149 y ss.

o tipificación no es posible, el contrato será innominado, siendo de aplicación en el caso el artículo 1260 del CC.

En primera instancia, las partes califican al contrato dándole el *nomen juris* en atención a lo que entienden que se ha contratado. Pero este *nomen juris* no vincula al juez, quien puede perfectamente entender que, por ejemplo, lo que se denominó promesa de compraventa es una verdadera compraventa. La calificación encuentra razón de ser como figura independiente en el hecho de que los “contratos son lo que realmente son”, y no lo que las partes creen que son.

El intérprete puede enmendar este error y dar al contrato la calificación correcta, aplicando las normas que a tal contrato corresponden. De aquí la clara diferencia que existe entre interpretar y calificar.

Cierto es que sin la interpretación no puede llegarse a calificar correctamente el contrato, pues primero hay que saber qué es lo que se dijo, qué es lo que se quiso, para luego saber cómo se califica lo que se quiso.

De alguna manera se está aludiendo a esta calificación en el art. 1291 inc. 2º del CC cuando se dice que los contratos obligan no solamente a lo que en ellos se expresa, sino que hay **que estar a la naturaleza del mismo**, o sea, se prioriza la naturaleza real del contrato sobre lo que se expresa.

Una vez que se pudo averiguar qué fue lo que consintieron las partes, corresponde considerar cuál es la naturaleza del contrato y ubicarlo dentro de lo que ha previsto el sistema jurídico.

2.6. Nuestra opinión

La calificación, que es una operación jurídica, nos lleva finalmente a “tipificar” el contrato y considerarlo como típico o atípico⁽²⁵⁾. Si el contrato es atípico lo que procede es aplicar un proceso de interpretación por vía analógica.

Como lo sostuviéramos en otra ocasión⁽²⁶⁾, toda labor de interpretación lleva una etapa fáctica y otra jurídica. En la primera se determina todo lo que se debe interpretar: documentos, declaraciones, conductas concluyentes. Luego comienza la etapa jurídica o de calificación de estos elementos de cara al orden jurídico. Interpretar no es sólo darle

(25) ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones...*, T. I, p. 293.

(26) ORDOQUI CASTILLA, *Desequilibrio...*, ob. cit., p. 92.

sentido a las declaraciones de voluntad sino tipificar lo actuado dentro del orden jurídico y ello supone una labor de calificación.

Calificar —como ya lo sostuvimos⁽²⁷⁾— es ubicar al contrato dentro de las diversas categorías o clasificaciones contractuales preexistentes lo que permite interpretar no sólo lo declarado por las partes sino lo que sobre esto dispone el orden jurídico.

En nuestra opinión, la calificación es un proceso de tipificación y de subsunción de lo actuado por las partes al orden jurídico aplicable al caso, pudiendo dar como resultado que el contrato esté o no tipificado o que se cuente o no con normas supletorias o imperativas que le son aplicables desde el momento de su creación. De lo expuesto se deduce que la calificación de un contrato consiste en la determinación de su naturaleza jurídica. De esta calificación va a depender el orden normativo aplicable y el alcance de la interpretación a realizar. En la interpretación de los contratos la calificación es un instrumento técnico de indudable valor.

Calificar no es sólo ubicar sino “conectar” el hecho calificado con el orden jurídico como un todo, lo que lleva a que éste forme parte de aquél y que aquél no exista sino está de acuerdo con éste.

Como advierten Ghestin-Billiau⁽²⁸⁾, la calificación del contrato tiene por fin la aplicación de determinado régimen jurídico. No es una mera subsunción sino la aplicación del sistema jurídico en forma directa como consecuencia de esa calificación.

Nuestra jurisprudencia ha sido uniforme en el sentido de que las cuestiones relativas a la calificación del contrato efectuado por el juez son una cuestión de derecho y, por consiguiente, tratables en casación⁽²⁹⁾.

2.7. Indisponibilidad de la calificación

Importa destacar que la calificación se impone a la voluntad de las partes. La voluntad no puede dejar de lado elementos esenciales que surgen de la calificación, en especial cuando provienen de normas imperativas. Corresponde tener presente que la calificación o la denominación que hacen las partes de contrato no obliga al Juez, pu-

(27) ORDOQUI CASTILLA, “Interpretación del contrato en el régimen uruguayo” en la obra *Contratación Contemporánea*, Perú, 2001, p. 345.

(28) Ob. cit., p. 59, n. 52.

(29) *Anuario de Derecho Civil*, T. XIX, caso 399, p. 294.

diendo éste sostener que no se trata en realidad de un contrato de los calificados por las partes sino que, de acuerdo con su contenido, es en realidad otro tipo contractual. Esto importa pues es determinante de la aplicación de diferentes normas en uno u otro caso.

De la calificación depende la normativa aplicable y por tanto el Juez no puede considerar como calificación al *nomen iuris* que al acuerdo le dan las partes sino que debe estar a lo que realmente se acordó, priorizando la realidad y la seguridad jurídica.

Las partes no disponen a su arbitrio de la calificación que se deba dar al contrato sino que ésta dependerá, como se dijo, de la realidad traducida en obligaciones y fines acordados.

2.8. Conclusiones

Para nosotros la figura de la calificación vino en parte a sustituir lo que es la esencia de la integración pues calificar, “más que poner adentro” es “conectar con” y, a partir del momento en que se puede ubicar los hechos en la calificación del contrato o de determinado tipo de contrato, es como si el hecho se conectara a un sistema eléctrico y comenzaran a proyectarse desde éste efectos no sólo desde sus normas dispositivas o imperativas, sino desde lo que es la vigencia de sus principios.

Calificar no es sólo dar el nombre adecuado al contrato sino que después que ello ocurre, de inmediato queda conectado el sistema jurídico y éste le proyecta todos sus efectos.

No hay un antes y un después sino que todo ocurre desde el mismo momento de la calificación. Lo que se denomina integración no es más que expresar las consecuencias de la calificación del contrato.

No es necesario integrar lo que ya estuvo desde el primer momento en que los hechos fueron calificados como contrato.

No hay un antes y un después sino que todo estaba desde el primer momento a la espera de potenciarse en sus efectos.

2.9. Jurisprudencia

1. Para la Suprema Corte de Justicia, en sentencia núm. 35 de 31 de mayo de 1991, el juez no se halla constreñido por los criterios de las partes en la tarea de calificación. Si bien no se puede alterar la “causa petendi”, el principio “iura novit curia” lo faculta a variar el “nomen iuris” y a elegir los fundamentos jurídicos y la norma jurídica aun no invocada por las partes (Véscovi, “Derecho procesal civil”, T. IV, ps. 93/95 y notas 69, 74 y 75; “La ca-

sación civil”, p. 75). E incluso en la labor de interpretar la demanda, al juez no le ata ni la caracterización de los actos o negocios ni la interpretación de dichos actos o negocios efectuada por las partes, y él es quien individualiza el derecho aplicable, aún en contradicción con lo propuesto o sugerido por aquéllas (ODRIOZOLA, “Interpretación de la demanda”, Revista Judicatura, núm. 10, p. 153). (ADCU, T. XXII, c. 128).

Ver además, Suprema Corte de Justicia, sentencia núm. 19 de 20 de marzo de 1992, ADCU, T. XXIII, c. 620.

2. Para el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno, en sentencia núm. 118 de 25 de abril de 1990, el rótulo o la denominación que antojadamente pudieren haberle dado las partes al contrato no obliga al juez sino que debe consultarse el contenido obligacional del contrato, atendiéndose fundamentalmente a la causa, elemento esencial de validez.

También resulta irrelevante a los efectos de la correcta calificación negocial de un contrato, su inscripción en el Registro de Arrendamientos. Este sólo posee una función de publicidad que no sana ni legitima cualquier vicio que pudiere tener el documento que se inscribe. (ADCU, T. XXI, c. 154).

3. Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en diversos casos sobre la forma como debe ser “calificado” un contrato. En este sentido la operación que consiste en ceder un predio para construir un edificio a cambio del compromiso de ceder una unidad en la nueva construcción, aunque el negocio se haya denominado compraventa de inmueble y promesa de enajenación de unidades a construirse sobre el mismo, no corresponde la calificación de compraventa sino que se está ante una verdadera **permuta**. (Suprema Corte de Justicia sent. 216 de 25 de Julio de 1986 en ADCU, T. XVII c/125).

4. En diversos casos se entendió que el denominado “boleto de reserva” era un verdadero compromiso de compraventa pues contenía las obligaciones del contrato definitivo

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to Turno, por sentencia de 6 de marzo de 1972, sostuvo que para calificar un contrato no se debe estar a la denominación que le imponen las partes, sino que se debe estar a la realidad del contrato. En nuestro derecho cuando el precio es parte en dinero y parte en especie se calificará el contrato de venta o permuta según cuál haya sido la intención de las partes y, subsidiariamente, se considerará el valor de las prestaciones (art. 1662 del CC). La denominación utilizada por las partes no hace a la intención, y en consecuencia hay que estar al valor de las prestaciones. Debe estarse al resultado buscado por los contrayentes para calificar al contrato. Si el vendedor pretendió ante todo procurarse una suma de dinero se estará ante una compraventa; si se pretendió obtener cierta cosa determinada se estará ante una permuta.

Aplicando estos criterios en el caso se estaba ante una permuta y no ante una compraventa. (L.J.U, T. 65, c/ 7767).

5. En reiteradas ocasiones se sostuvo que por más que las partes calificquen el acuerdo de Boleto de Reserva, del momento que sus obligaciones no se

agotan en la sola obligación de hacer un contrato futuro sino que ya contiene las obligaciones principales (cosa por precio), se está ante un compromiso de compraventa. (Juzgado Letrado de 16to. Turno, sentencia 31 de 31 de marzo de 1986; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno sentencia 162 de 18 de junio de 1960 en ADCU, T. XXI c/158).

3. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

3.1. Concepto

Messineo⁽³⁰⁾ considera que la integración no es referida al contenido del contrato (acuerdo de partes) sino a hacer brotar del contrato sus efectos, estando dirigida no a establecer el sentido de la voluntad real sino de lo que significa en el contrato en su relación con la norma referida a él. La suma de los efectos del contrato no se queda sólo en la voluntad de las partes sino que también deriva de la aplicación de las normas. La integración del contrato incluye efectos que incluso quizás no fueron queridos por las partes o que pueden ser involuntarios pero que no por ello dejan de ser vinculantes ya que, aun siendo ignorados o no habiendo sido queridos por las partes, resultan impuestos por el ordenamiento jurídico.

La información para la integración del contrato es posible mediante la aplicación de normas supletorias o imperativas. La primera y principal fuente interactiva es la ley. Esta remisión a la ley como fuente integradora podría parecer superflua si nos refiriéramos sólo a las normas imperativas pues éstas se imponen por su propia naturaleza, pero no es innecesaria si pensamos en las leyes dispositivas o supletorias, cuya aplicación depende de que no hayan sido excluidas por la voluntad de las partes y son fuente primaria de derecho y obligaciones entre ellas. En síntesis, para el autor, la integración no se dirige a redescubrir el significado del acuerdo contractual sino a fijar los efectos del contrato, los cuales se extienden más allá de lo acordado por las partes.

Roppo⁽³¹⁾ define la integración del contrato afirmando que es la construcción del reglamento contractual por obra de la utilización de fuentes heterónomas, es decir, diversas a la voluntad de las partes. Es un fenómeno complejo y diferenciado en su interior, en razón de los fines que lo inspiran y de los modos en que se actúa.

(30) voce "Contratto (Dir. priv.)" *Enciclopedia dei Diritto*, T. IX, Milán, 1969, ps. 935 y ss.

(31) *El contrato*, Lima, 2009, p. 453.

En concreto, la integración consiste en añadir a lo acordado por las partes los efectos y consecuencias que derivan de cuatro fuentes que reconoce el art. 1291 inc. 2º del C.C.: la ley, los usos, la equidad y la buena fe.

Alpa Bessone⁽³²⁾ consideran que la integración significa completar cuando las partes han dejado incompleto el reglamento negocial y la ley puede intervenir, pero también significa modificación de las cláusulas que las partes han insertado en el negocio en contradicción con las normas imperativas. Según este enfoque, por la integración se sustituye, complementa o corrige el contenido del contrato más allá de las previsiones de las partes.

Rodota⁽³³⁾ y Bianca⁽³⁴⁾ consideran que la integración es el proceso de heterointegración que va más allá del más amplio desenvolvimiento de la lógica de la declaración y que, por tanto, se añade a la actividad de las partes en la elaboración de la definitiva construcción contractual. La integración del contrato se caracteriza, precisamente, por recurrir a fuentes heterónomas reconocidas incluso por la ley como integrantes del mismo contrato (art. 1291 del CC)

Es la integración como proceso de hetero-integración un fenómeno de construcción extrínseca y esto es, precisamente, lo que la caracteriza.

En nuestra opinión, el proceso de integración es el instrumento previsto para cubrir las posibles lagunas o insuficiencias que quedan respecto al alcance del contrato una vez que se consideraron todos sus elementos constitutivos.

Es ya casi una tradición sostener que la interpretación mira al pasado, o sea, a lo acordado por las partes, mientras que la integración mira al futuro, o sea, a las consecuencias del contrato. Se dice también que la interpretación es siempre necesaria y que la integración no siempre lo es pues depende de la previsión de las partes; también se dice que la interpretación se dirige al contenido y la integración a los efectos del contrato.

No seguiremos estas pautas pues, desde nuestra óptica, la coexistencia e interdependencia de la voluntad con la norma jurídica en la vida del contrato se da desde el mismo instante de su creación.

(32) *Elementi di diritto civile*, Milán, 1990, p. 290.

(33) *Le fonti di integrazione del contratto*, ob. cit., p. 9.

(34) *Diritto civile*, T. III, Milano, 1998, p. 471.

Por esta razón, desde este momento se auto-alimentan y condicionan mutuamente interpretación e integración:

1. Ambas desde el origen miran al futuro del contrato;
2. Ambas desde el origen son necesarias;
3. Ambas refieren al contenido de la obligación pues, como veremos a continuación, la distinción entre contenido y efectos no es real.

3.2. ¿Es correcta la diferenciación entre “efecto” y “contenido” del contrato?

3.2.1. Presentación del tema

Para entender el alcance del fenómeno de la integración del contrato debemos partir de una diferencia entre lo que es el contenido del contrato y lo que son sus efectos. Messineo⁽³⁵⁾ considera que la integración se ejerce no tanto sobre el contenido del contrato sino sobre los efectos. Se trata de colmar las lagunas de contrato y no de establecer hasta qué punto puede llegar la intención común de las partes, se hace producir al contrato efectos que este no podría producir por la mera interpretación.

Según un enfoque tradicional, el contenido del contrato está constituido por el intento práctico de las partes, por lo que ellas expresaron, por lo que es la intención común.

El efecto surge de lo que implica ese acuerdo de voluntades, esa intención común de cara al tipo de contrato o al orden jurídico vigente. Las partes pueden tener aspectos de un contrato pero el orden jurídico, para ese tipo, puede estar imponiendo otras consecuencias o efectos.

La doctrina ha polemizado sobre cómo se relacionan el contenido y los efectos.

Para unos, los efectos limitan el contenido; para otros, los efectos se imponen al contenido; para otros, el efecto es sólo de complementación subsidiaria.

En el fondo, lo que se debate es la prioridad o no que se le puede estar dando a la autonomía de la voluntad frente al orden jurídico. Es como si se enfrentara la voluntad de las partes con el orden jurídico.

(35) *Doctrina general del contrato*, Bs. As., 1986, T. II, p. 122.

No nos parece que este sea el camino correcto.

Creemos que acierta Ferri⁽³⁶⁾ cuando advierte que no se está ante un fenómeno de oposición sino de complementación y que no deben verse como algo separado sino integrado. Es necesaria una consideración unitaria y contemporánea y no dividida pues, en realidad, “el contenido del acto de autonomía privada es ya un contenido efectivo”. Agrega el autor referido, con claridad, que los efectos jurídicos normalmente corresponden a aquellos efectos que concretamente el contenido ya contiene pues no se concibe la autonomía de la voluntad separada de la norma como realidad independiente.

Se produciría entonces una interacción entre lo querido por las partes y lo impuesto por el sistema jurídico que se traduce en un fenómeno de interpretación e integración mutua.

3.2.2. [...] y por consiguiente obligan a lo que en ellos no se expresa

El art. 1291 inc. 2º del CC configura el centro medular de todo el proceso integrativo del contrato. Esta norma establece: “Todos los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solamente a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes, a la equidad, al uso o a la ley”.

En esta norma, con claridad, el Código Civil se remite a tres fuentes de integración: la buena fe, la equidad, los usos y la ley.

Pero realmente lo más importante de esta norma, desde nuestro punto de vista, está en que iguala en el tiempo de existencia y en relevancia jurídica, lo acordado por las partes con lo que surge del orden jurídico. Desde un comienzo el contrato obliga no sólo a lo que en él se expresa; o sea, desde el comienzo obliga a lo que surge del orden jurídico.

No queda la voluntad de las partes por un lado y la norma por otro, o una antes y la otra después sino que desde el comienzo están juntas e integran una realidad indisoluble.

Acierta Ferri⁽³⁷⁾ cuando afirma que según este enfoque la distinción entre contenido y efecto del contrato resulta “artificial”. Lo que se quiere indicar es que en una parte del negocio (contenido) las partes tienen disponibilidad y en la otra (normativa) no la tienen.

(36) *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1963, p. 181.

(37) *Ob. cit.*, p. 265.

Pero, en realidad, las partes no son las que disponen del negocio pues éste depende del orden jurídico y, por otra parte, hay efectos de la norma dispositiva que pueden quedar a lo que dispongan las partes.

Más que hablar de contenido o efectos debería hablarse de diversas fuentes de integración, concurrentes y contemporáneas⁽³⁸⁾, que conforman el denominado “Reglamento Contractual”.

No puede hablarse del contenido de un negocio con valor vinculante si éste no se considera conforme a derecho y, en cuanto se califica el contrato si esta o no conforme a derecho ya se entrar en el ámbito de los efectos. Por ello desde un punto de vista estrictamente formal no tiene mayor sentido la diferencia entre contenido y efecto cuando el contenido es tal si esta acorde al orden jurídico y cuando ello se considera se califica el efecto del contrato.

Pensamos que en nuestro derecho no se ha prestado la debida atención al verdadero alcance que tiene el inciso 2º del art. 1291 del C. C. La norma comienza por señalar que todos los contratos deben ejecutarse de buena fe, no solamente algunos, sino todos deben ejecutarse de buena fe y en consecuencia todos obligan, no solamente a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes al uso, a la equidad o a la ley.

Quiere decir que todos los contratos obligan no solamente a lo que en ellos se expresa. Por ello, todos los contratos obligan desde el comienzo a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes al uso, a la equidad o a la ley.

Quiere decir que todos los contratos están integrados necesariamente por lo que surja del uso, de la equidad o de la ley.

Queda claro entonces que el contrato no solamente está conformado por su contenido, por lo querido por las partes, sino que en todo caso se integra con aspectos no manifestados expresamente, o sea que el contenido y el efecto del contrato coexisten y se integran permanentemente (contenido efectual, en términos de Ferri).

3.2.3. “Reglamento Contractual” como unidad indisoluble de la autonomía de la voluntad y la norma

En otra ocasión⁽³⁹⁾ sostuvimos que la autonomía de la voluntad se pasa a denominar precisamente **autonomía privada** desde que se

(38) Ver opinión de ROTONDI, ob. cit., p. 80.

(39) ORDOQUICASTILLA, *Desequilibrio en los Contratos*, Montevideo, 2008, p.35.

asume que en todo momento y desde la creación del contrato está en juego no sólo la voluntad de las partes sino también, y muy especialmente, la norma, y que ambas coexisten necesariamente.

La autonomía privada, como advierte Ferri⁽⁴⁰⁾, es un poder conferido por la norma para que se ejerza dentro de lo previsto por ésta de forma de poder “crear normas de conducta particulares”. Así, la autonomía privada negocial depende de la norma y, a su vez, crea normas, conformando lo que se ha denominado **Reglamento Contractual**.

Con esta denominación, en la doctrina italiana⁽⁴¹⁾ se identifica todo lo que se debe considerar a la hora de interpretar o de integrar el contrato, abarcando: lo acordado por las partes, conductas concluyentes, la norma referente al contrato, los principios generales, la equidad, los usos y costumbres y, en general, todas las fuentes integrativas del contrato.

El art. 1291 inc 1º del CC ordena precisamente que “los contratos legalmente celebrados conforman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma. O sea, presenta al contrato como un verdadero reglamento.

En el inciso 2º del mismo artículo se señala con toda claridad que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, lo que implica un reconocimiento claro no sólo de las limitaciones de la autonomía privada respecto a la norma sino de que esta forma parte indisoluble de aquella desde su mismo origen. Además, esta norma deja claro que el contrato se forma no sólo por autodeterminación, establecida por lo querido por las partes, sino también por heterodeterminación, impuesta por el derecho objetivo.

La norma es clara en el sentido de que los efectos del contrato no parten sólo de su contenido (acuerdo de voluntades) sino que está también integrado con la ley, los usos, la equidad y la buena fe y que, en definitiva, conforman una única y misma realidad con componentes inseparables.

En nuestra opinión la aplicación de estas fuentes del contrato no depende sólo de que exista un vacío en la previsión de las partes sino que su vigencia está siempre presente.

El art. 1291 es un precepto *ius cogens*, cuya aplicación es independiente de la voluntad de las partes y no puede ser excluida por acuerdo de éstas.

(40) *La autonomía privada*, Madrid, 1969, p. 8.

(41) RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, p. 9.

3.2.4. *Nuestra opinión*

No compartimos la diferenciación entre contenido y efecto pues ello presupone diferenciar un área en la que esté sólo la voluntad de las partes (contenido) y, en realidad, esta nunca está ni puede estar sola al margen de la norma. Esta separación parte de una ficción que no responde a la realidad.

Ni en su origen la voluntad es soberana ni en los efectos lo que dice la norma por sí alcanza.

La norma desde el principio incide en lo acordado por las partes luego de que ello es tipificado o calificado por el orden jurídico.

Además, no tiene sentido hablar de efectos sin un contenido ni de contenido al margen de los efectos. Son concomitantes e interdependientes los efectos de la voluntad y de la norma y no es necesario diferenciar contenido y efecto.

El hecho, precisamente, de que las partes pueden dejar sin efecto la aplicación de ciertas normas dispositivas (efectos) es un indicio de que no es correcta la separación de ambos pues habría efectos que dependen de la voluntad y no de la norma.

3.3. **Diferencias entre interpretación e integración del contrato**

3.3.1. *Presentación del tema*

La doctrina, haciendo grandes esfuerzos dogmáticos y conceptualistas, trata sistemáticamente de diferenciar lo que es la interpretación de la integración, concentrando el efecto interpretativo sobre cuál fue la intención común de las partes y dejando el aspecto de la integración para el supuesto de ausencia de previsión expresa para la regulación de los intereses que pretenden interrelacionar las partes.

En realidad, en este enfoque no se hace más que enfrentar lo que fue la interpretación subjetiva con la interpretación objetiva. La interpretación subjetiva pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las partes mientras que la interpretación objetiva pretende complementar lo previsto por las partes con lo que surge del orden jurídico.

Como ya viéramos, según el enfoque clásico la interpretación quiere destacar más el contenido del contrato, o sea lo querido y declarado por las partes en su intención común; mientras que la integración refiere al efecto del contrato, o sea a lo que se agrega al contrato por

imposición del ordenamiento jurídico, surja esto de la propia ley, de la equidad, de los usos, conforme a la naturaleza del contrato.

El contrato comienza como una operación entre las partes que son las que le dan vida, determinando su causa y su contenido esencial. Pero a ello inevitablemente se suman los efectos denominados por Bianca⁽⁴²⁾ extraconvencionales, que serán siempre integrativos de la relación contractual sin cambiarle su naturaleza y se ven absorbidos dentro de su disciplina.

La labor integrativa presupone llenar un vacío y prever todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.

Se señala que la labor de integración comienza ante la falta de voluntad o de previsión expresa sobre la autorregulación de intereses. La normativa prevista para cada tipo contractual no está pensada como un mero complemento de las previsiones de las partes sino que es parte del contrato mismo. La ley aporta pautas que, al no haber sido excluidas por las partes en lo que era posible, rigen en pie de igualdad con lo previsto por ellas.

El concepto y delimitación de lo que significa y lo que abarca la interpretación es importante para determinar qué es, en esencia, la integración del contrato. Así, si limito el concepto de interpretación a desentrañar el significado de lo querido por las partes y considero que el contrato es sólo lo querido por las partes, propongo un criterio limitado de interpretación que deja un campo fértil y amplio para la integración.

Si pienso que el contrato no es sólo la autonomía de la voluntad sino que ésta está íntima e indisolublemente ligada con la norma que regula el contrato, la interpretación abarca la voluntad de las partes y la norma sobre el contrato, conformando un concepto más amplio de lo que es y lo que abarca la interpretación.

Interpretar no tiene en principio sólo una función reconocitiva del pensamiento de las partes sino que se debe interpretar ese pensamiento a la luz del orden jurídico que lo regula. Esta es, propiamente, una interpretación jurídica del contrato.

No existe, desde nuestro punto de vista, interpretación del contrato que se pueda hacer al margen de la interpretación de las normas que sobre él están previstas, por ello no existe interpretación.

(42) *Derecho civil*, T. 3, *Contrato*, Colombia, 2007, p. 521.

El gran tema es si consideramos a las normas referidas al contrato como externas o como internas al mismo.

Precisamente, el concepto moderno de “**autonomía privada**”, diferente al de autonomía de la voluntad, está señalando que lo que se interpreta en todo caso es la voluntad de las partes y la norma como realidades inseparables.

No hay contrato que se interprete sin **calificarlo jurídicamente** y de allí la importancia que le asignamos al tema.

Para nuestro Código Civil, en principio, la labor de interpretación terminaría cuando se desentraña “la voluntad real de las partes”. Según el art. 1297 del CC lo que se interpreta son las palabras de los contratos (art. 1298 del CC), “la intención común” (art. 1246 del CC), la “voluntad real de las partes”. Pero lo cierto es que toda esta redacción clásica no responde a la realidad operativa de lo que realmente se interpreta.

3.3.2. *¿Existencia de una “laguna” por falta de previsión o vacío normativo en el contrato?*

La necesidad de integración del contrato no es algo futuro, posible pero no necesario sino que, en realidad, **lo normal es que el contrato no esté completo o integrado** totalmente por más labor de previsión que hayan intentado las partes, por lo que la existencia de lagunas o de insuficiencias es inevitable y, por tanto, es inevitable el proceso integrativo. Además, si se tienen en cuenta las posibles contingencias que pueden darse en el futuro del contrato, podemos concluir en que no hay contrato que no pase por un proceso de integración.

Según la tesis tradicional, como presupuesto de la labor de integración se señala la necesidad de que se advierta la existencia de un vacío o laguna en lo regulado por las partes, cumpliendo la integración una función supletoria.

En realidad, la esencia de la laguna no es falta de previsión de la voluntad pues luego del acuerdo esta voluntad (la intención común) ya es norma. La laguna se produce no por falta de voluntad sino por falta de regulación normativa sobre el tema.

Lo que se integra, entonces, no es la “voluntad de los sujetos” sino la “voluntad de la norma”

Como señala Ferri⁽⁴³⁾, si la integración del contrato es el complemento de una voluntad insuficientemente formada o manifestada, el

(43) Ob. cit., p. 286.

problema verdadero de la integración pasa a ser el de la individualización de la laguna que la actividad integrativa tiende a colmar.

El reglamento contractual tiene un proceso formativo que parte de la etapa precontractual hasta su perfeccionamiento. Las lagunas pueden constarse aun después del perfeccionamiento con referencia a hechos nuevos sobrevinientes.

Las lagunas pasibles de integración deben ser de una importancia limitada en lo cualitativo o cuantitativo. No es posible pensar en “lagunas estructurales” y subsanar por integración defectos formales que afecten la validez del contrato cualitativamente pues no se puede utilizar la integración para superar diferencias cuantitativas entre las prestaciones alterando, por ejemplo, la ecuación económica por vía de la integración.

3.4. Formas de integración del contrato

La integración del contrato, según los fines que persigue, puede ser **supletoria o imperativa**, según venga o no impuesta por una norma de orden público.

La primera, o sea, la **supletoria**, es amiga de la voluntad de las partes porque la complementa. Determina a través de normas supletorias la integración contractual a falta de previsión en contra de las partes. Es frecuente que las partes regulen sólo los aspectos más importantes de lo convenido y que otros aspectos queden sin regulación voluntaria.

En la contratación se puede omitir por diversas razones —olvido, ignorancia, falta de previsión. Lo cierto es que es difícil decir que un contrato está completo; en realidad, todos están más o menos incompletos.

La integración supletoria se retira cuando en su lugar aparece acuerdo de voluntades nuevo o complementario. La integración supletoria opera ante la falta de previsión de las partes en aspectos que son importantes para lograr el conocimiento de lo previsto por ellas con efecto vinculante.

La segunda, o sea, la integración imperativa es antagónica a la voluntad pues puede suplirla. Determina en forma coactiva la relación contractual, no obstante la voluntad diferente de las partes. Es la ley la que se integra al contrato, tomándose aquí ley en sentido lato (norma jurídica). La norma, en realidad, no suple la voluntad de las partes sino que se superpone a ella, estableciendo las pautas acorde al orden jurídico vigente. Se termina por sacrificar la libertad contractual en nombre del interés general.

La cuestión aquí es que ya no se llenan sólo lagunas sino que se puede llegar a modificar el contrato⁽⁴⁴⁾.

La integración imperativa opera por encima de la voluntad de las partes y pretender apartarse de sus dictados puede llevar a la nulidad del contrato (art. 8º del CC) pues se estaría transgrediendo normas de orden público.

A su vez, respecto de la integración imperativa corresponde diferenciar según que la norma haya estado vigente antes del contrato o que aparezca después de su entrada en vigencia. Sacco Nova⁽⁴⁵⁾ advierte que en estos casos la nueva norma imperativa puede tener efectos de derogación o de complementación del texto vigente.

En razón de los modos como se procede a la integración, la misma puede ser **legal o judicial**: en un caso, la integración se produce por la ley y en el segundo caso, se produce por obra del juez.

Las normas que se integran al contrato pueden ser imperativas o dispositivas. Las imperativas se imponen por sobre toda previsión o imprevisión de las partes y las dispositivas están expectantes a que las partes no hayan previsto sobre el tema nada diferente.

3.5. Integración sin lagunas

Un aspecto a destacar del enfoque anterior es que la integración de lo dispuesto por la norma opera en realidad sin necesidad de cubrir lagunas.

En la actualidad la doctrina especializada entiende que la integración procede no sólo ante vacíos sino que, al surgir determinada norma, se incorpora subsidiariamente para formar parte de la reglamentación contractual⁽⁴⁶⁾. Varias normas forman parte del contrato y se aplican por el solo hecho de haberse tipificado cierta figura contractual. No hay integración por vacío sino por **complementación**.

3.6. La integración del contrato no debe considerarse como “subsidiaria”

Se suele presentar a la integración del contrato como de función “subsidiaria” pensando siempre en que lo esencial es la voluntad de

(44) BIANCA, ob. cit., p. 471; RODOTA, ob. cit., p. 54.

(45) *Il Contratto*, Torino, 2004, p. 419.

(46) ZICARDI, “La integrazione del contratto” en *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, Milano, 1969, p. 116.

las partes y en relación a ésta la norma opera como algo subsidiario o secundario. No es éste el enfoque que proponemos.

Si del contrato se realiza un enfoque normativo como integrado ya al orden jurídico en su integralidad, desde su surgimiento, ya no queda más nada que integrar pues ya tiene todo. El contrato, al ser calificado por el orden jurídico como tal, queda “conectado al sistema jurídico en su integralidad y éste opera directamente a través de aquel.

3.7. Nuestra opinión

Ante quienes sostienen que la interpretación es una operación destinada a entender el significado de la voluntad de las partes y que la integración está destinada a completar una voluntad insuficiente de aquellas, decimos que, en realidad, ambas operaciones no son esencialmente diversas sino que operan en planos diversos. La interpretación opera en la individualización de los hechos y la integración sobre los efectos, teniendo en cuenta que no se integran voluntades sino efectos jurídicos.

4. FUENTES DE INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

4.1. Presentación del tema

El futuro práctico del contrato enfrenta en todo **caso dos tipos de problemas:**

- a) enfrentar nuevas circunstancias y realidades siempre nuevas;
- b) las omisiones en la previsión de las partes y de lo que pueda surgir de normas supletorias.

Ya hemos señalado que el contenido del contrato no está marcado por el mero acuerdo de partes sino que es el resultado de una pluralidad de fuentes entre las cuales el acuerdo de voluntades no es más que una⁽⁴⁷⁾.

Se discute en doctrina si entre estas fuentes de integración existen prioridades, o sea, si puede sobreponerse la equidad, al uso o a la ley o la ley a la equidad y al uso, etc. Gamarra⁽⁴⁸⁾, por ejemplo, entiende que la equidad está subordinada a la ley. O sea, que sólo en ausencia de solución legal puede referirse el juez a la equidad.

(47) ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones...*, T. I, p. 183.

(48) Ob. cit., p. 242.

Entendemos que esto en realidad es un error y aquí no existen unas fuentes preeminentes sobre otras porque, en realidad, la equidad no aparece aquí en un plano diferente porque está referida por la propia ley, o sea que tiene rango de ley.

Existen otras normas que coordinan milimétricamente con el art. 1291 inc. 2º del CC, como es el caso del art. 1303 del CC al que ya refiriéramos, que alude al uso como fuente de integración del contrato.

En nuestra opinión, la norma no refiere a estas fuentes como con posibilidad de ser utilizadas en forma arbitraria o discrecional por parte del intérprete sino que dice que las mismas deben ser utilizadas o aplicadas conforme a la naturaleza del contrato. Lo que está indicando que nunca debe perderse el fin, la causa del contrato.

Con referencia al posible alcance del contrato en lo que a sus efectos se refiere, Roppo Vincenzo⁽⁴⁹⁾ destaca que el contrato en la realidad puede operar no sólo como fuente de derecho en sí mismo, sino como una realidad expuesta a fuentes de derecho externas, distintas de sí mismo, es decir, a las fuentes heterónomas que lo convierten, antes que en factor que regula, en hecho regulado. Las fuentes externas que se proyectan a través del contrato son principalmente tres: las normas del Código, sobre ellas las normas de la Constitución y junto a ellas las leyes especiales.

En la actualidad han cobrado particular destaque los estudios doctrinales que invitan a reflexionar sobre la incidencia de la Constitución en el contrato y, en particular, en temas regulados en el Código Civil y en el sistema del derecho privado.

Los contratos “obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, “sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, los usos o la ley” (art. 1291 inc. 2º del CC).

4.2. La Constitución de la República como fuente de integración contractual

Con carácter general se vive un proceso de Constitucionalización del Derecho Privado y del Derecho Contractual en particular. La Constitución y el Código Civil no aparecen como caminos paralelos destinados a no encontrarse. La Constitución no es sólo la fuente suprema del derecho público sino también del derecho privado.

(49) *El contrato del dos mil*, Colombia, 2005, p. 19.

El primer elemento con el que se debe integrar todo contrato es con la propia Constitución pues de ella surge su mismo fundamento al consagrarse, por ejemplo, la libertad de comercio (art. 36) o el mismo derecho de propiedad. Existe un verdadero Derecho Civil Constitucional que respalda al contrato y se proyecta a través de él. Ordoqui Castilla⁽⁵⁰⁾. La constitución no es sólo una norma jerárquica superior en el derecho público sino que forma parte del derecho privado. Ella contiene normas de derecho civil o con proyección en el Código Civil.

Arces-Valdés⁽⁵¹⁾, afirmaron que el Derecho Civil Constitucional no es constitucional sino civil, formalmente integrado a la Constitución. No hay duda de que estas normas de Derecho Civil Constitucional han producido cambios en el Código Civil. Como lo señalan los autores citados, hay normas de derecho privado que se han incorporado a la Constitución y por esta razón corresponde referirnos a la existencia de un Derecho Civil Constitucional, concluyendo que el Derecho Civil Constitucional no es derecho Constitucional sino derecho Civil formalmente integrado a la Constitución. Larenz⁽⁵²⁾, con realismo sostiene que el Derecho Constitucional no pretende sustituir al derecho privado vigente sino confirmarlo y respaldarlo. Ciertas Constituciones, en términos de Rivera⁽⁵³⁾ no hacen sino reconocer el carácter constituyente del Derecho civil incorporando algunos de sus principios a la Constitución formal.

Junto a la famosa “privatización del derecho público” se habla en la actualidad de la “publicización del derecho privado” (“constitucionalización del derecho privado”).

Como bien destaca Espinosa⁽⁵⁴⁾ estos conceptos aparecen íntimamente ligados a la nueva concepción del Estado, como de “Bienestar” en virtud de la cual el Estado mismo crea los mecanismos para garantizar directamente al individuo sus derechos sin hacer alusión a la noción de sociedad. Desde esta óptica, en el Estado de Bienestar la Constitución debe ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que

(50) *Desequilibrio de los Contratos (privados y públicos)*, Montevideo 2008, p. 81.

(51) *Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 87.

(52) *Derecho Civil*, Madrid, 1978, p. 101.

(53) “El derecho privado constitucional” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 7, Santa Fe, 1994, p. 38.

(54) “La Constitucionalización del Derecho Privado” en *Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andres Bello des Juristes Franco-Latino-Américains*, Bogotá, 2007, p. 24.

se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley o decretos que con claridad regulen el tema en cuestión. Luego de las últimas reformas constitucionales posteriores a la 2da Guerra Mundial, en España, Italia o Francia, ciertos temas, en un principio privativos del derecho privado, como ser la consagración de los derechos personalísimos o fundamentales (como el derecho a la imagen, al honor, al nombre...) comenzaron a aparecer en los textos Constitucionales. Junto a ellos se realizan referencias concretas a la tutela de la familia, de la propiedad, entre otros puntos, propios del derecho privado. De esta forma la Constitución ya no es sólo la fuente suprema del derecho público sino que opera en ciertos temas como Ley Fundamental del Derecho Privado.

Alpa⁽⁵⁵⁾ sostiene que el contrato cuenta con cobertura o respaldo Constitucional. Ciertamente es que la Constitución no alude al contrato en forma explícita como lo hace a la familia, a la propiedad, pero tampoco tenemos dudas de que tanto en el artículo 10, como en el artículo 32, como en el artículo 36, se regula la libertad de la persona en toda su dimensión, incluyendo implícitamente la libertad de contratar, de interrelacionarse con los demás desde el punto de vista patrimonial lo que supone aceptar la posibilidad de obligarse y que se respete el vínculo creado entre las partes. También la Constitución regula el principio de la igualdad (art. 8)

Guido Alpa⁽⁵⁶⁾ ve en la autonomía privada un valor esencial de la persona tutelado por la Constitución. La libertad de concluir un contrato es un valor protegido por la Constitución, esencial a la persona, conformando ello parte de su misma dignidad. La autonomía privada negocial, como expresión de valores personales, permite el desarrollo y la existencia de la persona. Lo que importa no es el desarrollo libre del mercado sino el desarrollo de la persona y la función de aquél no puede ser hecha a costa de ésta. Pietro Perlingieri⁽⁵⁷⁾, cuya obra fue muy importante para el esclarecimiento de este tema, reconoce que la igualdad, la solidaridad y el pleno desarrollo de la persona consagrados en la Constitución, devienen en parámetros axiológicos que pueden determinar una verdadera revolución en los conceptos emergentes del derecho privado.

La “puerta de ingreso o el punto de conexión” entre la Constitución y el Código Civil lo tenemos cuando en este último cuerpo normativo se

(55) “Libertá contrattuale e tutela costituzionale”, en *Contratti in generale*, Milano, 1999, p. 8.

(56) *Corso di diritto contrattuale*, Milano, 2006, p. 217.

(57) *Il diritto civile de la legalitá costituzionale*, Napoli, 1991, p. 13.

establece que los acuerdos de partes deben ser conformes al orden público, a la moral y a las buenas costumbres (art. 11, 1284 y 1288 del CC).

Una de las normas constitucionales donde con más claridad se consagra la autonomía privada negocial es la que reconoce el derecho de propiedad (art. 32). Lo más importante de la propiedad es que uno puede disponer y que circule libremente. Por ello, la esencia del derecho de propiedad está en el hecho de que se pueda disponer del bien libremente, lo que implícitamente supone el respeto de la autonomía privada negocial. Cuando el art. 32 dice: “nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad...”, está diciendo que nadie puede ser privado del uso y la posibilidad de disposición o de negociación. Si no se admitiera la circulación de bienes, la propiedad no tendría sentido y, por el contrario, lo que da valor a la propiedad es el hecho de que pueda circular y para que circule ello debe hacerse en el ejercicio de la autonomía privada negocial.

La Constitución, como lo destaca Lorenzetti⁽⁵⁸⁾ es fuente de derecho en dos sentidos: i) directo: con normas que se aplican directamente a las relaciones de derecho público o de derecho privado; e ii) indirecto: ajustando cuál es el espíritu informador del derecho y proyectando sus principios generales.

De la Constitución emergen los valores esenciales que se intentan imponer en una sociedad en un determinado momento. No se puede negar que, por ejemplo, los fundamentos primarios de la autonomía privada negocial, que es el fundamento del derecho contractual, los encontramos en artículos de la Constitución cuando regula y garante la libertad de comercio o negociación (art. 36) o la misma propiedad (art. 32).

Como bien lo destaca Perlingieri⁽⁵⁹⁾ se puede pues afirmar que sea con la aplicación directa o indirecta la las normas constitucionales lo que interesa destacar es su eficacia directa respecto a las relaciones personales y socio económicas. Así la norma constitucional se convierte en la razón primaria y justificadora de la relevancia jurídica de tales relaciones constituyendo parte integrante de la normativa que preceptivamente las regula.

Lorenzetti⁽⁶⁰⁾ con acierto destaca cómo la Constitución es una verdadera fuente de derecho privado, no sólo de modo mediato, sino en tanto contiene disposiciones que están dirigidas a los ciudadanos y

(58) *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, 2006, p. 84.

(59) *Ob. cit.*, p. 529.

(60) *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, 2006, p. 84.

tienen operativa directa. Por esta razón, la Constitución como norma jurídica que es, puede ser utilizada por los Tribunales en el ámbito de la jurisdicción privada. En definitiva, como ya lo sostuviéramos en otra ocasión⁽⁶¹⁾, la Constitución no sólo es una norma jerárquica superior de derecho público sino que es una Ley Superior dentro del Derecho Privado; el derecho privado responde a la Constitución y a ella debe ajustarse.

Messineo⁽⁶²⁾ con acierto sostiene que la institución jurídica del contrato es reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. El reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente con el principio de la autonomía privada negocial. El Código Civil da fundamento claro al respeto de la propiedad (art. 492 del CC) y la posibilidad de gozar y disponer de las cosas (arbitrariamente) en la medida en que no se actúe contra de la ley o contra los derechos ajenos. Así, los arts. 486 y 487 del CC describen cómo es posible gozar, disponer de la cosa, lo que implica disponer de sus frutos (art. 487.1 del CC), darle el uso que se quiera (487.2 del CC), cambiarla por otra mejor (487.5 del CC), impedir que otro se apropie indebidamente de ella; enajenarla en todo o en parte. En el art. 489.6 del CC existe la primera consagración clara de principio de la autonomía privada negocial cuando se dice que el dominio es algo inherente a la cosa como vínculo real, que la liga al dueño y que no puede romperse sin hecho suyo, o sea, el vínculo con la propiedad depende del acto o disposición del propietario.

Como bien lo anota Rodota⁽⁶³⁾ las oscuridades o la falta de regulación de temas en los contratos pueden ser eliminadas por la fuerza expansiva del orden jurídico. Así, el momento integrativo no refiere sólo a lo que no se previó en el origen del acuerdo sino a lo que se debe exigir acorde a la normativa vigente durante su ejecución. El contrato en todo caso es resultado de dos fuentes normativas: una emergente del acuerdo y otra del sistema jurídico.

En la propia Constitución uruguaya en el art. 332 se dispone que los preceptos de la presente constitución que reconocen derechos a los individuos no dejaran de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales del derecho y las doctrinas más recibidas”.

(61) ORDOQUI CASTILLA, *La buena fe contractual*, p. 45.

(62) *Doctrina General del Contrato*, T. I, p. 15.

(63) *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, ps. 3 y 4.

Se infiere de esta norma la posibilidad de aplicación directa de las normas que consagran derechos aun en ausencia de leyes o reglamentos.

La Constitución no es una mera declaración de principios políticos o de gobierno sino que contiene los principios básicos de protección a los derechos de las personas y opera como fuente de derechos y garantías en la interrelación de intereses en tre particulares,.

Corsaro⁽⁶⁴⁾ exhorta a leer el contrato y el Código Civil teniendo abierta la Constitución.

La remisión a la Constitución se considera implícita al referirse el art. 1291 inc 2º del CC a la ley como norma jurídica integrativa. Además, son normas de jerarquía superior cuyo alcance debe ser respetado.

Pero la referencia a la Constitución es un instrumento que debe utilizarse con mucho cuidado pues no se puede invocar la Constitución para dejar de lado normas contractuales o desvirtuar las leyes que lo regulan. La interpretación desde la Constitución no habilita al Juez ni al intérprete a desvirtuar la ley o el contrato. El intérprete o el que integra el contrato no sólo está sometido a la ley sino al derecho en su conjunto.

Así, por ejemplo, se recurrió a la aplicación del principio de igualdad que está en la Constitución (art. 8º) para justificar la imposición de ciertos equilibrios prestacionales olvidando que en realidad se podía recurrir ala buena fe que ya es propia del contrato.

No se trata de sustituir al Derecho Civil con los principios del Derecho Constitucional sino de respaldar la tradición jurídica civil desarrollada en el respeto de la Constitución. Pietro Perlingieri⁽⁶⁵⁾ entiende que la Constitución es el fundamento y justificación de todo el orden jurídico y determina principios generales del orden jurídico pensado como un todo coordinado y coherente. De aquí la importancia de realizar una relectura del derecho civil a la luz del derecho constitucional.

4.2.1. "Riesgos" de la Constitucionalización del Derecho Civil

En los países que han comenzado el proceso de privatización del derecho constitucional aplicando normas constitucionales en forma

(64) *L' abuso del contraente en la formazione del contratto*, Perugia 1979.

(65) *Il diritto civile de la legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 133.

directa sobre los contratos se advierte que esta técnica de aplicación del derecho, en ciertos casos, genera inseguridad jurídica e ilegalidad. Los derechos fundamentales comienzan a ser usados extensivamente para lograr la no aplicación de cláusulas contractuales o decretos que se crearon dentro del orden jurídico vigente, pretendiendo su desaplicación más allá de que formalmente no hayan sido declarados ilegales, inconstitucionales o inválidos y esto es, precisamente, lo que no puede ocurrir.

La privatización de los derechos fundamentales (constitucionales), como lo destaca Aída Kemelmajer de Carlucci⁽⁶⁶⁾ añade una tensión suplementaria a la función de los jueces al incrementar considerablemente las posibilidades teóricas de plantear cuestiones sobre derechos fundamentales, ello —continúa la prestigiosa civilista mendocina— aumenta el peligro de que los jueces sustituyan al legislador aduciendo como pretexto el deber de proteger tales derechos en cualquier circunstancias. En otras palabras, con la privatización del derecho constitucional se corre el riesgo de que se desvirtúe irregularmente el respeto de la autonomía de la voluntad (principio de la fuerza vinculante de los contratos), auténtico pilar del derecho privado y, además, por el mismo camino se corre el riesgo de que finalmente invocando a la Constitución se desoiga la ley o los decretos.

Además, con esta forma de aplicación del derecho pueden existir múltiples criterios de interpretación de la norma constitucional que no coinciden entre sí pero pretendiendo la defensa del mismo derecho a iguales casos, propongan soluciones totalmente disímiles. Todas estas soluciones se presentaran como respetuosas de la Constitución, pero en su conjunto pueden llevar a afectar principios también constitucionales como el de la legalidad o igualdad, entre otros.

4.2.2. “Beneficios” de la Constitucionalización del Derecho Civil. (Despatrimonialización del Derecho Civil)

La Constitución marca una centralidad de valores que se deben priorizar en la sistemática del orden jurídico como un todo. En esta verticalidad necesaria en un orden jurídico se prioriza notoria y justificadamente a la persona en su plena dignidad frente a lo económico. Proyectada esta idea al derecho civil propicia en términos de Perlingieri⁽⁶⁷⁾ una conveniente despatrimonialización del derecho civil, atávica-

(66) “Constiucionalización del derecho privado de las personas”, *Actas*, ob. cit., p. 46.

(67) *El derecho civil en la legalidad constitucional*, Madrid, 2008, ps. 79 y 130.

mente basado en la centralidad de las relaciones patrimoniales. Este sólo razonamiento lleva a profundas transformaciones en la materia aun en desarrollo y que, en parte, se ven reflejadas en temas como los aquí tratados. No basta con destacar la importancia de la tutela de los intereses de las personas en el derecho privado. Es preciso refundar el derecho civil no mediante un aumento en la tutela de intereses patrimoniales, sino a través de la tutela personal patrimonialista capaz de no comprimir el libre y decoroso desarrollo de la persona mediante esquemas inadecuados y superados. Solo así el derecho civil se vuelve a apropiar, con formas renovadas su originaria vocación de “ius civile” destinado a desarrollar la tutela de los derechos de la persona.

4.2.3. Conclusiones

Como bien destacara Risso Ferrand⁽⁶⁸⁾, “si hay algo claro es que el derecho constitucional de hace 25 años poco tiene que ver con el contemporáneo. Aun cuando los textos constitucionales no hayan tenido cambios significativos como sucede en nuestro país, es claro que se ha producido una suerte de revolución jurídica...” y ello, como destaca el autor, se produce no tanto porque haya variado el texto sino porque con razón se le está dando la importancia que tiene en el ámbito de derecho todo y, en particular, en el derecho privado, justificando y dando fundamento a muchos ajustes conceptuales que se realizan en función de los valores esenciales consagrados en la Constitución. Esta apreciación se ve con claridad cuando se estudian los efectos de la Constitución sobre el contrato en casos como el que se tiene a estudio.

4.3. La ley

Como ya viéramos, opera en forma supletoria a lo previsto por las partes. Si lo acordado por las partes transgrede lo dispuesto por una norma de orden público, debe darse preeminencia a esta última.

Las leyes con las que se puede llegar a integrar un contrato pueden **ser dispositivas** (regulación subsidiaria) **o bien imperativas**. (Ej. prohibición del pacto de reserva de dominio, art. 1732 del CC).

Las normas que orientan la interpretación del contrato son por un lado las previstas para el contrato con carácter general (arts. 1247 y ss del CC), y por otro, las normas específicas previstas para cada tipo contractual (Ej.: compraventa, mandato, etc.).

(68) *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo 2008, p. 13.

La presencia de normas de orden público que permiten integración imperativa junto al contrato es fundamental en temas como los referentes al contrato de adhesión y la protección de la parte débil donde, por leyes como la relativa a relaciones de consumo, se integran al contrato una serie de medidas tuitivas realmente notables que permiten el equilibrio contractual.

Luego de ser “calificado” el contrato, o sea, de haber tipificado lo querido por las partes dentro de lo que es la regulación de tal o cual contrato, pasan a aplicarse subsidiariamente sus disposiciones.

Las normas imperativas o de orden público referentes al contrato concurren con las normas de conducta acordadas por las partes. El Estado está interviniendo junto a la voluntad de las partes.

Si la intención de las partes es que no se apliquen las normas dispositivas, cuya aplicación puede depender de la voluntad de las partes, se debe establecer con claridad en el acuerdo y no pretender luego de que nada se ha dicho que las mismas no sean aplicables por tal o cual conveniencia.

No estamos de acuerdo en usar el término de normas supletorias pues con la heterointegración no sólo se suple o completa sino también se corrige y modifica el contenido preceptivo establecido en el negocio.

4.4. Los usos y costumbres

En ciertos casos sirven para interpretar (art. 1302 del CC) y en otros para integrar el contrato (art. 1303 y 1291 inc. 2º del CC).

No existiendo previsión normativa puede recurrirse a los **usos y costumbres** o a las “prácticas comerciales”.

Los usos contractuales están marcados por la práctica reiterada de una determinada conducta. Por ejemplo, el negociante que no fija el precio porque se presume que será el de plaza o el del mercado en determinado momento.

Los usos y costumbres están presentes tanto para interpretar como para integrar. Se considera parte integrante del contrato todo lo que surge de los usos y costumbres y no haya sido expresamente sacado por el acuerdo de partes, o que se aparten de lo previsto por alguna ley o que no estén en contrata de lo que en el caso supone actuar de buena fe.

En la función interpretativa los usos y costumbres son considerados como aceptados por las partes como algo socialmente dado y

aceptado. En la función integrativa, los usos y costumbres no vienen como algo aceptado por las partes sino como una realidad preexistente que se asume como correcta y debe ser admitida y asumida pues representa lo que es el tráfico jurídico normal y razonable.

Las denominadas **“cláusulas de uso”** tienen función normativa respecto del contrato, operando con fin supletorio.

4.5. La equidad

Es considerada por el art. 1291 inc. 2º del CC como una fuente de integración del contrato por cierto causa gran temor de ciertos intérpretes. La gran discusión es como opera esta equidad: en forma subsidiaria, correctiva derogatoria.

En la tesis clásica esta equidad sólo entra en acción en forma subsidiaria cuando las partes no previeron nada sobre el tema en cuestión no pudiendo ser usada para cambiar el acuerdo de partes. Para Galgano-Visintini⁽⁶⁹⁾ la remisión a la equidad alude a la norma para el caso concreto creada por el juez en los casos en que la ley nada prevé. La remisión a la consideración de la equidad supone delegar a la consideración del juez, atribuyendo a éste facultades para integrar el contrato con carácter subsidiario.

En la óptica más moderna, Roppo⁽⁷⁰⁾ entiende que esta norma autoriza al juez a introducir en el contrato aspectos del contrato no previstos por las partes ni por la norma actuando dentro de las máximas de la experiencia y contemplando los intereses de las partes dentro de lo que es la naturaleza del contrato.

Rodota⁽⁷¹⁾ entiende que la referencia a la buena fe y la equidad son remisiones a la decisión discrecional del juez. La equidad tiene un protagonismo especial cuando la integración es judicial actuándose mediante un contenido no predeterminado a diferencia de lo que ocurre con la integración legal. Que se parte de la aplicación de una norma persistente Por lo expuesto se entiende que la equidad es fuente de integración supletoria y no imperativa.

Para Bianca⁽⁷²⁾ la equidad como instrumento de integración preceptivo es esencial pues vela por el equilibrio contractual, esto es, que

(69) Ob. cit., p. 65.

(70) *Trattato del Contratto*, T. II, Milano 2006, p. 402.

(71) *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 204.

(72) Ob. cit., p. 540.

los interés individuales en cuenten un equilibrio debido según la economía del negocio.

La equidad permite ponderar el justo balanceo de los diferentes intereses de las partes en relación con el fin y naturaleza del contrato.

También la buena fe colabora en la obtención de este equilibrio para la obtención de mayor justicia contractual.

La equidad delimita los derechos y deberes de las partes mientras que la buena fe va más lejos y exige incluso solidaridad colaboración de una parte para con la otra.

La equidad esta presente en la interpretación y en la integración del contrato. Roppo⁽⁷³⁾ propone diferenciar la denominada equidad interpretativa tendiente a aclarar el significado de lo querido o declarado por las partes de la equidad integrativa. que tiende a suplir lo que falte del contrato y no surja de las normas vigentes.

Además, refiere a una **equidad correctiva** que es la que se aplica cuando, por ejemplo, ciertas normas permiten la reducción de cláusulas penales, como ocurre en el art. 1384 del CC italiano del 42.

El art. 1300 inc. 2º del CC, para los casos de cláusulas que se presen ten a dos o más sentidos, legitima considerar la naturaleza del contrato y las reglas de la equidad.

La equidad, considerada como justicia para el caso concreto, no es algo meta-jurídico, sino que supone actuar conforme a derecho, pues es éste, precisamente, el que se remite a aquélla.

La reiteración por parte del juez de soluciones acordes a la equidad, configura las llamadas “máximas consolidadas”, sobre las que se forman verdaderas reglas de conducta para los casos concretos futuros, que, en muchos casos, ponen en evidencia la función creadora del juez.

No puede invocarse la equidad para cambiar el contenido del contrato, sino para completar aspectos no previstos. Roppo⁽⁷⁴⁾ los jueces no pueden en nombre de la equidad destruir o corregir contratos inicuos No se está ante un criterio de justicia moral que sustituya lo acordado por las partes sino que refiere a la necesaria existencia de un equilibrio y razonabilidad en las prestaciones recíprocas.

(73) *Trattato del Contratto*, Milano, 2006 T. II, ps. 402 y ss.

(74) Ob. cit., p. 459.

Para Bianca⁽⁷⁵⁾ es un principio de justicia contractual aplicable en caso de lagunas existentes en el contrato.

Zicardi⁽⁷⁶⁾ anota que se le han dado tres significados a la equidad en esta instancia:

- a) deber que debe cumplir el juez de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las partes;
- b) fuente de la que deben surgir los límites y el contenido de las obligaciones;
- c) refiere al poder del juez para apreciar el alcance real del contrato más allá de lo previsto expresamente por las partes.

En nuestro derecho, Gamarra⁽⁷⁷⁾, la equidad en su función integradora es subsidiaria y no es más que algo residual, pues a ella se recurre siguiendo el orden sólo cuando no hay previsión por las partes, por la ley o por los usos. Recién entonces se puede recurrir a la equidad, no perdiendo de vista las finalidades que los contratantes buscaban obtener. Es el juez quien está llamado a utilizar este elemento integrativo.

Sostiene este autor que la equidad está sometida a la legalidad, pues la justicia se hace dentro de la ley. No se puede exigir mayor justicia que legalidad porque es justo lo que la ley considera como tal, y no lo que el juez piensa según sus particulares ideas sobre lo que es justo.

Este razonamiento encierra una contradicción en sí mismo, porque si la ley en todo caso marca lo que es justo, ¿para qué el codificador se remitió a la ley y a la equidad como medios de integración?

En realidad, se recurre a la equidad porque la misma ley así lo dice, pero de aquí no se puede deducir que integrar conforme a la legalidad es hacer sólo lo que marca la ley. Es la ley la que reconoce que no tiene soluciones de integración para todos los casos, siendo imprescindible recurrir para el caso concreto, a soluciones justas que, por cierto, no fueron previstas por la ley.

Esto no es reclamar más justicia que legalidad, sino que se recurre a la justicia como un complemento imprescindible de la legalidad ante su omisión, y ello ocurre así porque la misma ley lo indica.

(75) Ob. cit., p. 492.

(76) Ob. cit., p. 179.

(77) Ob. cit., p. 242.

4.6. La buena fe

4.6.1. Concepto. Buena fe como estándar jurídico

La buena fe es alma y vida de cada contrato. Para muchos genera “temor” por las facultades que implícitamente confiere a los jueces y para otros es la “panacea” para ajustar el contrato a lo que responda a sus intereses, haciéndole decir lo que realmente no dice.

Creemos que la inseguridad puede venir no de aplicar este principio sino de ignorarlo.

Su aplicación no supone dejar la puerta abierta para la arbitrariedad o para legitimar por su intermedio que se dejen de lado las leyes o las cláusulas contractuales.

La buena fe, lejos de debilitar el sistema jurídico por el amplio espectro de normas de conducta ética a que refiere, lo consolida pues permite la adaptación a las nuevas exigencias ético sociales. De buena fe, como vimos, se pueden dar distintos conceptos pero lo importante a señalar es que se trata de un concepto general que necesita en cada caso de concreción y fue pensado con esta finalidad pues ello precisamente es lo que le permite actuar como instrumento de ajuste o flexibilización de la norma a la realidad y al respeto de los valores esenciales.

La concreción de este concepto al caso concreto depende de la naturaleza el vínculo; de la situación de las partes en lo que a su poder económico o de negociación se refiere; en fin, depende la ponderación de las circunstancias del caso concreto conforme a lo que es la experiencia jurídica y lo razonable para el caso.

La buena fe no es de imposición doctrino jurisprudencial sino que es una figura de respaldo legal que ha permitido el gran desarrollo del derecho contractual moderno a través de la jurisprudencia y doctrina pero, entendamos bien, a partir de la ley.

González Pérez⁽⁷⁸⁾ entiende que la buena fe es el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos.

Cuidado con pasarnos de rosca. Están quienes han destacado la importancia de la buena fe como elemento catalizador o corrector del

(78) *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1983, ps. 18 y 40.

contrato que lo conduce a una mayor justicia distributiva pidiéndose llegar a ajustar lo querido por las partes dentro de la legalidad.. Entendemos que este camino no es correcto pues los principios generales no pueden invocarse para dejar de lado lo acordado sino para respaldar una interpretación o integrar donde no hay previsión.

No se puede interpretar contra leguen o contra la norma privada que surge con claridad en el contrato. Cuidado con las novelorías o con los abusos de este noble instrumento. “El cuchillo es muy bueno para comer pero malo para matar”.

Como principio general coexiste con otros no menos importantes, como el de la autonomía privada. Con este no se imponen sino que se complementan.

Desde nuestro punto de vista, definir en forma concreta la buena fe, particularmente desde el punto de vista objetivo, es una tarea un tanto ilusoria pues supondría dar un contenido a lo que en esencia es *una norma en blanco*, un estándar jurídico, como ya se refiriera.

No es un camino acertado definir y cambiar términos aludiendo a que actuar de buena fe en sentido objetivo supone asumir una conducta de probidad, lealtad, honestidad. Nos preguntaremos en el caso que es ser honrado.

En realidad se está ante una técnica legislativa por la cual se delegan facultades al juez para que con autonomía y discrecionalidad disponga en el caso concreto una legitimación de proceder ante una conducta errónea (buena fe subjetiva), o establezca cuál es la conducta exigible a las partes (buena fe objetiva). Por esta vía se logra mayor flexibilidad y ductilidad en el ajuste del contrato a la norma.

Queda claro que la fuerza vinculante no depende sólo de la voluntad partes sino de la norma y que ésta impone el deber de actuar de buena fe en forma no dispositiva sino imperativa, o sea se impone a la voluntad de las partes excluyendo el pacto en contrario. La referencia en el artículo 1291 del CC al término “deben” (ejecutarse de buena fe) está marcando el perfil imperativo de este principio que involucra al orden público.

4.6.2. Aspectos metodológicos

Podríamos decir que una de las funciones más importantes de la buena fe en el derecho, y en particular en el derecho contractual, es la de permitir comprender la esencia de un “enfoque tridimensional” de lo que es la realidad del contrato en el que la norma o el contrato, la

moral (los valores) y la realidad socio económica a la que pertenecen, se deben interrelacionar necesariamente.

La adaptabilidad del contrato a la norma, a la moral, a la realidad económica y social se logra a través de la buena fe. Y este proceso de adaptación permite que nuestro derecho contractual se ajuste a la realidad y sea humano y solidario.

Los viejos y falsos paradigmas que distorsionaron al contrato, como el de presuponer que todos somos iguales, que todos somos libres y que todo contrato es justo y que, en principio, llevaron al contrato a una crisis, fueron superados con proyecciones de la aplicación del principio de la buena fe.

Su plena vigencia brinda confianza y esperanza en el futuro del contrato como instrumento justo de interrelación de intereses. En miras al bien común.

4.6.3. Permite la integración de valores al contrato; la debida ponderación de "lo razonable". Equilibra y humaniza al contrato

Permite que valores esenciales imperen en el orden jurídico permitiendo, por ejemplo, que la razonabilidad, la solidaridad, el equilibrio se prioricen en la relación contractual.

Razonable es lo justo, lo equilibrado, lo moderado, lo prudente lo que surge del sentido común.

Permite determinar qué es posible exigir en la conducta debida.

Se entenderá por razonable, y por tanto exigible, lo que cualquier persona actuando de buena fe que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, considerare como tal. En especial para determinar aquello que sea razonable habrá que tener en cuenta:

i) la naturaleza y objeto del contrato,

ii) las circunstancias del caso; y,

iii) los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que se refiera (art. 1.302 de Principios Lando)

Por referir sólo a un ejemplo tenemos presente lo regulado en el art. 79 de la Convención de Viena de 1980 cuando dispuso: "el deudor no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones si prueba que la falta de cumplimiento se debía a un impedimento ajeno a su voluntad y sino cabía razonablemente esperar que tuviere en cuenta el impedimento en el momento de celebración

del contrato, que lo evitase o superase o evitase o superase sus consecuencias”

4.6.4. La buena fe como vértice del sistema contractual

Quien marcó a fuego la importancia de la buena fe en el derecho fue Betti⁽⁷⁹⁾ cuando sostuvo que toda comunidad se sustenta en una exigencia ético social (en un valor insoslayable que es el necesario respeto de la personalidad ajena y el deber de colaborar con los demás); ello es una exigencia moral jurisdizada en el principio de la buena fe que se concreta en la máxima de Kant “compórtate de tal manera que la norma de tu actuar pueda llegar a formar parte integrante de la legislación universal”. El tema adquiere singular trascendencia cuando advertimos que, en realidad, todos los principios básicos del derecho contractual “hacen vértice” en el principio general y superior de la buena fe. Así, el principio de la autonomía privada, el principio de la fuerza vinculante, el principio del relativismo, el principio de la equivalencia de las prestaciones, el principio del con sensualismo... coexisten e interaccionan con el principio general de la buena fe.

4.6.5. No es algo subsidiario

Comenzamos señalando que la buena fe no opera como valoración de segundo grado, opinión ésta que fue vertida en nuestro derecho por Gamarra⁽⁸⁰⁾. Es un grave error pensar en la buena fe como algo subsidiario o complementario, a lo que se debe recurrir sólo cuando la norma contractual no prevé, sino que, por el contrario, es algo que coexiste, convive e interacciona con lo previsto por las partes en todos los casos.

4.6.6. Como expresión de un principio general y fundamental del derecho contractual cumple funciones diversas

- **Función informadora y legitimante:** varias normas del Código Civil están fundadas en lo que supone actuar de buena fe
- **Función interpretativa:** facilita la interpretación tanto de las normas como del contenido del mismo contrato. Lleva a la adaptación del contrato a la moral a las buenas costumbres y además permite la aplicación del principio de la razonabilidad. La interpretación debe realizarse acorde al sentido que le pue-

(79) Teoría general de las obligaciones, T. I, Madrid, 1989, p. 71.

(80) Tratado, T. XVIII, p. 302.

de dar a lo acordado una persona razonable de la misma condición que las partes

- **Función integradora** que es la que nos ocupa en este análisis, y que parte de la ponderación **objetiva de la buena fe** como regla de conducta a la que en principio deben someterse las partes del contrato como en general o los sujetos de cualquier relación obligatoria.

La buena fe cumple una función normativa e integradora Se debe actuar con lealtad honestidad probidad confianza en la conducta asumida por las partes. Éste es el criterio rector en la integración del contrato y o que en el caso supuso actuar de esta forma.

La buena fe como fuente de obligaciones denominadas implícitas: destaca Roppo⁽⁸¹⁾ se convierte en fuente de obligaciones autónomas. Como lo veremos en los Principios UNIDROIT art. 5.2. en los Principios Lando (art. 6:102) y en el Proyecto de Código de los contratos de Pavía (art. 32).

Porque los contratos se deben ejecutar de buena fe obligan no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que sean conformes a la ley la equidad los usos o la ley. O sea la buena fe es puente de paso al contrato de elementos esenciales.

4.6.7. Qué es lo que debe ser de buena fe: ¿"La conducta de las partes" o las "consecuencias" del contrato?

La exigencia del proceder de buena fe en principio está dirigida a cuál debe ser la conducta de las partes en parámetros de proceder transparente, leal, honesto, solidario.

Pero al tenor del art. 1291 inc. 2º del CC advertimos que la buena fe está referida también a las "consecuencias" del contrato, o sea, al alcance de las prestaciones y aquí la aplicación de sus proyecciones integrativas es notablemente superior pues se piensa en la posibilidad de conversión, reducción... tema al que volveremos.

Para Rodota⁽⁸²⁾ la buena fe opera como principio límite de la autonomía de la voluntad y es un instrumento para acentuar la valoración objetiva del acto, dado que considera la posición de cada una de las partes respecto de la otra. Como buena fe objetiva marca pautas de

(81) Ob. cit., p. 416.

(82) Ob. cit., p. 145.

conducta debida entre las partes: lealtad en la interpretación, preservación y tutela de los intereses de la contraparte con la idea de colaboración. La buena fe cuestiona la deslealtad y propicia a cada parte la colaboración con la otra.

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

Con frecuencia quienes analizan la función integradora de la buena fe priorizan su enfoque objetivo como norma de conducta y dejan de lado un aspecto de su vigencia del que se han derivado efectos integrativos importantes como ser el significado subjetivo y su proyección en el mismo contrato.

La buena fe subjetiva contribuye a atribuir una legitimación y provoca en el sujeto la adquisición de una cualidad en reconocimiento de una creencia razonable. Se protege a la persona como si tuviera derecho a la titularidad que ostenta aunque no la tenga.

La persona procede como si fuera titular y no lo es por ignorancia o desconocimiento. No sabe que está dañando a un tercero ajeno. Confía en una apariencia. Si no hubiera buena fe el proceder sería antijurídico. Esta forma de razonar se explica normalmente con relación a la titularidad de ciertos de derechos reales.

La buena fe subjetiva facilita la adquisición de un derecho o evita su pérdida y opera en favor del que actuó sin culpa.

La buena fe subjetiva tiene dos áreas claramente diferenciadas: a) la creencia en la apariencia de titularidad de derecho generada por un tercero; b) la creencia de titularidad de derecho propio que realmente no se tiene.

En nuestra opinión, la buena fe subjetiva refiere al estado de conciencia o convencimiento del individuo de estar actuando conforme a derecho. Es subjetiva pues depende de la intención o íntima convicción del sujeto. Se sustenta en la ignorancia o creencia errónea, y por tanto excusable, acerca de la situación real del bien o de la situación jurídica propia de cierta persona.

A la buena fe subjetiva en términos concretos aluden diversas disposiciones del Código Civil uruguayo. En este sentido podemos tener presente los artículos 693, 691, 694, 1207, 1312, 2101, entre otros.

Pues bien de este enfoque subjetivo de la buena fe se deriva como criterio rector el principio de la protección de la confianza en la apariencia legítima lo que a partir de la vigencia del Derecho de Consumo

adquiere especial significación y genera incluso nuevas formas de integración, por ejemplo, de la publicidad al contrato.

Alpa⁽⁸³⁾ sostiene que los principios fundamentales de la contratación son el de la libertad de contratación; el de la confianza y el de la buena fe. Hoy no sólo importa “lo querido” sino la tutela de la confianza del que creyó legítimamente en una apariencia. Se tutela la legítima expectativa.

Todo ello sustenta la vigencia plena del principio de la buena fe tanto en su dimensión subjetiva como objetiva. Desde esta óptica la buena fe relevante en el derecho contractual no es sólo objetiva pues se tutela la apariencia y la legítima creencia que pudo haber generado lo declarado, lo que da especial protagonismo en estos casos a la buena fe subjetiva. Importa sobremanera tener presente que los principios fundamentales de la contratación entre sí coexisten y se determinan mutuamente, no existiendo prioridades o sobreposiciones entre ellos.

Como un derivado del principio general de la buena fe surge el principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima que opera, según los casos, como factor de atribución de obligaciones y responsabilidades, sea en el ámbito contractual o extracontractual.

Es básico en todos los órdenes de la convivencia humana tutelar la confianza en lo que se presenta como real objetivamente. Larenz⁽⁸⁴⁾ señala que el ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla porque poder confiar es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres. Quien defrauda la confianza contraviene el derecho.

En el ámbito del negocio jurídico este principio es básico pues respalda el significado de lo declarado. De lo que significan las **conductas concluyentes** e, incluso, como ya lo dijéramos, opera como fundamento de vínculos obligacionales en contratos con verdadera de ausencia de consentimiento, como es el caso, por ejemplo, del contrato por adhesión⁽⁸⁵⁾.

Como lo destaca Weingarten⁽⁸⁶⁾ las relaciones humanas se guían por cierta lógica y razonabilidad. Por ello las conductas asumidas de-

(83) *I principi generali*, Milano, 1993, p. 269.

(84) *Derecho justo*, p. 91.

(85) ORDOQUI CASTILLA, *Derecho del consumo*, Montevideo, 2001, p. 187.

(86) *La confianza en el sistema jurídico*, Cuyo, 2002, p. 23.

ben tener coherencia en los comportamientos. Quien obra de acuerdo con una apariencia de credibilidad que luego es defraudada en perjuicio del que puso su confianza en ella, merece la protección del derecho y esto es válido en lo contractual o extracontractual.

La confianza es la creencia de una expectativa objetiva por la que actuando diligentemente se toma como cierta una información o un hecho que realmente no lo es. Con la vigencia de este principio se vuelve exigible lo captado como expectativa razonable.

No se depende de lo declarado sino de lo mostrado, o de la misma situación jurídica de la que surge la expectativa. Para Larenz⁽⁸⁷⁾ el principio de la confianza tiene un componente ético fundamental (asumir las consecuencias de los propios actos) y otro que orienta a la seguridad en el tráfico. Uno y otro son inseparables.

El principio de la tutela de la confianza en la apariencia objetiva y justificada significa dar prioridad a lo objetivamente declarado por razones de protección a la buena fe y a la seguridad jurídica.

La confianza aparece para sustituir los déficits del planteo del consentimiento como fuente de la relación obligacional. Se protege la confianza para tutelar la seguridad, la buena fe, en poder creer legítimamente en apariencias tal como se presentan.

Con la tutela de la confianza se evitan riesgos y se limita la industria del engaño. Se puede confiar en que lo que se le vende a una persona está en buen estado, funciona, está dentro de la ley... Con las necesidades de seguridad, automatización, despersonalización... se necesita tutelar o proteger la confianza pues en ella se funda verdaderamente la fuerza vinculante del contrato.

La consecuencia práctica fundamental de este enfoque está en que se comienza a considerar como integrando el contrato lo que se presenta como aparente por ejemplo en la publicidad que se pueda hacer sobre el contenido del mismo especialmente en el ámbito de las relaciones de consumo.

4.6.9. Buena fe pasiva y activa

El proceder acorde a las exigencias de la buena fe objetiva implica no proceder con deslealtad deshonestidad...sino que desde el punto de vista activo se debe solidaridad y colaboración a la otra parte. Esto

(87) Ob. cit., p. 95.

supuso una forma importante de integración del contrato en los últimos años.

Bianca⁽⁸⁸⁾ entiende que del deber de actuar con lealtad se derivan los siguientes deberes:

A) se deben realizar las conductas necesarias para colaborar con la tutela de los intereses de la contraparte. O sea lleva implícito un deber de solidaridad o de colaboración. Cada una de las partes asume el deber de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no compromete un sacrificio apreciable.

B) deber de comunicación de todo lo que sea relevante a la para la ejecución del contrato.

C) el deber de lealtad como proyección de la buena fe en la conducta debida por las partes lleva como destaca Bianca(ob.cit.) a tres comportamientos: no suscitar intencionalmente una falsa confianza, no especular con una falsa confianza, y no desconocer la confianza que razonablemente se ha generado en la otra parte.

Como dijera De Lucas⁽⁸⁹⁾: “la humanidad está condenada a vivir una época de solidaridad si no quiere conocer la barbarie”

4.6.10. La buena fe como norma de “orden público”

Rodota funda la buena fe en artículos de la Constitución que refieren la solidaridad a la igualdad y paridad.

Esta norma de conducta debida se impone incluso a lo que las partes hubieren previsto pues entendemos que es una norma de orden público y que refleja la vigencia de un principio general del derecho que traduce en todo caso el interés general. Se respalda en una moral social y en un fundamento ético.

La buena fe en su función integradora está reconocida en el art. 1291 inc. 2º del CC al expresar: “Todos (los contratos) deben ejecutarse de buena fe y en consecuencia...” Corresponde poner atención en este verbo pues marca el carácter imperativo de la norma y evidencia que la buena fe no cumple un rol meramente supletorio sino que es imperativa y de orden público⁽⁹⁰⁾.

(88) *Diritto Civile* T. 3, Milano, 1998, p. 479.

(89) *El concepto de solidaridad*, México, 1993, p. 9.

(90) BIANCA, *Diritto Civile*, T. III, ob. cit., p. 501).

En el contrato no puede existir nada que implique apartarse a este deber de conducta pues de lo contrario se entraría en el terreno de lo ilícito y posiblemente en el de las nulidades.

La buena fe opera como límite al ejercicio de la autonomía privada no pudiendo las partes por mutuo acuerdo limitar sus alcances. A través de la buena fe pueden quedar delimitados derechos y obligaciones entre las partes y además obliga a tener presente el interés de la otra parte pensando en una posible colaboración.

El juez no aplica el criterio que a él le parece es conforme a la lealtad y honestidad, sino que tiene que aplicar los conceptos de mayor aceptación en lo que respecta a cuál era la conducta debida. El juez actúa de esta forma porque la ley así lo indica.

La buena fe en su función integradora es realmente de orden público y no pueden las partes de común acuerdo disminuir o dejarla sin efecto.

Lo expuesto tiene una especial significación práctica, podemos decir casi revolucionaria, en la importancia de la integración en el mañana pues, como dice el propio Bianca⁽⁹¹⁾, la buena fe al ser valorada como de orden público es fuente primaria de integración que comienza a prevalecer incluso sobre lo acordado por las partes. Se comienza a plantear la función correctiva de la buena fe a la que se hará referencia luego. En realidad no es correctiva o sustitutoria sino que marca hasta dónde no puedo llegar, luego de lo cual aparece su vigencia no por sustitución sino por complementación.

Pero que la buena fe sea de orden público no legitima de por sí que el juez la pueda invocar la cambiar u contrato sin que medie otra causa de justificación como puede ser la abusividad, la ausencia de previsión en el contrato.

No se puede modificar el contrato por imperativos de la buena fe corrigiéndolo sin más.

La buena fe no esta llamada a hacer desaparecer a la autónoma privada sino a fortalecerla equilibrarla pero no a destruirla.

Scognamiglio⁽⁹²⁾ cuestiona seriamente la función correctiva de la buena fe.

(91) Ob. cit., n. 253.

(92) *La interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 426.

La coexistencia del principio de la fuerza vinculante del contrato con el principio de la buena fe no es de contraposición sino de complementación.

4.6.11. Otras proyecciones de la función integradora de la buena fe

En la actualidad el tema central en controversia radica en determinar si la buena fe opera a través de una forma de integración supletoria o imperativa.

Si es meramente supletoria no puede ajustar lo querido por las partes pero si es imperativa puede oponerse a ello y operar como fundamento de posibles rectificaciones o correcciones. Más allá de que en el campo teórico esto es posible, pues la buena fe es de orden público, este planteo es muy resistido pues dejaría en manos del magistrado el futuro del contrato.

La función integradora orientada a partir de la buena fe se proyecta al contrato desde diversas sub-funciones que no son más que formas de integración:

I. Función integradora por creación de normas jurídicas: aparecen en el contrato obligaciones que las partes no previeron como ser la obligación de seguridad de informar de secreto profesional fundadas en lo que el caso era un proceder del buena fe. En la actualidad se alude al tema en el Código de los Contratos de Pavia como “obligaciones implícitas” art. 32, 44.

En ocasiones a través de la buena fe integradora se crean obligaciones como la seguridad, información, confidencialidad, en otros casos opera como limite el ejercicio abusivo de un derecho.

II. Función integradora por adecuación: cuando la prestación es alterada sustancial por un hecho sobreviniente que causa excesiva onerosidad debiéndose la prestación adecuar (integrar) a las nuevas circunstancias revisando el valor de las prestaciones.

En nuestro país se dio la discusión de la integración del contrato a partir de la buena fe para justificar la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente. Nos remitimos a lo escrito en la obra *Des-equilibrio de los Contratos*⁽⁹³⁾.

Debemos tener presente que sobre lo imprevisto no hay nada previsto y por tanto la aplicación de la buena fe para justificar la adecua-

(93) ORDOQUI CASTILLA, Montevideo, 2008, ps. 195 y ss.

ción del contrato no afecta el principio de la fuerza vinculante del contrato pues contratar en dólares no es prever toda forma de excesiva onerosidad sobreviniente.

III. Función integradora de reducción (o correctiva): Uno de los aspectos esenciales en los que se detecta la evolución del derecho contractual moderno lo encontramos en la debida ponderación de la abusividad de las cláusulas contractuales estudiadas primero en los contratos por adhesión y hoy con carácter general.

La dimensión de esta abusividad está detectada por el proceso integrativo de la buena fe al contrato. Opera como instrumento para detectar los claros e injustificados desequilibrios prestacionales.

La teoría de los límites de la autonomía privada, establecida tradicionalmente en la ley, el orden público, las buenas costumbres, hoy se extiende en dos ámbitos:

a) al “abuso” que se pueda detectar en su clausulado.

Es de destacar que en los Principios UNIDROIT, art. 3.10 (Excesiva desproporción) y en los Principios Lando (art. 4.109) se alude al provecho excesivo o ventaja desleal.

b) la función social del contrato considerada a partir de la limitación que en la Constitución se hace de la propiedad al interés general (art. 32).

Ante la abusividad de las cláusulas se prevé en el derecho del consumo (art. 31 lit f de la ley y 17.250) que la inclusión de estas cláusulas dará derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el juez integrará el contrato.

Aquí no se está ante un caso de integración típico por falta de previsión de las partes sino porque lo que previeron fue nulo parcialmente y hay que sustituirlo o adecuarlo. La interrogante aquí es cómo se procede a la misma. La duda es si se recurre a la buena fe a la equidad.

La respuesta está en que, en principio, si se sustituye una cláusula nula parcialmente por no haberse respetado una norma, ésta es la primera que debe aplicarse.

No es muy realista pensar en recurrir a intenciones presuntas de las partes cuando el contrato es por adhesión, sustentado en la voluntad prioritaria de una de ellas.

Creemos que tratándose de situaciones análogas pero no idénticas, el proceso de integración del art. 31 de la ley 17.250 se debe regular por el art. 1291 inc. 2º del CC.

La buena fe en la realización de este proceso de integración es básica. Comienza estando referida en el mismo artículo 30, al delimitar lo que se entiende por abusivo. Cuando en estos casos cumple una función integradora no alude tanto a cómo deben ser las conductas sino a cómo debe ser el efecto supletorio del contrato. El consumidor puede tener una legítima expectativa de lo que podía y debía establecer el contrato en un caso de normalidad y razonabilidad y es a ello a lo que debe tender el juez en el momento de la adecuación por integración.

Por un lado, la buena fe opera como instrumento para la determinación de posibles claros e injustificados desequilibrios entre las prestaciones y al mismo tiempo opera luego para restablecer el equilibrio perdido, cuando es posible la adecuación por integración ante un caso de nulidad parcial.

Se deja de lado la cláusula abusiva y la integra, o sea, la reduce a lo que surgiría de la aplicación del orden jurídico vigente⁽⁹⁴⁾.

Por último, queda realizar una breve reflexión sobre la equidad y la buena fe como instrumentos de integración. Para algunos, entre ambos no existen grandes diferencias⁽⁹⁵⁾; para otros, mientras que la

(94) Otras aplicaciones:

- Función controladora de la coherencia de conductas. en la aplicación de la denominada teoría de los actos propios, como se integra el contra debiendo asumir como correcta sólo conductas coherentes.
- Función controladora del límite del sacrificio exigible. En la actualidad se aplica la función integradora para hacer cesar la exigibilidad de la prestación cuando se pretende una conducta.
- Función calificadora de la gravedad del incumplimiento.
- Función convalidadora.
- Función de colaboración con la parte para que pueda cumplir con su prestación.
- Función correctora debiendo retarse para corregir errores o aclarar equívocos.
- Función controladora de abusos prohibiendo ejercitar derechos de forma lícita pero en forma desleal o dañosa para la contraparte en forma injustificada.
- Función igualadora no permitiendo que se realicen discriminaciones injustas respecto de otras contrapartes debiendo regularse por el principio de igualdad de trato a igualdad de situación.

(95) RODOTA, ob. cit., p. 118.

equidad apunta a preservar la igualdad, la proporcionalidad, la buena fe se orienta principalmente a exigir solidaridad, colaboración, razonabilidad, respecto del otro contratante.

4.6.12. *En el Derecho Argentino*

Es de destacar que en el derecho argentino el art. 1198 del CC ordena: “los contratos obligan no sólo a lo que formalmente está expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos..., ello supone que los contratos deben ejecutarse y cumplirse de buena fe”. El antecedente art. 1135 del CC francés es similar al uruguayo.

Como ha dicho Mosset Iturraspe⁽⁹⁶⁾ la integración del contrato con lo implícito o presupuesto es una consecuencia de la buena fe.

En la nueva versión del art. 1198 (del año 1968 ley 17.711) se dispuso: “los contratos deben celebrarse interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”.

La buena fe como rectora de la integración contractual tiene una gran relevancia pues permite dejar atrás una visión individualista del contrato para verlo desde una óptica solidarista de la que surge el deber de colaborar con los demás.

4.7. Los principios generales

4.7.1. *Concepto*

Los principios generales del derecho son los justificativos de las normas, responden siempre a lo justo y sirven principalmente para orientar el derecho a lo justo. Operan como directivas que justifican el carácter racional de todo el ordenamiento. Para Larenz⁽⁹⁷⁾ son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible.

Se imponen por su propia fuerza persuasiva y por representar la consagraron de un valor considerado como esencial. Como afirmara Puig Brutau⁽⁹⁸⁾, tienen su justificación en su propia verdad Los principios generales evocan los valores esenciales del sistema jurídico y de allí su relevancia y aplicación ineludible.

(96) *Justicia Contractual*, Santa Fe, p. 125.

(97) *Derecho justo. fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1993, p. 32.

(98) *Introducción al derecho civil*, Barcelona 1981, p. 181.

4.7.2. Origen

En una época de ciego positivismo, hoy en gran parte superada, en la que el derecho no era más que la norma, se entendía que estos principios se deducían únicamente de la norma. Hoy sabemos que todo el derecho no está sólo en la ley⁽⁹⁹⁾.

A los principios generales como fuente de integración del orden jurídico todo y, por tanto, del derecho contractual, se remiten los arts 332 de la Constitución de la República, el art. 16 y especialmente el 1260 del CC.

Prat-Montano⁽¹⁰⁰⁾ con acierto sostuvieron que el derecho es una idea derivada que se apoya en principios superiores que son propios de la naturaleza humana. La persona tiene por su propia naturaleza valores (la vida, la solidaridad) que el derecho debe respetar. Estos principios se deben basar en un análisis de la de la persona humana como ser racional.

Estos principios están en la misma naturaleza humana. La Constitución de la República los reconoce como naturales a la persona (art. 72) considerándolos como inherentes a su personalidad.

Vigo⁽¹⁰¹⁾ señala que el derecho surge de la naturaleza.

Con realismo Ferreira Rubio⁽¹⁰²⁾ destaca que la prueba más clara de que estos principios son de derecho natural y están en la conciencia y razón humana esta en que aun el más lego puede formular —aun sin la menor precisión técnica— la mayoría de estos principios.

4.7.3. Función integrativa

De los Mozos⁽¹⁰³⁾ señala que la función principal de los principios generales del derecho es integrar el orden jurídico. No es acertado el enfoque positivista de que estos principios son simplemente representativos de las principales ideas del orden jurídico, presuponiendo la plenitud de éste.

(99) ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Montevideo, 2005, ps. 7 y ss.

(100) “Concepto, naturaleza jurídica de los principios generales del derecho y su jerarquía normativa”, *Anuario de Derecho Administrativo*, T. XI, p. 63.

(101) *Interpretación Jurídica*, Santa Fe, 1999, p. 76.

(102) *La buena fe. Principio general de derecho*, Madrid, 1984, p. 33.

(103) *Metodología y ciencia del derecho privado moderno*, Madrid, 1977, p. 107.

Los principios generales no dependen de las normas sino que le anteceden y operan como informadores de las mismas, dando unidad y coherencia al sistema jurídico posibilitan la armonización y coordinación entre las diversas disposiciones y lejos de ser algo secundario subsidiario o supletorio son algo esencial rector y jerárquicamente superior.

Son instrumentos de integración interpretación y delimitación dentro del orden jurídico como un todo.

4.7.4. *Necesaria revalorización de los principios generales del derecho*

Larenz⁽¹⁰⁴⁾ considera como un error pensar que los principios generales son subsidiarios y se limitan a una deducción o generalización de la norma. El proceso es el inverso: es necesario partir de las pautas de valor que subyacen bajo la norma y en los cuales esta se funda El principio general no es porque este en las normas son que es principio general porque en las normas aparece reconocido como criterio rector preexistente.

4.7.5. *La integración del contrato por principios generales*

La primera pregunta que debemos formularnos es de donde se deduce que los contratos se puedan integrar a partir de principios generales. La pregunta en nuestro derecho tiene respuesta normativa concreta, por cierto muy valiosa, que está en el art. 1260 del CC que, al regular los contratos innominados señala: *“Los contratos, ya tengan o no denominación particular están sujetos a unos mismos principios generales.”*

El derecho contractual se integra con principios generales al derecho todo como es el principio de la buena fe, y además, se integra con principios propios del derecho contractual, como ser el principio del favor debitoris o favor debilis.

4.7.6. *“Los tipos” contractuales y su integración*

Los contratos se califican en típicos o atípicos (o nominados o innominados) no porque tengan o no denominación preexistente sino porque pueden o no tener regulación genérica o específica en el orden jurídico. Como señala Messineo⁽¹⁰⁵⁾ no alcanza con tener nominación

(104) Ob. cit. p. 35.

(105) *Doctrina general del contrato*, Bs. As., 1986, p. 378.

para ser contrato nominado sino que se debe tener regulación jurídica propia.

Lorenzetti⁽¹⁰⁶⁾ señala como la dinámica del mundo moderno propicia la creación de relaciones contractuales siempre nuevas proliferando cada vez más vínculos denominados atípicos.

Con la identidad de “contrato” circulan acuerdos que están “tipificados” o sea ordenados en forma expresa en el orden jurídico con denominación y regulación propia. El contrato es típico o atípico (o nominado o innominado) según que cuente o no con regulación propia.

Durante un primer periodo sólo se podía aludir a este tipo de contratos pues eran los previstos por la norma.

Pero al admitir que la autonomía privada fuere fuente de obligaciones comienza a desarrollarse progresivamente el proceso de atipicidad.

Como ya vimos calificar el contrato es tipificarlo o sea determinar la normativa del tipo preexistente que se le aplica. Ej. se determina si lo acordado es una compraventa en atención al contenido de sus cláusulas o sea, se analizan las obligaciones y el fin perseguido por las partes y de allí se deduce el tipo aplicable.

4.7.7. Integración de los contratos típicos:

Los **contratos típicos** en todo caso y desde su mismo origen, como lo señala Lorenzetti (ob. cit., p. 29), están integrados:

- i. por las **normas generales** relativas a los contratos y las obligaciones en general;
- ii. las **normas imperativas** correspondientes al tipo más afín;
- iii. las **normas supletorias** correspondientes al contrato tipo más afín.

4.7.8. Integración de los contratos atípicos

Las consecuencias de la calificación o tipificación son que a partir de ese momento se tienen normas aplicables provenientes del tipo contractual y del acuerdo de partes al mismo tiempo y con igual jerarquía. Ello permite la interpretación e integración del contrato e incluso

(106) *Tratado de los Contratos*, Santa Fe, 1999, T. I, p. 15.

la posibilidad de rectificar y ajustar lo previsto por las partes a normas de orden público.

Los contratos atípicos carecen de referentes expresos en la norma y para estos casos la norma ha previsto su integración *a partir de los principios generales de la contratación* (art. 1260 del CC).

Esta norma está señalando que si bien se tiene libertad de contratar y de crear el tipo de contrato que nos parezca, en todo caso se deben respetar ciertas bases que están marcadas precisamente por los principios generales de la contratación.

De lo expuesto se concluye que la autonomía de la voluntad tiene efecto creador original pero no final. La norma autoriza a crear pero las consecuencias de lo creado deben ajustarse al sistema jurídico que aparece para encauzar lo creado darle validez y eficacia en la medida en que se respete el orden jurídico.

La autonomía de la voluntad dejó de ser el fundamento único de la fuerza vinculante del contrato, estando este fundamento en la norma y en su proceso de integración a la autonomía privada.

Si no se sabe ver este proceso de integración a la autonomía de la voluntad con la norma, no sabremos ver la verdadera dimensión del contrato.

Cuando señalamos que el contrato atípico se debe integrar por los principios generales de la contratación, ello quiere decir que se debe recurrir a:

i) la normativa general prevista sobre el contrato como teoría general referente al tipo abstracto “contrato”, que es precisamente de donde se deducen estos principios generales contractuales subyacentes y que coexisten con esta misma normativa. De aquí se deriva el determinar si se está ante un contrato y si este es válido y eficaz. Se aplican en esta instancia el principio de la libertad contractual el del relativismo el de la buena fe etcétera.

ii) luego está propiamente el “reglamento” previsto por las partes.

En nuestro país Gamarra⁽¹⁰⁷⁾ no considera lo convenido por las partes contratantes como integrante de la disciplina jurídica aplicable a los tipos contractuales atípicos los que, a su juicio, estarían integrados por los principios generales y la analogía. Como los principios ge-

(107) *Tratado*, ob. cit., T. IX, p. 223.

nerales son insuficientes para determinar la regulación del contrato atípico, se debe acudir a la analogía. Con acierto Rodríguez Russo⁽¹⁰⁸⁾ sostuvo que este enfoque es errado pues lo primero que se debe considerar son las normas creadas por las mismas partes cuyas voluntades concurren a la generación de ese negocio jurídico convencional contractual no tipo.

iii) la integración de los contratos atípicos se realiza además con todos los elementos de integración propios del contrato en su ejecución de buena fe como ser la equidad, los usos o la misma ley (art. 1291 del CC).

iv) Siguiendo a Gete Alonso⁽¹⁰⁹⁾ damos especial relevancia a la función de la causa contractual como criterio de ponderación e integración de la tipicidad del acuerdo.

4.7.9. Principios generales derivados de los principios generales de la buena fe

Corresponde volver a la buena fe como principio general del derecho y de orden público para señalar que a su vez, como tronco frondoso, posibilitó el desarrollo de otros principios que son hoy el verdadero sustento del derecho contractual y la seguridad de que el derecho contractual del mañana está orientado en la seguridad y el bien común.

La importancia del principio general de la buena fe queda establecida cuando se determina que de su evolución han derivado principios fundamentales del derecho contractual como son, entre otros:

- a. El principio del equilibrio prestacional;
- b. El principio de igualdad jurídica de las partes;
- c. El principio de la equivalencia económica;
- d. El principio de la tutela de la confianza en la apariencia legítima;
- e. El principio de la transparencia;
- f. El principio de la razonabilidad;
- g. El principio protectorio;
- h. El principio de la cooperación;

(108) "Contribución para la determinación del régimen jurídico aplicable a los tipos contractuales atípicos", *ADCU*, T. XXIX, p. 540.

(109) *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, ps. 18 y 19.

- i. El principio “favor contractus”;
- j. El principio de la congruencia o de la realidad;
- k. El principio de la coherencia;
- l. El principio de la correspondencia.

Estos principios fueron desarrollados en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2008* en el artículo “Reflexiones sobre la buena fe contractual”.

4.8. La naturaleza del contrato

Un aspecto poco estudiado en el desarrollo de nuestro tema pasa por considerar que la norma (art. 1291) se remite además a la consideración de la naturaleza del contrato a la hora de su integración. La norma ordena “...obligan no sólo a lo que en se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a...”. ¿Qué significa esto? En este término existe una clara referencia a la consideración de la causa del negocio o sea a su finalidad. Cada contrato se debe a un fin social económico que cumplir que le da sentido y justificación jurídica que no debe ser olvidado.

Vemos en el art. 1198 del C. C. Argentino una referencia implícita a la naturaleza del contrato a los efectos integrativos cuando se ordena: “Los contratos obligan no sólo a lo que formalmente está expresado en ellos sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieren sido virtualmente comprendidas en ellos” (art. 219 del C. Co.). Estas consecuencias son las que surgen de la naturaleza del negocio o sea de su misma causa fin.

4.9. La analogía

Cariota Ferrara⁽¹¹⁰⁾ entiende que no es posible en el contrato la extensión analógica porque en los negocios jurídicos debe estarse a la voluntad de las partes y la analogía estaría evidencia la falta de esta. y donde falta la voluntad falta el negocio.

Este enfoque presupone que se puede considera la voluntad al margen de la norma y esto no es así pues la voluntad de las partes conforma desde el origen del contrato una unidad con la normativa respectiva y sobre esta no podemos tener dudas que procede la ana-

(110) *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1958, p. 616.

logía con lo que la analogía al integrar la norma termina por integrar el contrato.

Con carácter general, el orden jurídico asume que el derecho se integre por los fundamentos de las leyes análogas y si todavía subsistiere la duda, se recurrirá a los principios generales del derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso” (art. 16 del CC). Se trata de resolver un caso no previsto con uno similar previsto.

Para que proceda la analogía, como advierte Mosset Iturraspe⁽¹¹¹⁾ se requiere la semejanza y la identidad de razón, siendo requisitos para su aplicación:

- a) que exista una laguna en la ley o en el contrato;
- b) que concurra la misma *ratio decidendi* o igualdad jurídica esencial entre el supuesto regulado y el que no lo está; y
- c) que no exista la prohibición de recurrir a la analogía.

En realidad, el principio de la integración por analogía es un principio general vigente en todo el orden jurídico interno y aplicable por tanto en la medida de lo posible al derecho de los contratos.

5. INTERPRETACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO (¿INTERPRETACIÓN INTEGRADORA?)

5.1. Generalidades

De la mano de las insustituibles enseñanzas de Betti⁽¹¹²⁾, consideramos imprescindible diferenciar lo que es la interpretación histórica del contrato de lo que es la interpretación jurídica o integradora.

Mientras que la primera trata de integrar, de reconstruir el sentido originario, la forma representativa y con ello el pensamiento común de las partes, la interpretación jurídica del contrato da un paso más. El intérprete, una vez reconstruido el sentido originario de la norma, pone en relación el pensamiento evocado de la fórmula legislativa con el presente y la actualidad.

(111) *Contratos*, Santa Fe, p. 397.

(112) *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975, ps. 97, 233, 234, 257 y 259.

Con claridad meridiana, Betti señala que en el campo del derecho contractual vigente, el oficio de interpretar que afecta al jurista no se agota en volver a conocer una manifestación del pensamiento, sino que va más allá de la mera reproducción del mismo (interpretación histórica) para integrarla y realizarse en la vida de relación en orden a la composición preventiva de los conflictos de intereses en este previsibles.

No se interpreta sólo lo declarado por las partes, sino lo declarado por estas en el contexto del sistema jurídico, y esto deja de ser una opción metodológica para ser el verdadero proceder conforme a derecho,

Messineo⁽¹¹³⁾ entiende que el concepto de interpretación integradora es intermedio entre interpretación e integración. En este caso no se busca sólo la intención común sino que se agrega lo que por voluntad extraña pero ineliminable, se debe considera incluido en ella.

La interpretación integradora contempla o apunta a la reconstrucción conjetural de lo que se hubiere declarado en una voluntad hipotética por los propios contratantes actuando como hombres razonables justos y leales.

Es por esta razón que se trata de una verdadera interpretación integradora pues no se concibe solamente el conocimiento de lo querido por las partes al margen del sistema jurídico. Repetimos que la interpretación histórica trataría sólo de reconstruir lo querido por las partes buscando los testimonios, combinándolos entre sí, mientras que la interpretación jurídica o integradora parte del dinamismo y mutua integración de lo querido por las partes con el ordenamiento jurídico, desentrañando un proceso de auto-integración. Una cosa son las soluciones a las que pudieron haber recurrido las partes en la regulación del negocio y otra los alcances que ese negocio tiene conforme a lo que surge del ordenamiento jurídico aplicable al caso.

La buena fe en la integración jurídica o integrador desarrolla los efectos propios del contrato en atención a las normas vigentes; en cambio en la integración propiamente tal, esta buena fe cumple la función de complementar el contenido no querido por las partes y aun lo que no surge del orden jurídico pero que es esencial para la ejecución equilibrada del contrato.

(113) *Doctrina general del contrato*, T. II, p. 120.

La interpretación integradora es auto integradora y no sale de los elementos que da el propio contrato, dentro de los que se incluye la buena fe como parte integral de esa misma interpretación e incluso las normas que sobre el contrato se deben aplicar en todo caso.

Flume⁽¹¹⁴⁾ afirma que la interpretación integradora opera sobre lo no previsto por las partes por omisión o desinformación, recurriendo para resolver el vacío a lo que surge del propio contexto del contrato, preservando en todo caso el equilibrio de los intereses. Se va a la voluntad hipotética de las partes por ello se trata de una interpretación objetivada.

Pero lo que importa destacar es que la labor integradora en la primera de sus funciones no precisa necesariamente de la existencia de lagunas, pues lo que corresponde interpretar no sólo surge del acuerdo de partes, sino de lo que de él se deduce. Mediante la interpretación integradora se descubre lo que las partes hubieren querido conforme a la buena fe, actuando en forma razonable, teniendo en cuenta los usos del tráfico.

Larenz⁽¹¹⁵⁾ con razón afirma que la buena fe exige que el contrato deba entenderse como querido por personas honestas y razonables según la finalidad del mismo (causa) y tomando en consideración los usos del tráfico.

Flume⁽¹¹⁶⁾ destaca que lo importante es considerar para la interpretación integrativa lo que surge de la regulación del tipo contractual pues la interpretación integradora trata de encontrar la regulación complementaria no para “este” contrato sino para un contrato semejante acorde a como pudo ser considerado por contratantes razonables actuando dentro del tipo contractual adecuado.

Se ha dicho para clarificar que existen dos tipos de lagunas, las primeras respecto a las imprevisiones de las partes en la regulación del negocio, las segundas respecto al encuadre del negocio con el orden jurídico vigente. La doctrina mayoritaria ha prescindido ya de recurrir a ficticias voluntades hipotéticas de lo que hubieran podido querer las partes, se considera que esto sería un equívoco sicologista debiéndose, en todo caso, recurrirse a lo que surge del propio sistema jurídico.

(114) *El negocio jurídico*, Madrid, 1998, ps. 387 y ss.

(115) *Derecho civil. Parte General*, Madrid, 1978, p. 745.

(116) *Ob. cit.*, p. 189.

El autor citado llega a diferenciar la interpretación integradora de la interpretación normativa cuando lo que se utiliza para comentar la voluntad de las partes es lo que surge de la misma norma. Las diferencias entre estas dos formas de interpretación “son muy tenues”.

De los Mozos⁽¹¹⁷⁾ señala que hay que distinguir dos funciones diferentes de la buena fe objetiva: 1) una función integradora, cuya serie normativa se encuentra en el artículo 1258 (nuestro art. 1291 del CC), y 2) una función interpretativa que se expresa a través de la interpretación integradora en la aplicación de los artículos 1286 (nuestros 1300, 1287 y 1302 del CC).

Entre una y otra función de la buena fe, existe la misma diferencia que media entre los usos normativos del citado art. 1258 del CC. Español (art. 1291) y los usos meramente interpretativos del art. 1302 del CC. En nuestro art. 1302, los usos y costumbres cumplen una función de integración e interpretación, mientras que en el art. 1291 del CC cumplen una función integrativa exclusivamente.

Para llenar las lagunas de interpretación o integración, antes que acudir a una ficticia voluntad hipotética, la doctrina casi unánime es partidaria de un criterio objetivo normativo, según el cual hay que atender a las exigencias que la buena fe que se imponen a un contratante razonable y honesto⁽¹¹⁸⁾. Este criterio es seguido además por otros doctrinos de prestigio como Díez-Picazo⁽¹¹⁹⁾, Vattier Fuenzalida⁽¹²⁰⁾, Serrano Fernández⁽¹²¹⁾.

Es opinión ya tradicional ordenar las normas interpretativas, en subjetivas y objetivas. Pero consideramos que debe revisarse esta opinión, pues los preceptos citados a partir del 1297 de nuestro CC exigen y admiten una organización diferente y mutuamente complementaria. De alguna forma la interpretación integradora del contrato que se propone, conforma una categoría autónoma de importante sustantividad normativa que se distingue de la interpretación objetiva, además del objeto o materia de la interpretación por el carácter integrador de

(117) *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho español*, Barcelona 1965, p. 124.

(118) LARENZ, *Derecho de las obligaciones*, T. 1, Madrid, 1958, p. 177.

(119) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* T. I, Madrid, 1993, p. 380.

(120) “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, p. 495.

(121) *Estudio de derecho comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, 2005, p. 106.

las normas que regulan y por los medios interpretativos que cada una de ellas predispone.

A modo de síntesis, en el capítulo de la Sección IV “De la interpretación de los contratos” a partir del art. 1297 y siguientes existen normas que son interpretativas integrativas, como es el caso de los arts. 1300 inc. 2º, 1302 y 1304 del CC, que en definitiva no son más que la aplicación del principio de la buena fe. Así, en el art. 1300 del CC nos remitimos a la naturaleza o al tipo y los efectos típicos del contrato; en el art. 1302 del CC nos remitimos a los usos y costumbres en el lugar del contrato; en el art. 1304 del CC nos remitimos a una aplicación del principio de la buena fe que es que en caso de duda, se debe interpretar en contra del que lo estipuló. Existe un paralelismo increíble entre estas disposiciones y lo establecido en el art. 1291 del CC.

Podemos diferenciar entonces tres ámbitos: la interpretación propiamente dicha que aspira a desentrañar el significado de lo querido por las partes al perfeccionar el contrato, la interpretación integradora que aspira a determinar ante el vacío, qué es lo que las partes hubieren querido teniendo en cuenta el orden jurídico vigente. Por último, tendríamos la integración propiamente dicha, que procede a la cobertura de los vacíos a través de la normativa vigente o del reglamento integrado con la norma o el derecho dispositivo e imperativo.

5.2. Apreciaciones críticas

No se trata en realidad de considerar lo que está implícitamente en el contrato sino de introducir lo que realmente no está en él. Partiendo de que, según el enfoque tradicional, el contrato se integra sólo con la voluntad de las partes, autores como Stolfi⁽¹²²⁾ cuestionan seriamente a este figura.

La doctrina francesa ha resistido la posibilidad de admitir la figura de la interpretación integradora pues se entiende⁽¹²³⁾ que cuando el interprete se apoya en la buena fe, en la equidad, o en los usos, en realidad lo que hace es integrar el contrato. Cuando opera la norma dispositiva en lugar de la laguna dejada por el acuerdo de partes, ello implica integración sin más. Para estos autores, por ejemplo, la equidad no cumple una función sustitutoria de la voluntad de las partes. La equidad sirve al Juez para determinar el alcance que debe tener cada una de las prestaciones.

(122) *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, 1959, p. XXXIV.

(123) TERRE, SIMLER Y LEQUETTE, *Droit civil*, París, 1999, p. 417.

En nuestra opinión, siguiendo a BETTI, la interpretación siempre está en buscar la voluntad real de las partes pero no se queda en el análisis de lo expresado sino que se considera todo el entorno de lo querido y en el proceso de auto-integración se incluyen la norma y la buena fe como criterios de interpretación rectores básicos, con lo que se trata de reconstruir el significado objetivo del acto. En realidad, ello supone un criterio de interpretación amplio.

La interpretación integradora o en sentido amplio presupone el conocimiento del contenido implícito del negocio o bien el contenido implícito. Se pasa a la integración cuando se sale de lo que abarca realmente el contrato y se va a normas supletorias o dispositivas que suplen, precisamente, esa ausencia de contenido contractual. Para BETTI lo que se deduce del conjunto del contrato aunque no haya sido previsto expresamente por las partes es atribuible a las mismas y vale como querido por éstas.

En nuestra opinión entendemos que la figura de la interpretación integrativa es de utilidad simplemente para recordar que lo que se debe interpretar en todo caso no es sólo la voluntad de las partes en su proyección histórica retrospectiva sino que el campo de interpretación es mucho más amplio y esta integrado por otros elementos que son básicos a la realidad del contrato y que no pueden ser olvidados como son repetimos, la norma la buena fe las usos y costumbres...

El otro camino es acotar el concepto de interpretación y considerar como integración todo lo que viene al contrato externo a la voluntad de las partes, pero este enfoque tiene el inconveniente de desfigurar la esencia del mismo contrato.

Se nos dice que no es posible hablar de interpretación cuando a lo que se alude es a elementos que están fuera del alcance de lo acordado por las partes.

Este presupuesto metodológico de examen es determinante y no lo aceptamos por la visión amplia integrativa de lo que se en tiende por contrato en su verdadera dimensión jurídica.

6. INTEGRACIÓN A PARTIR DEL DERECHO DEL CONSUMO

6.1. De la publicidad comercial al contrato

Sin duda el derecho del consumo marcó una época en el fenómeno de a integración del contrato. Con carácter general, la legislación mundial que regula la defensa del consumidor, asigna fuerza vinculante al

contrato a toda la información comercial que se le dio al consumidor previamente a la adquisición de un producto o servicio.

Se tutelan la buena fe y la confianza legítima del consumidor.

Lo prometido en folletos, afiches o en la publicidad estática o televisiva debe considerarse parte de la oferta aceptada, aunque luego se haya excluido del texto contractual⁽¹²⁴⁾.

En el art. 8º de la ley 24.240 de defensa al consumir se dispuso: Efectos de la publicidad. Las 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.

En el art. 14 de la ley 17.250 de relaciones de consumo de nuestro país se dispuso: “toda información, aun la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor”.

Lo importante de esta normativa está en que la oferta y la publicidad obligan y ello porque lo que se protege es la confianza y el proceder de buena fe de las partes. No se concibe que la publicidad de un producto o servicio diga algo diferente a lo que se debe establecer en el contrato respecto de sus características, virtudes, etc.

La publicidad crea expectativas legítimas que deben ser protegidas. El poder de persuasión de la publicidad orientada en técnicas de captación de marketing lleva que sea necesario proteger al consumidor ante posibles abusos que con ella se pudieren cometer.

Si la publicidad obliga e integra el contrato se actuará con cuidado en lo que se dice, pues después se puede exigir y éste es el propósito que orienta a la norma a establecer la integración de ésta al contrato.

Rige el principio de “que todo lo que se diga en la publicidad puede ser tomado en contra de quien la realiza pues obliga y formará parte del contrato aunque en él se incurra en omisiones sobre sus dichos”

El efecto integrativo de la publicidad se funda en la necesidad de proteger la confianza y ésta se debe proteger en mérito a que se debe actuar de buena fe.

(124) Ver sobre el tema ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones...*, T. I, p. 103, y “El contrato en el año 2000. Protección de la Confianza: integración de la publicidad al contrato”, *Anales del Foro*, núm. 123; *Derecho del consumo*, Montevideo, 2000, p. 92.

6.2. Integración del contrato en los casos de nulidad parcial por cláusulas abusivas (art. 31 de la ley 17.250)

La aplicación del “principio de la conservación del contrato” ha llevado a la necesidad de proceder a la integración del contrato cuando sobre éste se dispone la nulidad parcial, que afecta a alguna de sus cláusulas (ej., cláusula abusiva).

Esta integración se realiza sobre la base del respeto y aplicación de las normas que fueron transgredidas, y procede realizarla judicialmente⁽¹²⁵⁾.

El tema cuenta con regulación expresa en el ámbito de la ley de relaciones de consumo 17.250 cuando en el art. 31 h se dispone, luego de enunciar las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión: “la inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el juez integrará el contrato. Si hecho esto, el juez apreciara que con el contenido integrado del contrato éste careciera de causa, podrá declarar la nulidad del mismo”.

Alterini⁽¹²⁶⁾ sostuvo que la idea de integración del contrato asume la viabilidad de la ineficacia parcial y considera que el contrato una vez expurgado de la cláusula ineficaz es eficaz en el resto. En consecuencia en los casos de nulidad parcial corresponde que el juez integra el contrato.

En el artículo 37 de la ley 24.240 de defensa a los consumidores se dispuso: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión

(125) Ver sobre el tema: ORDOQUI CASTILLA, *Lecciones...*, Cap. XLIV, núm. 5.

(126) *Contratos-civiles-comerciales-de consumo*, Bs. As., 1998, p. 422.

del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

En realidad se está ante dos situaciones: los casos de cláusulas que se entienden por no convenidas y las que generan nulidad parcial. Entendemos que el denominó de integración procedería en todos los casos por lo cual no fue preciso decir que las primeras se entienden como no convenidas pues ello refiere a inexistencia o nulidad absoluta irreversible.

En nuestro derecho no se usaron giros como “se consideran no escritas” “carecen de efecto vinculante” y ello porque se pensó en que o siempre para el consumidor es justo que caigan los contratos en estas circunstancias pues ello puede terminar siendo un beneficio para el causante de la nulidad.

En nuestra opinión, en estos casos el juez más que integrar reduce el contrato y, por cierto, no recurre a voluntades presuntas pues no existieron o fueron unilaterales propias de un contrato por adhesión.

7. ENFOQUE PRÁCTICO DE LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Haremos una breve referencia a la existencia de ciertas obligaciones que demuestran cómo va la evolución del proceso de integración de los contratos en la actualidad y marcan rumbos por donde se orienta el futuro de este tema.. Nos referimos a la obligación de seguridad y a la obligación de informar.

7.1. “La obligación de seguridad”

Partiendo en concreto de las formas de integración, han accedido al contrato una serie de obligaciones que corresponde señalar muy especialmente. Ghestin⁽¹²⁷⁾ bajo el título “refuerzo del contenido del contrato”, señala que la jurisprudencia ha creado en ciertas ocasiones, ciertas obligaciones, como la obligación de seguridad, de informar, de consejo, que refuerzan el contenido del contrato.

Si tuviéramos que explicar en un ejemplo práctico el tema de la integración del contrato de cara al mañana, referiríamos a la presen-

(127) *Traite de droit civil*, París, 1992.

cia de la obligación de seguridad y su aparición “mágica” en muchos contratos.

Comenzamos por recordar que en nuestro derecho “los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa...”, y esto no porque lo diga un doctrino sino por que lo dice la misma norma.

Luego analizamos obligaciones no previstas o queridas por las partes pero que igual se imponen al contrato y el ejemplo que se nos puede venir a la mente es el de las que surjan por imposición de normas imperativas.

Después pensamos que hay obligaciones no sólo no queridas sino resistidas o excluidas por el acuerdo de partes, que igual se terminan por imponer al contrato ya no por imperativo de la norma sino por un proceso de aplicación al contrato del principio de la buena fe por obra jurisprudencial.

Esto es integración en estado puro, por obra de la jurisprudencia y doctrina que actúan no en forma arbitraria sino a través de los estándares jurídicos o normas de delegación, como son el art. 1291 del CC uruguayo (el 1198 del CC argentino).

Son obligaciones fundamentales que aparecen al margen de la voluntad de las partes con un fin concreto que es preservar la seguridad o integridad física de la persona eventualmente afectada en la ejecución de un contrato.

Con su vigencia se comienza a cumplir una función preventiva y de garantía desde la responsabilidad civil contractual antes inexistente.

Es de resaltar que la importancia del derecho deber de seguridad que en su origen aparece por obra de la jurisprudencia finalmente adquiere rango normativo en un ámbito específico que es el referente a las relaciones de consumo (art. 7º de la ley 17.250).

La presencia de esta obligación tan importante en la vida del derecho contractual moderno se ha expandido en distintos ámbitos: el transporte de pasajeros, en los servicios de hospitalización médica, en los espectáculos públicos, y es fundada:

a) por la jurisprudencia en un principio a partir de la aplicación del principio de la buena fe;

b) actualmente se recurre incluso a la aplicación del denominado “derecho civil constitucional” aludiendo que se deben proteger dere-

chos esenciales de la persona consagrados constitucionalmente y de aplicación integrativa;

c) Más recientemente⁽¹²⁸⁾ sostuvimos que esta obligación se funda en realidad en el principio de la protección de la confianza que deposita una parte en que la otra cuidara de su integridad física como lo más importante del contrato estando ello implícito en todo contrato del cual puedan devenir daños a la persona;

d) Esta es otra propuesta que también supone la aplicación del principio “favor debilis o victimae”.

Interesa destacar que para cierta doctrina estas obligaciones, como la de seguridad, de informar, de protección... se consideran “tácitas”. Pero el interrogante es que se considera por tácita.

Según el Diccionario de la Real Academia serían obligaciones que se suponen o infieren como si se hubieren expresado a pesar de que no figura. En una primera época este carácter de tácito se decía en relación a la voluntad de las partes hoy tácito esta dicho en relación al orden jurídico vigente en sus proyecciones concretas a través de sus principios generales como el de la buena fe. Lo tácito no es en relación a la voluntad sino al orden jurídico.

Hoy la obligación de seguridad, de creación originaria por la jurisprudencia apoyada en la buena fe, opera como un verdadero principio general de derecho y de orden público. Y concluimos esto no ocurre por invento de la doctrina sino por la sabiduría del Codificador en haber previsto normas “5 estrellas”, como el art. 1291 inc. 2º del CC, que debemos saber utilizar y no tenerles miedo.

La realidad es que no se avanza más en la adopción de medidas de este tipo por temor a la justicia. Nos parece que si aparecen medios facultativos como estos se podría llegar a afectar la seguridad jurídica. En nuestro país, por el contrario, la prudencia ha sido una virtud y permitió un proceso de consolidación de estos criterios jurisprudenciales que lejos de reflejar ausencia de seguridad, la consolidaron por la aplicación correcta que de este instrumento tan complejo se ha hecho.

7.2. Obligación de Información

El desequilibrio de las partes y la presencia de un débil frente a un fuerte, o de uno que sabe ante otro que no sabe, generaron des-

(128) ORDOQUI CASTILLA, *Derecho de Transito*, T. II, Montevideo, 2009, p. 406.

igualdades tales que llevaron a quebrar los paradigmas tradicionales en que se fundó el derecho contractual clásico: presuponer que todos son iguales, presuponer que todos son libres y presuponer que lo acordado era por ello justo.

Esto ya no es más así y la gran evolución del derecho contractual moderno fue y va en el sentido de eliminar estas graves desigualdades de poder y de conocimiento para proteger la verdadera libertad y los intereses de los desprotegidos, en una corriente solidarista que en muchos casos, nos guste o no, viene impulsada desde nuestras propias Constituciones que se ocupan no sólo de una igualdad formal sino real o material en la interrelación de intereses por razones elementales de justicia y seguridad.

Varios fueron los instrumentos que colaboraron en este proceso de reestructura del equilibrio de las partes a la hora de la contratación: regulación del contrato por adhesión y la propia abusividad de las cláusulas, y en particular el deber de informar.

Uno de estos medios fue la imposición del deber de información que si bien en principio vino por obra de la jurisprudencia y fundado también en lo que supone actuar de buena fe, finalmente adquirió “carta de ciudadanía legal” en las normas de derecho del consumo que en aspectos como éste no se limitan exclusivamente a su ámbito de aplicación sino que se pueden considerar como verdaderos principios generales. En la regulación del derecho del consumidor ha cobrado particular vigencia el deber de informar que se tiene con relación a los consumidores. En muchos contratos propios del consumo la jurisprudencia ha impuesto esta obligación⁽¹²⁹⁾.

Sin lugar a dudas en todos estos casos la denominada interpretación objetiva no opera con carácter subsidiario sino que opera a un nivel igual que la interpretación subjetiva.

8. JURISPRUDENCIA

1. Por encima del marco letrista de las cláusulas del contrato, el principio de la buena fe impone que se reputen incorporadas al texto del contrato y sirvan de antecedente interpretativo del mismo, las seguridades o ventajas que se prometieron antes de su concertación que, en la especie, fue la entrega del certificado de habilitación Municipal del comercio, que en el ramo de bar constituía el objeto del contrato en materia de la cesión de promesa de

(129) ORDOQUI CASTILLA, “El contrato en el año 2000: La protección al consentimiento y el deber de informar”, *L.J.U.*, T. III.

compraventa (**Juzgado Letrado en lo Civil de 4to. Turno, sentencia núm. 26 de 28 de febrero de 1980, ADCU, T. XI, c. 384**)

2. Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en ciertos casos por la necesaria integración del contrato cuando se realizó un contrato de compraventa de apartamento en el cual, si bien se había hablado de ello, a la hora de firmar, no se incluyó el garaje.

El tema no se resolvió como de interpretación sino como de integración, que procede precisamente en los casos en que el contrato no expresó lo que las partes quisieron consignar en forma expresa o tácita. Hay casos tanto de ausencia de voluntad como de ausencia de declaración de la misma. Ello no puede obstar a que el contrato se siga aplicando, porque el mismo no puede extinguirse porque las partes no hayan previsto algunas hipótesis a las cuales puede ser sometida la aplicación del contrato. En estos casos debe integrarse el contrato y hay que agregarle una voluntad que las partes no han expresado pero que, lógicamente, hay que suponer que han tenido.

Luego, en la sentencia referida, aplicando el art. 1291 del CC inc. 2º, se procedió a determinar cuál era la obligación no expresada en el contrato pero que surgía de la integración conforme a las pautas de la buena fe y las consecuencias que se consideran justas para el caso.

En el caso se entendió que a pesar de la imprevisión existente en el texto contractual, las partes en realidad habían considerado al garage como parte del contrato. Esta magnífica sentencia de Bermúdez, actuando entonces como Juez Letrado de 1ª Instancia en lo Civil de 13er. Turno, es de fecha 2 de setiembre de 1982 y se publica en LJU T. 89 c. 10.260.

3. La Suprema Corte de Justicia por sentencia núm. 44 de 6 de junio de 1991 entendió que conforme a los usos y costumbres que integran el contrato, un contrato de reserva de hospedaje puede ser cancelado con un preaviso.

La reserva puede ser cancelada sin responsabilidad, pues se entiende que comunicando esta decisión al hotelero no se causa perjuicio alguno, pues es posible luego disponer de la habitación (ADCU T. XXII, c. 567)

4. Los actos cumplidos por el deudor en período de ejecución deben ser juzgados en relación al contrato fuente de su obligación, y por ello el juicio de responsabilidad no puede ser formulado a partir de una integración del contrato contraria a su regulación, ni por una representación de la realidad diversa de la contemplada en la convención; porque de hacerse se estaría introduciendo una inadmisibles injerencia en la ley de las partes, que en el caso implicaría distorsionar radicalmente el vínculo coincidentemente invocado por la actora y demandada. **Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, en sentencia núm. 66 de 24 de junio de 1997 (Anales de Jurisprudencia Uruguay, T. VIII, núm. 21)**

5. Los contratos obligan “no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley” (art. 1291 inc. 2º del CC). En su mérito el contrato de autos

obliga al demandado a obtener la habilitación final de las construcciones aunque ello no se haya especificado en el contrato.

Esta obligación, aunque no se haya acordado un plazo, debió cumplirse en un término razonable que no podía exceder del previsto para el pago del precio. Por ello, habiendo vencido el plazo de que razonablemente disponía el demandado —aunque sin término convencional— corresponde amparar la demanda y la resolución del contrato impetrada (**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 8vo. Turno, sentencia núm. 131 de 21 de agosto de 1990, ADCU, T. XXI, c. 453**).

6. En el caso concreto del contrato de seguros nuestra jurisprudencia ha sido clara en el sentido de que debe interpretarse según las reglas de la equidad y no ceñirse al “*strictu iuris*” de los romanos. Tal pauta interpretativa surge confirmada *ex lege* por la previsión del art. 296 inc. 3º del Código de Comercio. Por las peculiaridades de este contrato la buena fe de las partes es de particular ponderación, particularmente en los casos en que se consideran causales de exclusión de cobertura. La sentencia en cuestión resolvió un caso en que se había excluido la cobertura porque no se había hecho la denuncia del hecho dentro de las “horas” previstas para ello. (**Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1er. Turno, sentencia de 31 de octubre de 1994; LJU T. CXII, c. 12.842**).

9. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO EN EL DERECHO COMPARADO

9.1. Presentación del tema

Especial relevancia damos a la consideración de cómo ha sido presentada la normativa que refiere a la integración del contrato, no solamente en los diferentes Códigos Civiles de países europeos y latinoamericanos sino a cómo se ha referido al tema en los Principios para los Contratos del Comercio Internacional UNIDROIT del 2004, los Principios Europeos del Derecho de los Contratos – Principios Lando —; y el Proyecto de Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de Pavia.

9.2. Principios para los Contratos de Comercio Internacional UNIDROIT

Art. 1.7. Buena fe y lealtad negocial.

Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

Art. 5.1. Las obligaciones contractuales pueden ser expresas o implícitas.

5.2. Las obligaciones implícitas pueden derivar de:

- a)* La naturaleza y finalidad del contrato;
- b)* De las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- c)* De la buena fe y la lealtad negocial;
- d)* Del sentido común.

9.3. Principios Europeos del Derecho de los Contrato – Principios Lando

Art. 1:201. Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

Art. 1:202. Deber de colaboración. Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.

1.6. Los principios deben interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos y, en especial, teniendo en cuenta la necesidad de promover la buena fe y la lealtad, la seguridad en las relaciones contractuales y la seguridad en su aplicación.

Aquellas cuestiones que se encuentren dentro de estos principios pero que no estén especialmente reguladas por ellos, deberán resolverse de acuerdo con las ideas subyacentes a los principios y, en su defecto, según el sistema legal que sea aplicable de acuerdo con las reglas del derecho internacional privado.

9.4. Proyecto de Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista de Pavia

Art. 32. Cláusulas implícitas. Aparte de las cláusulas expresas, forman parte del contrato las que:

a) Vienen impuestas por el presente código o por las disposiciones comunitarias o nacionales, incluso cuando reemplazan a cláusulas diferentes introducidas por las partes;

b) Las que se derivan del deber de buena fe;

c) Deben ser consideradas como tácitamente queridas por las partes sobre la base de precedentes relacionales de negocios, de los tratos y de las circunstancias y costumbres nacionales y locales;

d) Deben considerarse necesarias a fin de que el contrato produzca los efectos queridos por las partes.

Art. 44. Los efectos del contrato derivan no solamente de los pactos que intervienen entre las partes sino también de las disposiciones del presente código, así como de las disposiciones nacionales y comunitarias, de los usos, de la buena fe y de la equidad.

Art. 1.2. Salvo lo dispuesto en las disposiciones siguientes, al acuerdo se llega también a través de actos concluyentes, activos u omisivos, siempre que sean conformes a una voluntad precedente expresada o a los usos o a la buena fe.

9.5. Códigos Civiles europeos

En el **Código español** (art. 1258) se dispone: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

En el **parágrafo 157 y 242 del BGB alemán** se establece: “los contratos han de interpretarse como lo exige la buena fe en atención a los usos del tráfico,” El deudor está obligado a cumplir la prestación según lo exige la buena fe en correlación a los usos sociales”.

En el art. **1374 del Código Civil italiano de 1942**, se dispone: “El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto en él mismo se ha expresado sino también a todas las consecuencias que se derivan de él de acuerdo con la ley o, a falta de esta, con los usos y la equidad”.

A su vez, en el art. 1375 se dispone: “El contrato debe ser ejecutado de acuerdo con la buena fe”.

En el **Código Civil francés, art. 1134, se dispuso**: “Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe” y en el art. 1135 se señala: “Las convenciones obligan no solamente a aquello que se ha expresado en ellas sino también a todos los mandatos que la equidad, los usos y la ley, le dan a la obligación de acuerdo con su naturaleza”.

9.6. Códigos Civiles Latinoamericanos

Los arts. 1546 del **Código Civil chileno**; 1589 del **Código Civil de Ecuador**, 1603 del **Código Civil colombiano**, disponen: “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 o las costumbres pertenecen a ella”.

El **Código Civil de Honduras**, en el art. 1546 dispone: “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 o la costumbre pertenecen a ella”.

En el **Código Civil mexicano**, art. 1796, se prevé: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan al contratante no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que, según la naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley”.

En el art. 520 del **Código Civil boliviano** se prevé: “El contrato debe ser ejecutado de buena fe y obliga no sólo a lo que en él se ha expresado sino también a todos los efectos que se deriven conforme a su naturaleza según la ley, o a falta de ésta, según los usos y la equidad”.

En el art. 1198 del Código Civil argentino (luego de la reforma de la ley 17.711) se dispuso: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. “

Por último, hacemos referencia al Código Civil de Québec que en el art. 1434 dispuso: “Un contrato válidamente formado obliga a las partes contratantes no solamente a lo que han expresado en él sino también a todo lo que resulte de acuerdo con su naturaleza y de conformidad con los usos, la equidad o la ley”.

10. PROYECTO DE REGULACIÓN DEL TEMA PARA EL CÓDIGO DE LOS CONTRATOS PARA AMÉRICA LATINA

Comenzamos por tener presente el art. 967 del Proyecto de unificación de 1998 del Código Civil argentino donde se disponía:

“Alcances de la obligación contractual”

El contrato obliga con los alcances que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor incluyendo las consecuencias virtualmente comprendidas en él conforme:

A la naturaleza.

A las negociaciones previas.

A la conducta ulterior de las partes.

A las prácticas establecidas entre ellas.

A los usos si no han sido excluidos expresamente.

Y a la equidad.

Teniendo en cuenta la finalidad del acto.

Y las expectativas justificadas de la otra parte.

Esta norma tiene aspectos reiterativos: remitirse a la naturaleza y luego al fin del contrato es lo mismo pues ambos términos refieren a lo mismo, que es la causa del contrato.

Esta norma **tiene omisiones**, pues no se remite al elemento substancial del proceso integrativo que es la buena fe contractual.

Esta norma **alude a aspectos que son más propios de la interpretación que de la integración** como ser la remisión a la conducta posterior de las partes las negociaciones previas.

Nos parece de gran utilidad el art. 239 del Código Civil portugués en cuanto dispone que en “ausencia de disposición legal, la declaración negocial debe ser integrada en armonía con la voluntad que las partes habrían tenido si hubiesen previsto el punto omitido, o de acuerdo con los dictámenes de la buena fe.

“En ausencia de norma que complemente la ausencia de previsión contractual esta será suplida por la voluntad implícita de las partes obtenida de cual hubiera sido la decisión en el caso de un hombre razonable y justo”.

PROYECTO DE ARTÍCULO PARA UN CÓDIGO DE LOS CONTRATOS PARA AMÉRICA LATINA

ARTÍCULO INTEGRACIÓN DEL CONTRATO

Los efectos del contrato derivan no solamente de los pactos que intervienen entre las partes sino también de:

a) las demás disposiciones del presente código, así como de las disposiciones nacionales y comunitarias,

b) el sentido común y lo razonable.

c) la naturaleza y finalidad social del contrato.

d) las prácticas establecidas por las partes (actos concluyentes activos u omisivos) y los usos y costumbres.

e) de la buena fe y la lealtad comercial un pudiendo las partes en ningún caso limitar este deber.

f) de la equidad.

En todo caso cada parte tendrá el deber de colaborar con la otra parte para que el contrato surta plenos efectos.

11. CONCLUSIONES

Debemos impulsar una corriente que deje atrás el individualismo y liberalismo del s. XVIII-XIX y propicie un contrato integrado el orden jurídico y sus fines como un todo. Aparece de inmediato la necesidad de asumir un derecho civil armonizado con los principios generales y en particular con las necesidades de tutela de la persona como valor sustancial.

El propio Perlingieri⁽¹³⁰⁾ anota la necesidad de replanteos a la luz de los principios de igualdad, solidaridad y pleno desarrollo de la persona. Es precisamente en este ámbito en el que se advierten las diferencias importantes entre las nuevas constituciones del siglo XX y XXI y los Códigos Civiles del siglo XIX. En esta primera época reinaba la concepción individualista que surge como reacción a la monarquía y enfoca a la persona en su sola individualidad capaz de decir y determinar libremente por sí lo que es su propio bienestar, entendiendo que todos son iguales. El individuo es visto como una realidad abstracta que parte de la igualdad de todos los hombres. La sociedad no es más que la suma de individuos y tiene por fin la satisfacción de las necesidades individuales de cada uno.

Este enfoque individualista propio de nuestros Códigos Civiles no es el que se sigue en las diferentes constituciones en las que la persona deja de ser un ser aislado y pasa a ser un ser social, que debe contemplar no sólo sus propias necesidades sino las de la misma sociedad, exigiéndosele solidaridad como algo propio a su misma naturaleza (Bobbio, *Liberalismo y democracia*, Bogotá, 1993, p. 51). La prueba más clara de esta diferencia de enfoque la tenemos con sólo considerar el concepto de propiedad que en la Constitución aparece no como algo absoluto, determinado por el libre arbitrio del titular sino como un derecho subordinado al interés general (art. 32 de la Constitución).

(130) Ob. cit., p. 13.

No existe un partido contratos vs Estado o contrato vs la norma sino que ambos están del mismo lado debiendo darle a la autonomía privada un ámbito de acción encuadrado dentro del sistema jurídico como un todo.

Para el individualismo del siglo XIX, el Estado es garante de la libertad de cada uno y del respeto de la propiedad. Hoy el Estado, porque así lo exige la Constitución, dejó de ser un mero espectador del libre juego de la oferta y la demanda y pasó a proteger intereses sociales, rompiendo la neutralidad que le exigía el superado liberalismo del siglo XIX, interviniendo cada vez más para corregir abusos y contradicciones cometidos en el libre juego de los intereses privados. Pero una cosa es que los valores o los principios constitucionales se utilicen para proyectar, respaldar o dar fundamento a las normas y contratos en el ámbito privado y otra, por cierto muy diferente, es que se invoque sus principios para pretender desautorizar (“desaplicar”) la vigencia de un contrato o un decreto que desarrollan su eficacia dentro de lo lícito.

El contrato como norma jurídica que existe en la medida en que coordina con las demás fuentes del derecho. El contrato no es un mundo aparte independiente y completo en el orden jurídico sino que es una norma que coexiste con otras y se confunde con el ordenamiento jurídico en su integridad.

Todo contrato necesita de un proceso de integración permanente precisamente por su interdependencia con el orden jurídico y por aparición de circunstancias permanentes a las que se debe.

El orden jurídico opera sobre el contrato no subsidiariamente sino integralmente, antes, durante y hasta después de su existencia como tal.

No tiene sentido pensar el contrato como separado del Estado, como una realidad diferente a lo que es el orden jurídico todo. Es una realidad esencialmente integrada desde el principio al orden jurídico como un todo y no existen fuentes residuales o subsidiarias.

La integración no es algo eventual sino permanente.

No compartimos la diferenciación entre contenido y efecto pues ello presupone diferenciar un área en la que esté sólo la voluntad de las partes (contenido) y en realidad ésta nunca está ni puede estar sólo al margen de la norma. Esta separación parte de una ficción que no responde a la realidad.

Ni en su origen la voluntad es soberana ni en los efectos lo que dice la norma por sí alcanza.

La norma desde el principio incide en lo acordado por las partes luego de que ello es tipificado o calificado por el orden jurídico.

Tampoco se comparte la diferenciación entre auto-integración y hetero-integración. La auto-integración supone asumir el dogma, hoy dejado en parte de lado, de que la voluntad es autosuficiente. Se recurre a la voluntad hipotética de la partes, a lo que hubieren pensado o previsto en lo que está en blanco. Si en la auto-integración se recurre a lo que se hubiese querido, ello no es auto-integración.

La única integración real es por hetero-integración y siempre que se parta de que están separados la norma y la voluntad y no que son algo inter-dependiente.

La separación teórica entre calificación, interpretación, integración y aun la distinción de interpretación integrativa no debe impedirnos ver la misión unitiva del acto interpretativo.

Lo cierto es que el ámbito de lo que se interpreta junto al contrato son por cierto más elementos que la sola voluntad de las partes y es a partir de allí donde se advierten las diferencias. O nos quedamos con el concepto clásico de que el contrato es sólo voluntad real de las partes, o pasamos a un criterio de interpretación integrado donde aparecen los otros elementos sustanciales a la estructura misma del contrato, como son la norma, los principios generales, la Constitución, la equidad, la buena fe y el orden jurídico como un todo.

La integración del contrato a partir de la buena fe no fue pensada para convertir un contrato insensato e injusto, en otro sensato y justo. La integración no es un medio de conversión o de cambio de lo ilícito en lícito. Las integraciones no pueden llevar a cambiar el contrato sino a preservarlo y orientarlo en lo posible dentro de lo lícito y justo.

La buena fe da la flexibilidad necesaria para que dentro de la integración normativa aparezcan la vigencia de valores esenciales a la relación contractual como es lo razonable relación entre las prestaciones, la equivalencia prestacional... La integración no sirve para corregir malos negocios y convertirlos en buenos.

El objeto del contrato existente no puede ser cambiado. Puede suceder sí que después de la constatación de algo ilícito por abusivo sea procedente la adecuación o integración sustitutiva, pero viene ordenada por el Juez y no por el alcance del contrato.

Si nos preguntamos por el futuro de la figura de la integración del contrato vemos que, en la medida en que se ajusten el concepto de aplicación y que se entienda que la interpretación puede ser subjeti-

va y objetiva, como lo propone Ghestin Billiau⁽¹³¹⁾ en definitiva está en proceso de extinción. Estos autores ya no refieren a la integración del contrato sino que centran la atención en la calificación y la interpretación en sentido amplio.

En la misma norma y al mismo tiempo se nos dice que el contrato obliga a las partes como a la ley misma y que debe ejecutarse en todo caso de buena fe, obligando también a lo que dice la ley (art. 1291). Por tanto, no hay imposición ni sobre posición sino complementación e interdependencia.

La función integradora que debe hacer el juez es imperativa porque se le delegaron facultades para que lo haga y se le dice cómo debe hacerlo. No es subsidiario.

Con la integración a partir de la buena fe no se debe desintegrar gratuitamente el acuerdo de voluntades cuando este esté dentro de lo previsto por el orden jurídico simplemente porque salió mal el negocio.

Invocando la buena fe es posible integrar el contrato al prever lo imprevisible, al reducir la abusividad, al convertir lo nulo cuando la norma lo permite, evitar incoherencias.

Sólo es posible realizar la integración con lo que la misma norma marca.

- a) la norma jurídica ley o constitución;
- b) los principios generales;
- c) los usos y costumbres;
- d) la naturaleza del contrato (su causa).

Si queremos pensar en el derecho contractual del mañana, no tengamos duda que dependerá de la forma como hayamos sabido vivificar el contrato en un proceso de integración permanente que lo proteja de los abusos, de las imprevisiones, de las incoherencias.

No se está ante el encuentro de dos buitres que se sacan pacíficamente los ojos sino ante dos personas que saben que deben colaborar mutuamente entre sí para lograr los intereses correlativos.

(131) *Traite de Droit Civil. Les obligations. Les effets du contrat*, París, 1992, n. 38, p. 41.

Concluyo con palabras de Don José Luis De los Mozos cuando decía:

“Sólo un proceso de integración contractual logrado acudiendo a la buena fe permite que tanto las partes como el juez gocen de mayor libertad para restablecer el equilibrio contractual dentro de la legalidad y de esto, no tengamos dudas, depende el contrato del mañana”.

LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PERUANO

Por Carlos A. SOTO COAGUILA ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. La contratación predispuesta. 1.1. Contratos por adhesión 1.2. Cláusulas generales de contratación. 1.3. El contrato de hecho. 2. La interpretación del contrato. 2.1. Teorías sobre la interpretación del contrato. 2.1.1. Teoría subjetiva o de la voluntad. 2.1.2. Teoría objetiva o de la declaración. 2.2. Reglas generales para la interpretación de los contratos. 2.2.1. Interpretación de la voluntad declarada. 2.2.2. Interpretación conforme al principio de la buena fe. 2.2.3. Interpretación sistemática. 2.2.4. Interpretación finalista. 2.2.5. Principio de conservación del contrato. 3. Reglas de interpretación de los contratos predispuestos. 3.1. Regla de la prevalencia. 3.2. Regla de la cláusula más beneficiosa. 3.3. Regla *contra stipulatorem*. 4. Propuestas de reforma al Código Civil peruano en materia de interpretación. 5. Conclusión.

Al Dr. Ricardo Luis Lorenzetti como testimonio de amistad y respeto intelectual, y en homenaje a su reconocida trayectoria profesional y académica.

1. LA CONTRATACIÓN PREDISPUESTA

Como advertía Messineo, el contrato es el centro de la vida de los negocios, cuya función principal es satisfacer los intereses inicialmente opuestos o, por lo menos, no coincidentes de las partes contratan-

(1) Profesor de Derecho Civil. Secretario de la Comisión de Reforma del Código Civil Peruano. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela y Miembro Académico Honorario de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñoz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

tes. Gracias al contrato y a través de la satisfacción de dichos intereses, cada contratante incrementa su utilidad y de manera indirecta se logra que la sociedad en su conjunto también se beneficie⁽²⁾.

Debe admitirse, en consecuencia, que la regulación contractual es un elemento imprescindible del plano económico y que la regulación jurídica del vínculo contractual no es el ropaje formal con que se viste el negocio, sino la estructura misma de la operación. En realidad, el contrato constituye una entidad unitaria, jurídica y económica. En él, la regulación legal-convencional define la estructura económica, y así, éste encuentra en el Derecho la razón y la regla de su estabilidad. En oposición, el criterio de la regulación jurídica es determinado por la economía del negocio. Es así como la regulación jurídica y el equilibrio económico, el contrato y la operación constituyen una unidad⁽³⁾.

En efecto, la consideración del contrato como operación económica corresponde al reconocimiento del orden económico como valor jurídico de toda relación negocial. En razón de ello, debe identificarse al contrato como el instrumento destinado a satisfacer los intereses económicos de las partes contratantes, asignando de manera eficiente los recursos escasos, ya que todo contrato conlleva una operación económica que tiene por finalidad el intercambio de bienes y servicios.

El contrato entendido como unidad básica de intercambio, según Bullard, es el sinónimo legal del concepto económico de transacción. En este sentido, el sistema contractual puede ser entendido como una parte del sistema de mercado, donde el intercambio es el momento esencial de la actividad económica moderna, pues por dicha vía se logra, en teoría, una correcta asignación de los recursos escasos⁽⁴⁾.

Ya que el contrato se ha convertido en un elemento esencial para el desarrollo de la economía moderna, caracterizada por la masificación en la producción de bienes y servicios; hoy, para la sociedad resulta indispensable una forma de contratación rápida, masiva y eficiente.

(2) MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, Ediciones Jurídicas Europa-América, T. I, 1986, Buenos Aires, p. 34.

(3) D'ANGELO, Andrea, "Contrato y Operación Económica", en *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, Selección, traducción y notas de Leysser L. León, 2ª. ed., Ara, 2004, Lima, ps. 650/651.

(4) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Contrato e Intercambio Económico", en *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2ª. ed., Palestra, 2006, Lima, ps. 267/268.

De esta manera, la actual economía de mercado ha determinado el nacimiento de modalidades contractuales masivas o predispuestas.

La producción en masa o en serie, de bienes y servicios, ha generado un tráfico también en masa, que requiere la adopción de nuevas modalidades de contratación que tengan por finalidad simplificar y reducir las etapas contractuales, en especial la etapa de la negociación o de las tratativas previas presentes en el sistema tradicional o clásico de contratación privada.

En esta perspectiva, Ferri resalta que la economía moderna, caracterizada por la producción “estandarizada” y en masa de bienes y servicios, así como por el vasto comercio y consumo de los mismos, ha favorecido la difusión de particulares tipos de negociación encaminados a favorecer la rapidez de la circulación de los productos mediante la predisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del *iter* formativo de los contratos⁽⁵⁾.

En este escenario, el contrato se ha convertido en el principal instrumento destinado a satisfacer los intereses económicos de los agentes del mercado, pues posibilita la circulación de la riqueza mediante el intercambio masivo de bienes y servicios en una sociedad de consumo caracterizada por la producción estandarizada, hecho que ha generado, a su vez, la estandarización de los esquemas contractuales.

Por lo tanto, para efectuar la contratación de dichos bienes o servicios es imprescindible utilizar un método más rápido, casi automático, que prescinda de tratos individuales y de la intervención de personas con poderes para negociar y redactar las cláusulas contractuales; una nueva forma de contratación racionalizada, diseñada para eliminar los costos de contratar o de transacción que se invierten en los contratos individuales⁽⁶⁾. En ese contexto, la figura que el Derecho ha desarrollado para reducir los costos de transacción es la estandarización de las condiciones contractuales. Así, las empresas redactan un conjunto estándar de condiciones que se incorporarán a un número indeterminado de relaciones contractuales que se celebren en el futuro⁽⁷⁾.

(5) FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, trad. de Nélvor Carretero Torres, Grijley, 2004, Lima, p. 100.

(6) BALLESTEROS GARRIDO, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, José María Bosch Editor, 1999, Barcelona, p. 25.

(7) BULLARD GONZÁLEZ, “Contrato e Intercambio Económico”, cit., p. 507.

La doctrina ha denominado de distintas formas a esta nueva modalidad de contratación: “contratación masiva”, “contratación en masa”, “contratos en masa”, “contratos en serie”, “contratos predispuestos” o “relaciones jurídicas estandarizadas”⁽⁸⁾. El eje central de esta nueva modalidad de contratación radica en que las partes ya no negocian el contenido del contrato. La etapa previa del contrato —negociación o tratativas— no existe en sentido lato, pues los contratantes no se reúnen para negociar el contenido del contrato que desean celebrar. Uno de los contratantes redacta unilateralmente el contenido del contrato y a la otra parte sólo le queda aceptar o no esas condiciones, es un “lo tomas o lo dejas”, un *take it or leave it*.

En la actualidad, los contratos basados en la idea de tener a una de las partes negociando frente a la otra están desvaneciéndose. Los contratos negociados, fruto de la libertad contractual de ambas partes, han sido reemplazados por los contratos predispuestos. Como afirma Rezzónico, “los fenómenos de masificación que congregan a conjuntos numerosos de individuos anónimos constituyen ante todo una realidad que está delante de nosotros y que por tanto no se puede dejar de admitir, pero además comportan un hecho, inevitable e irreversible”⁽⁹⁾.

La contratación masiva es hoy en día la forma de contratación predominante en nuestra sociedad. Las personas, desde que nacen, pa-

(8) Nosotros utilizaremos el término “contratos predispuestos”. Sobre la contratación predispuesta o masiva, remitimos a nuestros trabajos: *Transformación del Contrato*, Grijley, 2005, Lima; *El Contrato en una Economía de Mercado*, en co-autoría con el jurista argentino Jorge MOSSET ITURRASPE, Normas Legales, 2004, Trujillo; “La contratación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos, Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa*, Universidad Externado de Colombia, T. 3, 2003, Bogotá; *Contratación Privada*, en co-autoría y coordinación con Roxana JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Jurista Editores, 2002, Lima; “La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles”, en *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI*, Abeledo-Perrot, 2001, Buenos Aires; “La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del Proyecto de Código Civil argentino de 1998”, en *Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y Propuestas*, Abeledo-Perrot, 2001, Buenos Aires; “Cuadernos de Doctrina: La autonomía privada y la buena fe: Fundamento de la fuerza obligatoria del contrato”, en *Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires*, Setiembre de 2000, Buenos Aires; “La transformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto”, en *Contratación Contemporánea*, Vol. I, “Instituciones de Derecho Privado”, Temis/Palestra, 2000, Bogotá.

(9) REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predispuestas. Condiciones generales negociales*, Astrea, 1987, Buenos Aires, p. 3.

san a integrar la cadena producción-consumo, lo que las inserta definitivamente en la sociedad⁽¹⁰⁾.

Para una mejor comprensión de este crecimiento acelerado del tráfico patrimonial en masa, basta recordar un día cualquiera de nuestras vidas y empezar a enumerar la diversidad de relaciones (con contenido jurídico patrimonial) que concluimos y el anonimato en que nos encontramos frente a la otra parte contratante. Cuando despertamos y nos dirigimos a nuestro centro de trabajo o de estudios es necesario contratar un servicio de transporte público, lo que determina la celebración de un contrato de transporte; la adquisición de los alimentos para el desayuno en un supermercado o panadería no es otra cosa que un contrato de compraventa, y si dicha adquisición se realiza al crédito, la figura original de la compraventa contemplará a su vez un contrato de crédito; la compra del periódico y el almuerzo a medio día serán también contratos de compraventa; la atención del médico por una dolencia configurará un contrato de prestación de servicios; el cobro de nuestro salario mensual será la consecuencia del contrato de trabajo celebrado con nuestro empleador.

Como vemos, resultaría extensa la lista de todo el itinerario de relaciones con contenido patrimonial que celebramos diariamente. Lo cierto es que a cada instante concluimos relaciones contractuales con otros individuos, pero para que estos sujetos satisfagan sus intereses (por ejemplo, compren, vendan, arrienden o alquilen, soliciten créditos, etc.) y se vinculen jurídicamente, requieren de un mecanismo lícito que les permita satisfacer tales necesidades y que a su vez brinde eficacia y seguridad a sus transacciones. Este instrumento es el contrato, que el legislador peruano define como “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (artículo 1351º del Código Civil peruano).

(10) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “La Oferta al Público en el Código Civil y en la Ley de Protección al Consumidor”. En: DE LOS MOZOS, ALTERINI Y SOTO COAGUILA (Directores), *Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea*, Temis/Palestra, T. 1, 2000, Bogotá, p. 521. De igual parecer es Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien ha expresado que frente a los requerimientos del tráfico masivo, la contratación en masa se presenta como “un nuevo sistema de contratación que permite reducir al mínimo las tratativas [del contrato] sin perder un margen indispensable de flexibilidad”. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, T. III, Palestra, 2003, Lima, p. 71.

Como hemos sostenido en otros trabajos⁽¹¹⁾, en el tráfico patrimonial en masa, los contratos o las relaciones jurídicas contractuales se desarrollan bajo un esquema de contratación distinto al tradicional o paritario. Este sistema contractual tiene un carácter masivo y estandarizado, uno de los contratantes (que denominaremos “predisponente”) preestablece o predispone íntegra o parcialmente el contenido del contrato y la otra parte (que denominaremos “adherente”) acepta contratar adhiriéndose a las condiciones preestablecidas por el predisponente. El adherente se encuentra, pues, ante la disyuntiva de contratar bajo dichas condiciones o no contratar y, por ende, buscar otras alternativas para satisfacer sus intereses.

En este contexto, la contratación masiva cumple diversas funciones de carácter jurídico, social y económico. *Jurídico*, porque permite el tráfico masivo y la asignación eficiente de los bienes y servicios; *social*, porque logra el acceso de todos los individuos de una sociedad al intercambio masivo de bienes y servicios, sin distinción alguna; y *económico*, por cuanto reduce los costos de transacción⁽¹²⁾ entre predisponentes y adherentes, generalmente empresarios y consumidores, respectivamente.

A continuación analizaremos las tres modalidades contractuales que permiten la contratación masiva, las mismas que se encuentran incorporadas en el Código Civil peruano de 1984: (i) el contrato por adhesión; (ii) los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación; y (iii) el contrato de hecho.

(11) Consultar nuestros trabajos: *Transformación del Contrato*, *cit.*; *El Contrato en una Economía de Mercado*, *cit.*; “La contratación masiva y la crisis del contrato. A propósito del Proyecto de Código Civil argentino de 1998”, *cit.*; “La transformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto”, *cit.*; “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas”, en *Universitas*, N° 106, Bogotá, Diciembre 2003, ps. 563/610; “La contratación predispuesta”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 3, 2005, Santiago de Chile, ps. 81/132.

(12) “Los costos de transacción son los costos del intercambio y este tiene tres pasos: Primero, debe localizarse un socio para el intercambio, lo cual implica encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender o vender lo que se quiere comprar. Segundo, deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian. Este arreglo se logra mediante una negociación exitosa, lo que podría incluir la redacción de un convenio. Tercero, una vez celebrado un acuerdo, deberá ejecutarse. La ejecución implica monitorear el cumplimiento de las partes y castigar las violaciones del acuerdo. Podemos llamar a las tres formas de los costos de transacción en correspondencia con estos tres pasos de un intercambio: 1) costos de la búsqueda, 2) costos de arreglo y 3) costos de la ejecución”. Ver: COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, 1998, México, ps. 120/121.

1.1. Contratos por adhesión

La denominación *contrats d'adhésion* fue acuñada por Raymond Saleilles, quien señaló que éstos “no tienen de contrato más que el nombre”⁽¹³⁾, porque en ellos se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes actuando como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya sólo a un individuo, sino a una colectividad indeterminada a la que se vincula por anticipado, unilateralmente, en espera de la adhesión de quienes deseen aceptar su *lex contractus*⁽¹⁴⁾.

La expresión “contrato de adhesión” es cuestionada por la doctrina peruana en el sentido que ésta no constituye una categoría contractual en sí misma, sino que corresponde a una modalidad de contratar. Así, De la Puente considera que la denominación “que realmente le corresponde es la de ‘contrato por adhesión,’ desde que la adhesión no es el objeto del contrato, sino la manera de celebrarlo”⁽¹⁵⁾.

Ferri considera que el contrato por adhesión es aquel cuyo contenido es prefijado unilateralmente por una de las partes y simplemente aceptado por la otra, sin que ésta pueda intervenir y colaborar en la formación de su contenido⁽¹⁶⁾.

En igual sentido, Mosset Iturraspe estima que un contrato se celebra por adhesión cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes —el predisponente— mientras que la otra —el adherente— debe aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas⁽¹⁷⁾.

Por su parte, García Amigo expresa que los contratos de adhesión se caracterizan porque una de las partes no hace más que prestar su asentimiento a la normativa rígidamente dispuesta por la otra⁽¹⁸⁾.

Díez-Picazo define a los contratos por adhesión como aquellos supuestos en los cuales existe una prerredacción unilateral del contrato, obra de una de las partes contratantes, que suele manifestarse por medio de formularios impresos, pólizas o modelos preestablecidos, y en

(13) Citado por REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas. Condiciones generales negociales*, cit., p. 205.

(14) *Ibidem*, p. 269.

(15) DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, p. 651.

(16) FERRI, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, cit., p. 106.

(17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Ediar, 1984, Buenos Aires, p. 126.

(18) GARCÍA AMIGO, Manuel, *Condiciones generales de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, Madrid, ps. 135/136.

la cual a la otra parte sólo le está permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo⁽¹⁹⁾.

Sobre la base de las definiciones anotadas, podemos concluir que los contratos por adhesión se caracterizan por la predisposición e imposición del contenido contractual redactado unilateralmente por una de las partes contratantes y porque la otra parte sólo puede aceptar o rechazar el contenido contractual impuesto.

En opinión de Díez-Picazo, la característica más importante de esta forma de contratación consiste en que la conclusión del contrato no va precedida por una discusión del posible contenido del contrato por los contratantes. Las cláusulas del contrato por adhesión no pueden ser más que pura y simplemente aceptadas. Si los interesados desean contratar, han de hacerlo aceptando el contenido que con carácter inmodificable tiene el contrato⁽²⁰⁾.

Estamos pues ante un contrato por adhesión cuando una de las partes fija unilateralmente el contenido del contrato sin admitir la negociación o contraoferta de alguna cláusula contractual. No interesa que el predisponente sea quien redactó las cláusulas o que se sirva de un modelo impreso en un formulario. Lo que caracteriza a esta modalidad de contratación es la imposibilidad del adherente de proponer cambios al esquema contractual impuesto por el predisponente, encontrándose en la disyuntiva de aceptar o no íntegramente las estipulaciones contractuales.

Por otro lado, la doctrina también ha señalado como característica fundamental de esta figura contractual, la aceptación en bloque (adhesión) de todas las estipulaciones prerredactadas por el oferente, ya que no cabe la posibilidad de discutir el contenido del contrato⁽²¹⁾.

Este contrato generalmente es utilizado por los empresarios que desean distribuir sus bienes y servicios masivamente a los consumidores y, como advertimos anteriormente, se celebra sin la discusión previa de su contenido⁽²²⁾. Téngase presente que no es requisito que el predisponente sea un empresario o comerciante, pues los contratos

(19) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, 5ª ed., Civitas, Vol. I, 1996, Madrid, p. 139.

(20) *Ibidem*, p. 347.

(21) DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. III, p. 34.

(22) Con esto, advierte DÍEZ-PICAZO, se llega a una unificación y a una estandarización de las relaciones contractuales. Ver: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 347.

por adhesión también pueden ser utilizados por personas que carezcan de esa condición. Por ejemplo, un contador que requiere los servicios de limpieza para su oficina e impone las condiciones del contrato al prestador del servicio, sin la posibilidad de negociarlas. Otro ejemplo sería el de un matrimonio que decide arrendar el segundo piso de su vivienda e impone las condiciones del contrato de arrendamiento al potencial arrendatario sin la posibilidad de negociar las cláusulas contractuales. No cabe la menor duda de que nos encontramos ante claros ejemplos de contratos por adhesión.

La legislación peruana y comparada también nos brinda algunas definiciones.

El artículo 1390° del Código Civil peruano dispone que: “El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”.

En sentido similar, la Ley uruguaya de relaciones de consumo N° 17.250 define al contrato por adhesión como “aquel cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de productos o servicios sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar sustancialmente su contenido”.

Teniendo en cuenta las definiciones de la doctrina y de la legislación, diremos que el contrato por adhesión se caracteriza porque su contenido es diseñado de manera unilateral y exclusiva por una de las partes contratantes (predisponente), colocando a la otra (adherente) en la alternativa de aceptar o no íntegramente el contenido contractual.

De acuerdo con lo expresado, debemos tener presente que en los contratos por adhesión lo relevante es que la parte colocada en la posición de aceptar o no el contrato (adherente), lo hará sobre el íntegro de su contenido, sin ninguna posibilidad de negociar las cláusulas o condiciones. Nótese que en esta modalidad de celebración masiva de contratos, la autonomía privada o libertad de contratación no se desvanece íntegramente, ya que, si bien la determinación de las condiciones del contrato es unilateral y exclusiva de una parte contratante, la otra conserva la libertad de contratar o no, así como la libertad de elegir a su contraparte.

1.2. Cláusulas generales de contratación

La legislación peruana anterior al Código Civil de 1984, no se ocupó de la temática de las cláusulas generales de contratación, sólo se

refirió al contrato por adhesión. Sin embargo, desde el ambiente académico, el profesor De la Puente, en su tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho en 1979, estudió esta figura bajo el nombre de “estipulaciones generales de contratación”. El maestro peruano las definió como “las condiciones, cláusulas o estipulaciones (...) formuladas preventivamente en forma unilateral por la empresa o conjunto de empresas, en forma general y abstracta, que son publicadas o hechas conocer con miras a que, en base a ellas, se celebren una serie indefinida de contratos individuales, las cuales sólo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos”⁽²³⁾.

En la actualidad, el artículo 1392º del Código Civil peruano define a las cláusulas generales de contratación como “aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”.

En la Exposición de Motivos de este artículo, la Comisión Reformadora señaló que las cláusulas generales de contratación son las estipulaciones formuladas de manera preventiva y unilateral por una persona o grupo de personas, con carácter abstracto y con el objeto que por su mérito se celebre una serie indefinida de futuros contratos⁽²⁴⁾.

De la definición dada por el Código Civil y de acuerdo con lo mencionado en su Exposición de Motivos, se deduce que las cláusulas generales de contratación se caracterizan por: a) su prerredacción o predisposición unilateral, pues son elaboradas de manera previa por una de las partes contratantes (predisponente); y; b) su generalidad o uniformidad, ya que las cláusulas generales son concebidas para ser parte integrante de una serie indefinida de futuros contratos.

Por su parte, De la Puente considera que las cláusulas generales de contratación se caracterizan por: a) su predisposición; b) su generalidad y abstracción, y c) su inmutabilidad⁽²⁵⁾.

El legislador peruano, a través del artículo 1392º del Código Civil, sólo ha reconocido los elementos de predisposición y generalidad-abstracción, mas no el de inmutabilidad, ya que los artículos 1395º y 1400º

(23) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Estudios del Contrato Privado*, Cultural Cuzco, T. I, Lima, 1983, ps. 300/301.

(24) REVOREDO MARSANO, Delia, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Okura, T. VI, 1985, Lima, p. 54.

(25) DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, ps. 697/701.

permiten que las partes acuerden la inaplicación de determinadas cláusulas generales al contrato particular que celebran y puedan modificar algunas cláusulas generales agregando nuevas estipulaciones.

Las cláusulas generales de contratación también se encuentran reconocidas en la legislación comparada.

En España, el artículo 1º de la ley 7/1998 del 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, las define como aquellas “cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

El artículo 1º de la Ley alemana de Condiciones Generales de la Contratación (*AGB-Gesetz*) del 9 de diciembre de 1976, las define como “todas aquellas condiciones contractuales preformuladas para una pluralidad de contratos que una parte (predisponente) impone a la otra en el momento de la conclusión de un contrato”.

El artículo 2.19(2)º de los Principios de UNIDROIT denomina a las cláusulas generales de contratación como “cláusulas estándar” y las define como “aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte”. En el comentario de este artículo se señala que por cláusulas estándar debe entenderse “aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte. Lo que es decisivo no es su presentación formal (*v.gr.* si se incorporan a un documento independiente o si forman parte del contrato mismo, utilizadas en formularios impresos o simplemente en la computadora, etc.), ni quién las ha elaborado (la parte misma, una asociación profesional o comercial, etc.), ni su extensión (si consisten en un conjunto de disposiciones que incluyen casi todos los aspectos pertinentes del tipo de contrato del que se trate, o si sólo se refiere a una o dos disposiciones, por ejemplo, a la exclusión de responsabilidad y al arbitraje). Lo que sí es decisivo es que hayan sido predisuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto sin ser negociadas por la otra”⁽²⁶⁾.

(26) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, traducción de Alejandro M. GARRO, 2ª impresión, UNIDROIT, 2001, Roma, p. 57.

Para Rezzónico, las cláusulas generales de contratación se caracterizan porque son preformuladas y establecidas por el estipulante sin negociación particular, siendo concebidas con caracteres de generalidad, abstracción, uniformidad y tipicidad, determinando así una pluralidad de relaciones, con independencia de su extensión y características formales de estructura o ubicación⁽²⁷⁾.

De las definiciones citadas podemos concluir que la expresión cláusulas generales de contratación hace referencia, por un lado, al momento de la formulación del contenido del contrato, ya que son redactadas previamente para ser incorporadas, en el futuro, a una serie indefinida de contratos particulares. Resulta así, que las cláusulas generales de contratación tienen existencia jurídica propia antes de formar parte de los contratos que están destinadas a integrar, pero no son contratos en sí mismas, únicamente son condiciones que en un futuro formarán parte de contratos particulares. Por otro lado, las cláusulas generales de contratación son condiciones predisuestas por una de las partes para la celebración de una pluralidad de contratos en el futuro.

1.3. El contrato de hecho

En 1941 la doctrina alemana por intermedio de Günter Haupt⁽²⁸⁾, introdujo en el debate jurídico la teoría de las “relaciones contractuales de hecho” (*faktische Vertragsverhältnisse*), también conocida por la dogmática jurídica como “relaciones contractuales fácticas”, “contratos de hecho” o “relaciones jurídicas obligatorias derivadas de una conducta social típica”.

Las “relaciones contractuales de hecho”, en opinión de Haupt, crean relaciones jurídicas obligatorias iguales a las que genera un contrato, pero no emanan de la voluntad de contratar, sino de hechos a los que socialmente se les atribuye esos efectos jurídicos⁽²⁹⁾.

Según Haupt, las relaciones contractuales de hecho pueden provenir de tres situaciones distintas: a) del mero hecho de entrar en con-

(27) REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predisuestas. Condiciones generales negociales*, cit., p. 109.

(28) Vid. BIANCA, C. Massimo, “¿Son no contractuales los contratos en masa?”. En: *Estudios Sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, cit., p. 358; DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, p. 761; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., ps. 134/135.

(29) DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, p. 761.

tacto las personas con el fin de entablar entre ellas negociaciones; b) de contratos de hecho ineficaces, como la sociedad de hecho o el contrato de trabajo de hecho; y; c) de prestaciones del tráfico de masas, en las que las obligaciones surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento sin previa declaración de voluntad⁽³⁰⁾.

Haupt consideró que a estas situaciones se les debe denominar *relaciones contractuales de hecho* por las siguientes razones: i) *contractuales*, porque tienen los mismos efectos que tendría un contrato celebrado con ese objeto; y, ii) *de hecho*, porque se originan, no en un contrato, sino en una conducta de hecho⁽³¹⁾.

En relación con el contrato de hecho, Di Majo ha destacado que la celebración del contrato es distinta en la sociedad caracterizada por las relaciones en masa, ya que el intercambio de prestaciones no es precedido por tratativas destinadas a confluir en la formación de acuerdos, circunstancia que ha inducido a los juristas a hablar de “relaciones contractuales de hecho”, es decir, de relaciones cuya fuente no es el contrato entendido como intercambio de consentimientos, sino los comportamientos de hecho que tienen un claro significado desde el punto de vista económico-social⁽³²⁾.

En sentido similar, Larenz⁽³³⁾ destaca que el moderno tráfico de masas trae consigo que, en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes o nazcan obligaciones sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones, surge una oferta pública de hecho y una aceptación de hecho de la prestación que no suponen declaraciones de voluntad, pero sí implican una conducta que, por su significado social típico, tiene los mismos efectos que la actuación jurídica del negocio.

Para Díez-Picazo, la teoría de las relaciones contractuales de hecho trata de explicar de qué manera surgen unas relaciones jurídicas en todo iguales a las contractuales, sin que en su origen pueda encontrarse un verdadero contrato, por no haberse producido las necesarias y

(30) *Ibidem*, p. 761.

(31) BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*, 6ª. ed. Actualizada, Perrot, 1973, Buenos Aires, p. 32.

(32) DI MAJO, Adolfo, “La Celebración del Contrato”, en *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, cit. ps. 196/197.

(33) LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, trad. de Jaime Santos Britz, Editorial Revista de Derecho Privado, T. I, 1958, Madrid, p. 58.

válidas declaraciones de voluntad de las partes constitutivas del contrato mismo⁽³⁴⁾.

En buena cuenta, la teoría de las relaciones contractuales de hecho trata de aquellos supuestos en los que las obligaciones nacen de comportamientos o conductas de hecho a los que socialmente se les atribuyen consecuencias jurídicas (conductas sociales típicas). Para esta teoría, la conducta o el comportamiento de hecho es la fuente generadora de las obligaciones, es la manera como se expresa la declaración de voluntad que contiene la intención de contratar. Si bien no hay un acuerdo contractual expreso, debido a que las partes contratantes no declaran expresa y coincidentemente su voluntad de contratar, sí hay un acuerdo contractual tácito, ya que los comportamientos concluyentes son considerados como declaraciones tácitas de voluntad que permiten formar el consentimiento.

Como destaca De la Puente, el comportamiento es, pues, una manera tácita de declarar la voluntad. Esto determina que el comportamiento del empresario, al poner a disposición del público sus bienes o servicios, constituya, según el sistema peruano, una declaración de voluntad de invitar a ofrecer, a la que corresponde el comportamiento del usuario de disponer del bien o utilizar el servicio⁽³⁵⁾.

Las relaciones contractuales de hecho se encuentran contempladas en el artículo 1396° del Código Civil peruano de la siguiente manera: “En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz”. Este artículo señala como comportamientos concluyentes: el consumo del bien o la utilización del servicio, entendiéndose por comportamientos concluyentes, aquellas conductas a las que el ordenamiento jurídico les atribuye de manera automática efectos jurídicos; por lo tanto, dichos efectos son imputados de pleno derecho a una declaración de voluntad o a un comportamiento específico. Así, por ejemplo, si una persona acude a un supermercado, toma un chocolate y lo ingiere antes de haber pagado su precio; aun cuando no ha existido una declaración de voluntad expresa para celebrar el contrato de compraventa, se entiende que éste se ha celebrado sobre la base del comportamiento indubitable de consumir el producto.

(34) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 134.

(35) DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, p. 763.

2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

La interpretación jurídica pertenece al género de la explicación, de la clarificación de un texto, y permite aclarar el contenido y el campo de aplicación de una norma. A partir de ello, podemos considerar a la interpretación del contrato como una especie del género “interpretación jurídica”.

En cuanto al término *interpretación*, conviene precisar que suele usarse tanto para indicar la actividad interpretativa, esto es, la operación consistente en determinar el significado del texto jurídico objeto de interpretación, como para indicar el resultado de llevar a cabo esa operación. En este sentido, se habla de *interpretación actividad* y de *interpretación producto*.

Este doble entendimiento de la interpretación ha sido reconocido por Guastini, quien señala que el término interpretación se utiliza para referirse: a) a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad); y; b) al resultado o producto de esta actividad (interpretación-producto)⁽³⁶⁾.

Así, la interpretación puede ser entendida como el procedimiento y método de investigación del significado de una declaración de voluntad, de lo cual se explica jurídicamente el contenido de la misma, y como el precepto querido por el declarante dentro del contexto social determinado⁽³⁷⁾.

Como expresa Albaladejo, la interpretación es la actividad dirigida a fijar el sentido de la declaración, esto es, a precisar cuál es la voluntad negocial que la declaración exterioriza⁽³⁸⁾.

Para Danz, la interpretación es la acción que tiende a fijar el sentido y significado de las manifestaciones de voluntad, especialmente de las palabras⁽³⁹⁾. La interpretación tiene, pues, como finalidad determinar los efectos jurídicos que han de producirse.

(36) GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer I. Beltrán, Gedisa, 1999, Barcelona, ps. 202/203.

(37) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “La interpretación de la ley y de los actos jurídicos en el derecho peruano”. En: *Revista de Derecho Comparado* 3, Rubinzal-Culzoni, 2001, Buenos Aires, p. 60.

(38) ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Bosch, 1958, Barcelona, p. 315.

(39) DANZ, Erich, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, Madrid, p. 3.

Por su parte, Betti señala que la interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica⁽⁴⁰⁾.

De todo ello, resulta claro que para la interpretación del contrato se hayan diseñado criterios hermenéuticos propios frente a los desarrollados para la interpretación de la ley, hecho que no debe ser entendido como si se tratase de una forma independiente o especial de interpretación jurídica, ya que ambas formas de interpretación buscan precisar cuál es el recto sentido y alcance de la voluntad objetiva⁽⁴¹⁾.

Al respecto, Díez-Picazo refiere que la interpretación de las normas es siempre una atribución de sentido y de significación a algo que por su naturaleza se presenta como una formulación abstracta de un *deber ser jurídico*. Mientras que la interpretación de un contrato es, por el contrario, interpretación de un *supuesto de hecho concreto* que es un comportamiento humano. La interpretación del contrato tiene, como todo, una función análoga a la función de las normas, pues se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes, considerándolas en su combinación a fin de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes⁽⁴²⁾.

Sobre el particular, Fernández Cruz señala que, en principio, la interpretación del contrato busca el significado de aquello que las partes han pactado. La finalidad de tal dinámica es establecer qué obligaciones y derechos nacen del contrato, es decir, cuáles son los efectos jurídicos que la voluntad objetiva (declaración o comportamiento) ha querido producir mediante el contrato⁽⁴³⁾.

(40) BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de José Luis De los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, 1975, Madrid, p. 95.

(41) En cuanto a la finalidad unívoca de la interpretación, FERRI señala que en “el campo jurídico, el problema de la interpretación concierne, por igual, al contrato, al negocio en general y a la ley. En todos los casos, como se concuerda en admitir, el procedimiento tiene la función de buscar y descubrir una voluntad: la voluntad del legislador o del testador o de los contratantes, manifestada, respectivamente, en la ley, en el testamento, en el contrato.” FERRI, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, cit., p. 143.

(42) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., ps. 393/394.

(43) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*, cit., p. 803.

En este sentido, Betti sostiene que la interpretación fija el contenido y reconstruye el significado de declaraciones y de comportamientos⁽⁴⁴⁾.

Ferri, en relación con este punto, considera que la interpretación del contrato debe encaminarse hacia la búsqueda de la voluntad objetivada en el contrato contenida en las normas privadas dictadas por las partes⁽⁴⁵⁾.

En sentido similar, Boffi considera que interpretar un contrato significa desentrañar el sentido de la declaración o de otro medio por el cual se manifestaron los celebrantes⁽⁴⁶⁾.

En efecto, la interpretación del contrato tiende a averiguar el contenido de un acto de autonomía privada según el propósito de sus autores⁽⁴⁷⁾. La interpretación del contrato es así una tarea de indagación de la concreta intención de los contratantes, pero es también una de atribución de sentido a la declaración⁽⁴⁸⁾.

En este orden de ideas, el objeto de la interpretación en el contrato son las declaraciones y los comportamientos, pues ellos fijan el contenido, el significado y los efectos queridos por las partes.

Por lo tanto, la interpretación del contrato no sólo consiste en un procedimiento hermenéutico que busca analizar y descifrar la existencia de una determinada declaración conjunta de voluntad, sino que también tiene por finalidad atribuirle a tal declaración un significado jurídicamente relevante.

2.1. Teorías sobre la interpretación del contrato

En la doctrina existen dos grandes teorías hermenéuticas para la interpretación de los contratos: la interpretación subjetiva (psicológica) y la interpretación objetiva (técnica)⁽⁴⁹⁾. La primera teoría se caracteriza por buscar el consentimiento en la voluntad interna o psicoló-

(44) BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 347.

(45) FERRI, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, cit., p. 144.

(46) BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tratado de las Obligaciones*, Astrea, 1979, Buenos Aires, p. 677.

(47) BIANCA, Massimo, *Diritto Civile. Il Contratto*, Dott A. Giuffrè, T. 3, 1992, Milano, p. 379.

(48) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 394.

(49) Sobre la teorías para interpretar los contratos puede consultarse la obra del profesor Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Sistemas de Interpretación de los Contratos*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1971.

gica de las partes. La segunda, en cambio, se caracteriza por buscar el consentimiento en las declaraciones y comportamientos de las partes, esto es, en la voluntad declarada.

2.1.1. *Teoría subjetiva o de la voluntad*

La teoría subjetiva de la interpretación del contrato recoge la dogmática expuesta por la teoría voluntarista del acto jurídico, que fue sostenida por la doctrina francesa y que se remonta a los jurisconsultos romanos. Para esta teoría, el consentimiento debe ser buscado en la voluntad interna o psicológica de las partes, prevaleciendo el ámbito interno y subjetivo del pensamiento por sobre las declaraciones manifestadas o los comportamientos ejecutados por las partes (ámbito externo y objetivo).

Conforme a esta teoría, el intérprete debe investigar o reconstruir aquello que las partes pensaron durante la formación y celebración del contrato, es decir, la manera como se desarrolló el proceso psíquico-volitivo para la formación del consentimiento. A decir de Díez-Picazo, “la interpretación es subjetiva cuando se dirige a averiguar o a buscar la voluntad o la intención común de los contratantes (*voluntas spectanda*). Es una interpretación histórica del contrato, que persigue una reconstrucción del pensamiento, de la intención y del propósito de los autores de la regla contractual”⁽⁵⁰⁾.

En palabras de Rógel, “la interpretación subjetiva tiende a identificar, descubrir, traducir, explicar la intención común de los contratantes”⁽⁵¹⁾.

En Venezuela, Maduro y Pittier sostienen que el método subjetivo busca la intención común de las partes mediante un examen histórico o psicológico de lo que persiguen al contratar. Esta tesis se inspira en la autonomía de la voluntad y considera que la buena fe es el respeto consciente de lo que las partes han querido, es decir, el respeto de la tácita voluntad de los contratantes. Tratándose de intereses contrapuestos, la intención de cada parte será la que le produzca un resultado favorable; la labor del intérprete, por tanto, será buscar una armonía entre los intereses contrapuestos⁽⁵²⁾.

(50) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 395.

(51) RÓGEL VIDE, Carlos, *Derecho de Obligaciones y contratos*, en *Manuales Universitarios de Bolsillo*. Serie de Derecho, 2ª ed., revisada, José María Bosch Editor, 1999, Barcelona, p. 119.

(52) MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Cursos de Obligaciones Derecho Civil III*, 11ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, T. II, 2001, Caracas, p. 801.

Al respecto, Alessandri ha escrito que la teoría de la voluntad prescinde en absoluto de la declaración⁽⁵³⁾. En efecto, la teoría subjetiva “se preocupa de indagar cuál es la voluntad real de los contratantes. Trátese de establecer el verdadero pensamiento de los contratantes que debe prevalecer sobre la voluntad declarada”⁽⁵⁴⁾.

Esta teoría, que tiene un trasfondo de justicia por su búsqueda de la verdad, tiene detractores precisamente por la dificultad de conocerla y colocarla a la luz, pues en la práctica resulta sumamente difícil conocer cuál fue la verdadera común intención de los contratantes.

Como advierte Borda, “es evidente que la intención, justamente por ser puramente psicológica e interna, es inaccesible a los terceros y no puede ser la base de un negocio jurídico que, por ser tal, por ser fuente de derechos y obligaciones, quizá gravosas, debe tener un fundamento concreto, tangible, serio y seguro, condiciones que no podrían encontrarse en la intención”⁽⁵⁵⁾.

Según Ferri, “la voluntad común, objeto o fin de la interpretación del contrato, no puede ser la que emerge de una búsqueda o investigación de carácter psicológico, porque tal búsqueda o investigación no puede llevar al descubrimiento de la voluntad del particular, la cual es siempre irrelevante, al menos en vía directa, para efectos de la interpretación del contrato. Voluntad común no es, por lo tanto, la voluntad subjetiva o voluntad verdadera o real, sino la voluntad objetiva o normativa”⁽⁵⁶⁾.

La teoría de la interpretación subjetiva se encuentra reconocida en el artículo 1156° del Código Civil francés, que siguió fielmente el pensamiento de Pothier, para quien “débase buscar en las convenciones, cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, mejor que el sentido gramatical en sus términos”⁽⁵⁷⁾.

2.1.2. Teoría objetiva o de la declaración

Conforme a esta teoría, el consentimiento de las partes contratantes se forma a partir de lo declarado o comportado por ellas al momen-

(53) ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, Santiago, p. 70.

(54) MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, T. I, 1987, Santiago, p. 51.

(55) BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, cit., p. 39.

(56) FERRI, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, cit., p. 155.

(57) POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, 1978, Buenos Aires, p. 60.

to de celebrar el contrato. En ese sentido, para esta teoría la voluntad interna no tiene relevancia para determinar el consentimiento de las partes contratantes, ya que éste no ha sido manifestado a través de declaraciones o comportamientos.

Al respecto, Enneccerus sostiene que el intérprete, partiendo de la declaración y de las demás circunstancias que interesan para la interpretación, ha de investigar la voluntad real, pero sólo puede considerarla decisiva en tanto haya tenido expresión en la declaración⁽⁵⁸⁾.

En sentido similar, Ferri señala que la interpretación del contrato tiene por objeto la voluntad contractual, es decir, las normas que el contrato impone, y no la voluntad psicológica o subjetiva de los contratantes. Fundamenta su razonamiento en que si la interpretación se propusiera reconstruir la voluntad interna o psicológica de las partes, entonces se debería afirmar, verdaderamente, que ésta concierne al contrato como hecho; pero dado que se propone más bien reconstruir la voluntad normativa u objetiva, es decir, establecer qué normas y por lo tanto qué deberes y derechos nacen del contrato, es necesario afirmar que la interpretación se refiere al contrato como norma o derecho⁽⁵⁹⁾.

Para Díez-Picazo, la interpretación objetiva “es aquella operación que trata de eliminar las dudas y ambigüedades de la declaración contractual atribuyendo a la misma un sentido y un significado obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieron querer”⁽⁶⁰⁾.

Por su parte, Borda puntualiza que “el juez debe ocuparse de investigar no lo que el declarante ha querido en su interior —eso sería imposible—, sino lo que su declaración, tomada en conjunto, autoriza a creer que ha querido”⁽⁶¹⁾. Añade que por “declaración de voluntad no debe entenderse tan sólo la expresión verbal o escrita, sino también el proceder, actos o signos y aun el silencio en ciertos casos; en una palabra, la conducta externa que permita a la otra inferir la existencia de una voluntad de obligarse”⁽⁶²⁾. De ahí que “la voluntad expresada o declarada es la que sirve de base al negocio jurídico y es ella la que el

(58) ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, 13ª ed., Bosch, T. I, Vol. II, Barcelona, 1950, p. 406.

(59) FERRI, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, cit., p. xlv-xlvi.

(60) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 395.

(61) BORDA, *Manual de Contratos*, cit., p. 52.

(62) *Ibidem*.

juez procura investigar. El querer que no se manifiesta no cuenta para el derecho”⁽⁶³⁾.

Para esta teoría, “el intérprete de un acto nada tiene que ver con la intención de los agentes, porque ésta se ha agotado en la declaración (...). De esta suerte, dicho intérprete, especialmente si se trata de un juez, en lugar de perder tiempo averiguando la ya inasible voluntad de los agentes, debe darle a la declaración el sentido que mejor cuadre con la función que el acto está llamado a cumplir en la vida social”⁽⁶⁴⁾.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, desde el punto de vista del juez, la interpretación del contrato se presenta como una actividad de conocimiento: interpretar es “averiguar” el “verdadero” significado de las declaraciones y/o los comportamientos.

En consecuencia, “el método objetivo considera que buscar la común intención de las partes mediante una indagación psicológica o histórica es artificial, porque la intención de cada una de las partes es diferente. Al existir una ambigüedad o deficiencia en el contrato, cada una de las partes habrá pensado en la solución que le sea más favorable. Por ello, el juez, en vez de buscar una común intención de las partes, deberá atenerse al “bien común”, a la buena fe, a los usos contractuales y a la equidad, deberá basarse en lo que generalmente hacen otros contratantes, en lo que se deduce de lo que otras personas hubieran hecho al encontrarse en la misma situación”⁽⁶⁵⁾.

Como puede apreciarse, esta teoría sostiene la prevalencia de la voluntad manifestada (declaraciones o comportamientos) sobre la voluntad interna, pues considera que ésta, en sí misma, carece de trascendencia jurídica ya que la voluntad sólo produce efectos jurídicos cuando es exteriorizada. Por lo tanto, para interpretar el contrato no debe indagarse cuál ha sido la intención de los contratantes, sino el alcance que corresponde atribuir a la declaración, según el uso corriente, las costumbres, las prácticas admitidas en los negocios⁽⁶⁶⁾.

(63) *Ibidem*.

(64) OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 5ª. ed., Temis, 1998, Santa Fe de Bogotá, p. 407.

(65) MADURO LUYANDO y PITTIER SUCRE, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, cit., p. 801.

(66) MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, cit., p. 52.

2.2. Reglas generales para la interpretación de los contratos

El Código Civil peruano no recoge de manera directa ni explícita reglas para interpretar los contratos. Nuestro ordenamiento sólo ha establecido reglas para la interpretación de los actos jurídicos en general. Como todo contrato es un acto jurídico (bilateral o plurilateral), entonces, *mutatis mutandii*, se aplican las reglas del acto jurídico para su interpretación.

Las reglas que ha recogido el ordenamiento jurídico peruano son las siguientes:

- a) Interpretación de la voluntad declarada (artículo. 168° CC).
- b) Interpretación conforme al principio de la buena fe (artículo 168° CC).
- c) Interpretación sistemática (artículo 169° CC).
- d) Interpretación finalista (artículo 170° CC).
- e) Aplicación del principio de conservación del contrato.

2.2.1. Interpretación de la voluntad declarada

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 168° del Código Civil peruano de la siguiente manera: *el contrato debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él.*

Comentando el artículo referido, Vidal precisa que la interpretación no puede orientarse a la indagación de la voluntad real, no declarada, sino a precisar la voluntad manifestada partiendo de una necesaria presunción de que esta última corresponde a la intención del celebrante o celebrantes del acto jurídico⁽⁶⁷⁾. En efecto, el artículo 1361° del Código Civil peruano prescribe que: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

En sentido similar, Fernández Cruz señala que este precepto legal acoge una clara posición objetivista en lo referente a la búsqueda de “lo querido” por el sujeto bajo los límites de “lo declarado” (priorización de la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante), e

(67) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica, 2002, Lima, p. 260.

intenta la búsqueda del valor objetivo del acto jurídico, deduciéndolo de la declaración de voluntad del sujeto⁽⁶⁸⁾.

Para Lohmann, cuando el artículo 168º se refiere a “lo expresado”, “no deben entenderse única y exclusivamente las palabras utilizadas. Aunque sea una obligación para el declarante hacer saber su voluntad con palabras o expresiones adecuadas, no es labor del intérprete —según el espíritu del artículo— fijar el significado gramatical de éstas, sino lo que con ellas realmente se quiso significar. De otro lado, hay que recordar que el acto jurídico no tiene palabras, ni literalidad, ni cláusulas; la literalidad y las cláusulas son propias del escrito que documenta o reproduce la declaración de voluntad que constituye uno de los supuestos de hecho del negocio. Por añadidura, las palabras no sólo pertenecen al ámbito de lo escrito sino también de lo verbal. No deben confundirse, en consecuencia, las disposiciones que se extraen de la exteriorización de voluntad como actuación física de un querer interno, con el medio sensorial que hace, de algún modo, que resulte perdurable la expresión volitiva. Por otro lado, por cláusulas tampoco debe entenderse el orden externo y aparente de la manifestación volitiva, sino el conjunto de estipulaciones más o menos relacionadas entre sí que atribuyen sentido al conjunto”⁽⁶⁹⁾.

En consecuencia, para interpretar y descubrir la común intención de las partes (acuerdo o consentimiento) en el contrato, debe analizarse, en primer lugar, lo expresado en él, esto es, el contenido de las cláusulas del contrato si consta por escrito. Ello se desprende del artículo citado cuando establece que el acto jurídico (entiéndase el contrato) debe ser interpretado de acuerdo con lo expresado en él. Evidentemente, se parte del entendimiento que el texto del contrato es la mejor expresión de la voluntad contractual. Empero, si el contrato no constase en un documento, entonces se deberán interpretar las declaraciones y los comportamientos de las partes, anteriores, simultáneos y posteriores a la celebración del contrato. El intérprete deberá apreciar todo lo que las partes han hecho antes, durante y después de la formación del contrato.

2.2.2. Interpretación conforme al principio de la buena fe

La buena fe es uno de los principios de la contratación privada y sobre ella también se asienta la hermenéutica negocial. La buena fe

(68) FERNÁNDEZ CRUZ, “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”, cit., p. 810.

(69) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *El Negocio Jurídico*, 2ª ed., Grijley, 1997, Lima, p. 264.

como principio general, ha de tenerse altamente presente, no sólo en la interpretación del contrato, sino en todos los comportamientos que realiza el hombre cuando se relaciona con los demás.

Para Danz la palabra “buena fe” significa confianza, seguridad y honorabilidad, sobre todo en el cumplimiento de la palabra dada. La palabra “fe”, que proviene de fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando en que ésta no le engañará⁽⁷⁰⁾.

En definitiva, parece evidente y en ello es unánime la doctrina, que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres⁽⁷¹⁾.

Para López de Zavalía, este principio significa, a efectos de la interpretación de los negocios jurídicos, que el entendimiento de la relación debe ser de acuerdo con un comportamiento de corrección y de lealtad⁽⁷²⁾.

El principio de la buena fe, como canon hermenéutico para la interpretación jurídica, se encuentra recogido en los artículos 168º y 1362º del Código Civil peruano. El primero de los artículos referidos, establece que el acto jurídico debe ser interpretado según el principio de la buena fe. Por su parte, el artículo 1362º establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe.

De acuerdo con el principio de buena fe, el intérprete del contrato deberá tener en cuenta la confianza y las expectativas que las partes se generaron recíprocamente a través de la voluntad que expresamente declararon y que consta en el contrato celebrado, lo que no excluye el análisis de las expectativas reales que tuvieron en caso el texto no resulte claro.

La buena fe, objetivamente considerada, se debe apreciar *in abstracto*, por lo que el juzgador deberá prescindir de las creencias, persuasiones o intenciones psicológicas de los contratantes; perseguir la conducta socialmente exigible de las partes basándose en el estándar de razonabilidad y tomar en cuenta las circunstancias del caso con-

(70) DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, cit., p. 194.

(71) DE LOS MOZOS, José Luis, *El principio de la buena fe*, Editorial Bosch, 1965, Barcelona, p. 40.

(72) LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos*, Editorial Zavalía, 1984, Buenos Aires, p. 264-284.

creto para no perder de vista el equilibrio de los intereses de las partes. Por ello, la objetividad y su análisis abstracto no escapan de un cierto grado de subjetividad, pues ha de tomarse en cuenta el contexto social en que se desenvuelven los sujetos⁽⁷³⁾.

La apreciación objetiva de la buena fe es aquella que se realiza atendiendo al hecho que la persona al obrar debe ajustar la conducta a ciertos arquetipos o modelos, actuando como lo haría un hombre recto, con honestidad, lealtad y probidad.

En tal sentido, la buena fe objetiva establece supuestos de aplicación y modula el contenido de la obligación o del negocio, su sola invocación incorpora una función ordenadora a través de la cual penetra como modelo de conducta, que actúa como portadora de normas en sí o generadora de normas concretas.

Toda interpretación deberá efectuarse de forma tal que la conclusión a la que se llegue, refleje y respete la confianza que la voluntad declarada en el contrato generó en ambas partes. Asimismo, debe tenerse en consideración que la confianza surgida fue la que generó que se contratara en los términos en que se hizo y que las partes se comportaran como lo hicieron⁽⁷⁴⁾.

En conclusión, el principio de la buena fe impone a los contratantes el *deber jurídico* de comportarse leal y honestamente durante todas las fases de la contratación (negociación, celebración y ejecución). Además, constituye un criterio de interpretación que busca aprehender el significado de las declaraciones y comportamientos de las partes manifestados durante el desarrollo de todo el *iter contractual*, según un estándar de comportamiento: el de un hombre razonable o un buen padre de familia; en el campo contractual, diríamos, el de un buen contratante.

2.2.3. Interpretación sistemática

Este criterio hermenéutico de interpretación, derivado del principio de unidad del contrato, se encuentra recogido en el artículo 169º del Código Civil peruano, cuyo texto prescribe que “las cláusulas de los

(73) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “El principio de la buena fe” en: *Obligaciones y Contratos en los albores del Siglo XX, Libro Homenaje a Roberto M. López Cabana*, Abeledo-Perrot, 2001, Buenos Aires, ps. 767/768.

(74) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual”, en *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. III., p. 1746.

actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

De acuerdo con este principio, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Lo que se interpreta de la cláusula dudosa es su significación en forma coherente con el conjunto del texto contractual, tomando al contrato como una unidad indivisible.

En este sentido, una cláusula aparentemente dudosa debe ser contrastada con las restantes cláusulas del contrato, a fin de eliminar dicha duda, para determinar cuál es su significación y qué efectos debe producir.

Como bien ha señalado Betti, este principio se basa en que el negocio debe ser considerado como un todo unitario para luego ser interpretado en su totalidad; un todo entre cuyas partes singulares, preliminares y conclusivas no es admisible una separación neta⁽⁷⁵⁾.

Para la mejor aplicación de esta regla de interpretación debe considerarse que las cláusulas de un contrato no son independientes o autónomas; por el contrario, ellas se encuentran vinculadas e integradas a un programa contractual cuya fuente es el contrato concebido como una unidad orgánica, razón por la cual cada cláusula debe ser interpretada teniendo en cuenta que ella pertenece a un esquema contractual unitario.

Finalmente, debemos precisar que esta regla se encontraba en las doce reglas para la interpretación de las convenciones propuestas por Pothier. Así, la regla sexta establecía que “se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el acta, ya precedan o sigan a dicha cláusula”⁽⁷⁶⁾.

2.2.4. Interpretación finalista

De acuerdo con esta regla, la labor de interpretación debe estar orientada a buscar o preferir, entre todas las interpretaciones posibles, aquella que sea consistente con la finalidad del contrato o de la cláusula materia de interpretación.

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 170 del Código Civil cuando dispone que “las expresiones que tengan varios sentidos

(75) BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 348.

(76) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 62.

deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”.

Lohmann, al comentar este artículo, advierte que: “El objeto a que alude el artículo no es la cosa material sino el objetivo que el agente se propuso regular con su precepto a través de un cierto negocio. Es más, precisamente la materia final sobre la cual el agente declara su voluntad. El artículo, con el vocablo “objeto” quiere aludir, en consecuencia, a los temas o asuntos —en cuanto a finalidad objetiva— sobre los que recae el precepto negocial, sean cosas (en cuanto bienes materiales), o derechos o conductas. En este orden de ideas, si el negocio cuya declaración de voluntad se ha de interpretar alude a la traslación de dominio de dos fincas, lo que ha de ser materia de investigación no sólo es la precisión de si es una o ambas fincas, lo que tuvieron en mente los contratantes, sino si la enajenación es por venta, permuta, donación u otra figura jurídica”⁽⁷⁷⁾.

Sugiere este autor, que en cualquier caso, esta regla ha de ser estrechamente concordada y utilizada con las contenidas en los artículos 168° y 1361° del Código Civil peruano, desde que su propósito es, primeramente, determinar el alcance y significado de las expresiones o el comportamiento por medio de los que se exterioriza la declaración de voluntad⁽⁷⁸⁾.

Finalmente señala que la importancia de la interpretación objetiva a que se refiere el artículo 170° del Código Civil peruano “habrá de resultar significativa, muy especialmente en los negocios jurídicos de renuncia o limitación de derechos, dada la usual frecuencia con que los acreedores expresan no tener nada que reclamar al deudor, al declarar percibido su crédito. El intérprete, ante este tipo de conflictos, habrá de indagar el origen del negocio y a cuál derecho del acreedor se alude, para determinar los alcances de su voluntad y sobre qué crédito se propuso declarar. Este artículo también se aplica a los negocios de transacción”⁽⁷⁹⁾.

Para Bullard, este criterio de interpretación busca definir la causa del contrato o la razón de ser de la cláusula que es objeto de interpretación. En ese sentido, este método se asemeja al denominado *ratio legis* o razón de la ley, aplicable a la interpretación de normas jurídicas. En

(77) LOHMANN LUCA DE TENA, *El Negocio Jurídico*, cit., ps. 274/275.

(78) *Loc. cit.*

(79) *Loc. cit.*

la interpretación contractual ello implica buscar las funciones que el contrato debe alcanzar⁽⁸⁰⁾.

2.2.5. Aplicación del principio de conservación del contrato

Según el principio de conservación del contrato (*favor contractus*), cuando una cláusula puede ser interpretada de formas distintas, habrá que elegir aquella que implique un significado útil de la declaración en vez de la interpretación según la cual la declaración no produciría ningún efecto jurídico.

El principio *favor contractus* está orientado a cautelar la función social que el contrato cumple. La utilidad de éste, en la vida de relación intersubjetiva genera que el ordenamiento jurídico tienda a protegerlo.

Bullard señala que, según el principio de conservación del contrato, entre dos interpretaciones de un término contractual debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula⁽⁸¹⁾.

Para Alterini, el principio de conservación implica también que “las palabras usadas al celebrar deban ser tomadas en el sentido que dé más eficacia a la estipulación”⁽⁸²⁾. Por ejemplo, si al interpretar una cláusula obtenemos como resultado que una de las posibles interpretaciones nos conduce a la ineficacia de la misma, se debe preferir la interpretación que dé como resultado su eficacia.

Obviamente, si el contrato adolece de alguna causal de nulidad, no hay forma de aplicar el principio de conservación del contrato, pues si éste es nulo, no se creó relación jurídica alguna entre las partes y tampoco habrán surgido derechos u obligaciones para los otorgantes.

Este principio hermenéutico también fue propuesto en la regla segunda de Pothier de la siguiente manera: “cuando una cláusula es susceptible de dos interpretaciones, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto”⁽⁸³⁾.

(80) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la interpretación contractual”, cit., p. 1749.

(81) *Ibidem*, p. 1756.

(82) ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos Civiles (Comerciales-De consumo). Teoría General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 416.

(83) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 62.

3. REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS PREDISPUESTOS

Los contratos predispuestos (contratos por adhesión, cláusulas generales de contratación y contratos de hecho) tienen naturaleza contractual; por ende, a ellos también les son aplicables los principios y las reglas de la teoría general del contrato.

En tal sentido, para interpretar un contrato predispuesto deben aplicarse las mismas reglas generales que se utilizan para interpretar cualquier contrato privado, como son la: Interpretación de la voluntad declarada, el principio de la buena fe, la interpretación sistemática, la interpretación finalista y el principio de conservación del contrato.

Sin embargo, debido a que estos contratos han sido redactados unilateralmente por una de las partes (el predisponente) sin la participación del otro contratante (el adherente), la doctrina y la legislación comparada han diseñado reglas particulares para interpretar el contenido de los contratos por adhesión y de los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación.

Estas reglas especiales son:

- a) Regla de prevalencia;
- b) Regla de la cláusula más beneficiosa;
- c) Regla de la interpretación *contra stipulatorem*.

3.1. Regla de la prevalencia

Esta regla de la hermenéutica contractual es la que mayor aplicación ha logrado. De acuerdo con ella, la discrepancia entre el contenido de una cláusula general y el de una cláusula particular agregada al contrato predispuesto por las partes, origina la primacía de lo que dispone la última⁽⁸⁴⁾.

La regla de la prevalencia encuentra su fundamento en el hecho que las cláusulas particulares son las que mejor reflejan la voluntad común de los contratantes⁽⁸⁵⁾, por lo que resulta lógico conceder mayor relevancia a las estipulaciones o cláusulas que fueron negociadas e incluidas por los contratantes en el contrato celebrado.

(84) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 412.

(85) *Ibidem*.

Para Benítez, la legitimidad de la regla de la prevalencia de las cláusulas negociadas sobre las cláusulas predispuestas está dada por el respeto a la autonomía privada, mientras que las cláusulas predispuestas, en cambio, responden a la supremacía negocial del predisponente⁽⁸⁶⁾.

La regla de la prevalencia se encuentra regulada en el artículo 1400⁽⁸⁷⁾ del Código Civil peruano. Según este artículo, “las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto”.

De la lectura del citado artículo podemos señalar que para efectos de la aplicación de dicha regla es necesario que concurren dos presupuestos: a) que exista una contradicción entre una cláusula general y una cláusula agregada (negociada); y b) que ambas cláusulas sean eficaces jurídicamente, pues la ineficacia de una de ellas generaría la no existencia del conflicto.

Por consiguiente, según la regla de la prevalencia, las cláusulas negociadas de manera conjunta por las partes y agregadas a los contratos estandarizados, prevalecen sobre las cláusulas generales redactadas unilateralmente por los empresarios, siempre que exista una contradicción interna entre ellas, aun cuando no hubiesen sido dejadas sin efecto.

La aplicación de esta regla tiene como efecto una doble consecuencia: en primer término, la propia inaplicación de la cláusula general discrepante; en segundo lugar, la aplicación de la cláusula particular, siempre que ésta sea eficaz.

De otro lado, también es posible sostener que ante la falta de acuerdo entre las partes, éstas han querido someterse a la regulación contemplada en las cláusulas generales. Si por el contrario, el acuerdo de las partes es en sentido distinto a lo regulado por las cláusulas generales, aun cuando tal acuerdo resulte ineficaz, tendrá relevancia en el sentido que la voluntad de las partes ha sido no someterse a la

(86) BENÍTEZ CAORCI, Juan J. *La interpretación en los contratos con cláusulas predispuestas*, Temis, 2002, Bogotá, p. 81.

(87) En opinión de Manuel DE LA PUENTE, el artículo 1400 desvirtúa la naturaleza de los contratos predispuestos, ya que una característica fundamental de las cláusulas generales de contratación radica en la inmutabilidad de sus cláusulas. DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, p. 813.

regulación prevista en el clausulado general. En tal caso, si una cláusula particular resultara ineficaz, se generaría una laguna contractual que ha de ser cubierta con las normas legales dispositivas aplicables al contrato.

En la doctrina se discute si la regla de la prevalencia es una regla de interpretación o una regla de inclusión⁽⁸⁸⁾. Al respecto, es mayoritario el sector doctrinario que la reconoce como una regla de interpretación y ello se refleja no sólo en la legislación comparada⁽⁸⁹⁾, sino también en la propia doctrina. En este sentido, Díez-Picazo considera que el fundamento de esta regla “se encuentra en la idea de que las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes que las condiciones generales”⁽⁹⁰⁾. De igual parecer era el desaparecido maestro Guillermo A. Borda cuando advirtió que “si existe contradicción entre las cláusulas impresas y las manuscritas o dactilografiadas, prevalecen éstas, que deben admitirse como la expresión de la verdadera voluntad de las partes”⁽⁹¹⁾.

Para Ferri, las condiciones generales constituyen en sí mismas sólo una especie de modelo de contrato y son eficaces únicamente si el contrato llega a celebrarse. Por lo tanto, si las partes acuerdan derogarlas, el contrato celebrado las vincula dentro de los límites del

(88) Al respecto, algunos autores señalan: “Como la estructura general de la interpretación contractual consiste en ser una actividad encaminada a descifrar o determinar el significado de la declaración negocial, mal podría la receta de la prevalencia encuadrarse dentro de tal tarea (...)”, así, la regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las cláusulas predisuestas no sería verdaderamente una regla de interpretación *strictu sensu*, sino “un requisito negativo de inclusión o incorporación de las cláusulas contractuales en la relación de consumo y un instituto cuya principal finalidad consiste en avalar y garantizar indemne el respeto de la autonomía privada de los particulares”, consistente en que ante la existencia de contradicciones en el clausulado contractual, deben primar aquellas cláusulas que sean la más fiel personificación de la libre co-determinación de los contratantes. Cfr. BENÍTEZ CAORCI, *La interpretación en los contratos con cláusulas predisuestas*, cit., ps. 82/83.

(89) Principios de Derecho Europeo de los Contratos, artículo 5:104: Preferencia en favor de los términos negociados: Los términos pactados de manera individual tienen preferencia sobre los que no lo han sido. Principios de UNIDROIT, artículo 2.21. En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última. Código Civil italiano, artículo 1342. En los contratos celebrados mediante la suscripción de modelos o formularios, predisuestos para regular de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al modelo o formulario, si fueran incompatibles con las mismas, incluso si éstas no hubieran sido canceladas.

(90) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 412.

(91) BORDA, Guillermo, *Manual de Contratos*, cit., p. 58.

acuerdo adoptado, aunque sea en oposición a las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes⁽⁹²⁾.

De este modo, las cláusulas negociadas que han sido agregadas al contrato prevalecen sobre las cláusulas generales de contratación, aún si éstas no hubieran sido modificadas o dejadas sin efecto, ya que la cláusula agregada contiene la verdadera voluntad común de las partes, pues ha sido negociada, a diferencia de la cláusula general que contiene sólo la voluntad del empresario-predisponente.

En el supuesto de presentarse un conflicto entre las partes contratantes respecto de la prevalencia de las cláusulas del contrato predispuesto, cualquiera de ellas puede solicitar al Juez que las cláusulas agregadas al contrato prevalezcan sobre las cláusulas generales redactadas unilateralmente por el predisponente, siempre que dichas cláusulas sean contradictorias. De comprobarse la incompatibilidad, el Juez deberá emitir sentencia declarando ineficaces las cláusulas generales que son contradictorias con las cláusulas agregadas, con lo cual prevalecerán y se aplicarán estas últimas.

Por nuestra parte, consideramos a la regla de la prevalencia como una norma especial para la interpretación de los contratos predispuestos, pues, como ya vimos, la cláusula particular es el reflejo de la voluntad común de las partes contratantes; por ende, cualquier cláusula general que se le oponga debe ser sustituida por ella. Resulta incuestionable que el consentimiento, fruto de la libertad contractual de ambos contratantes, debe primar sobre las cláusulas contractuales redactadas unilateralmente por una de las partes.

3.2. Regla de la cláusula más beneficiosa

La regla de la cláusula más beneficiosa no ha sido acogida por el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de lo que sucede en España que la incluye en el artículo 6.1º de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de la siguiente manera: “Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

(92) FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el Contrato. Curso de Derecho Civil*, cit., ps. 107/108.

Conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, cuando exista contradicción entre una cláusula general y una cláusula particular, se aplicará la cláusula más beneficiosa para el adherente, sin importar si se trata de una cláusula general o de una particular.

Podría entenderse que esta regla contradice al precepto de la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, en tanto permitiría que el acuerdo de las partes contenido en una cláusula particular sea desplazado por una cláusula general, con lo que se atentaría contra el principio de la autonomía privada de las partes expresada en la inclusión de la cláusula particular. A pesar de ello, cabe reconocer que esta regla introduce una eficaz medida de protección al adherente contra prácticas de mala fe del oferente (predisponente), que pueden constituir formas de abuso del derecho e inclusive de fraude a la ley.

En opinión de Díez-Picazo, “por condición más beneficiosa debe entenderse aquella que amplíe el ámbito de los derechos del adherente o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes”⁽⁹³⁾.

En consecuencia, cuando se presenta una divergencia entre una cláusula general y una cláusula particular, conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, se deberá aplicar la que resulte más favorable para el adherente, en caso no pudiera determinarse cuál es la cláusula más beneficiosa, prevalecerá la particular sobre la general⁽⁹⁴⁾. Así, existe un orden de prelación en la aplicación de ambas reglas: en primer lugar, el intérprete deberá utilizar la regla de la condición más beneficiosa, y sólo después deberá aplicar la regla de la prevalencia.

3.3. Regla *contra stipulatorem*

La regla *contra stipulatorem*, cuyo origen se encuentra en el derecho romano, ha sido recogida por casi todas las legislaciones civiles. Ella es la consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa y es conocida también como interpretación *contra proferentem*. Esta regla también fue propuesta por Pothier en sus doce reglas para la interpretación de las convenciones. En la regla séptima el jurista francés sentenció: “En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación”⁽⁹⁵⁾.

(93) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 413.

(94) *Ibidem*, ps. 412/413.

(95) POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 62.

Esta regla también ha sido recogida por el artículo 1401° del Código Civil peruano. Para el legislador peruano, “Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.”

En el ámbito del Derecho del Consumidor, el artículo 5° de la Directiva 93/13/CEE del Consejo establece que “en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

En igual sentido, el artículo 5:103° de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos reconoce la regla *contra stipulatorem* estableciendo que “en caso de duda, los términos del contrato que no se hayan pactado de manera individual, se interpretarán preferiblemente contra la parte que los hubiera propuesto”.

El Código Europeo de los Contratos también la recoge en su artículo 40.3°, al establecer que “en caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor”.

Esta regla aparece enunciada como una sanción al predisponente, esto es, a la parte redactora de las cláusulas ambiguas, dudosas o imprecisas del contrato predispuesto. “La sanción consiste en no ser favorecido con la interpretación. Pero si bien se mira, hay, además, un fin de protección de intereses impuestos por la buena fe: no favorecer al causante de la oscuridad quiere decir favorecer a su adversario.”⁽⁹⁶⁾

Para Rógel, “la ‘*interpretatio contra stipulatorem*’ [sanciona] a quien viola el deber de explicarse con claridad, [y] es una especificación del principio de la buena fe (...)”⁽⁹⁷⁾.

En tal sentido, en aplicación de la regla *contra stipulatorem*, el contrato o la cláusula se interpreta “contra el redactor, esto es, *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, de la cual se deriva que los formularios impresos, en cuanto consagran ventajas para quien los proporciona a la otra parte, deben ser interpretados restrictivamente; *stipulator* significa, en este caso, el que habiendo formulado la cláusula, estaba

(96) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 399.

(97) RÓGEL VIDE, “Derecho de Obligaciones y contratos”, cit., p. 121.

en condiciones de expresarse con claridad y en cambio ha resultado ambiguo”⁽⁹⁸⁾.

En sentido similar, los Stiglitz señalan que la “interpretación *contra proferentem* importa una aplicación del principio de buena fe, imponiendo una sanción a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente”⁽⁹⁹⁾.

De la Puente, al comentar el artículo 1401º, señala que “no es criticable, como se ha visto, la regla *contra stipulatorem*. Por el contrario, es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte. Lo censurable es que a este procedimiento se le llame ‘interpretación’”⁽¹⁰⁰⁾.

A diferencia del maestro peruano, nosotros creemos que la regla *de la interpretatio contra proferentem o contra stipulatorem* sí constituye una regla de interpretación de los contratos predispuestos o estandarizados. En este sentido, concordamos con Sconagmiglio, para quien “la razón de ser de esta solución ha de buscarse no sólo en la consabida necesidad de la tutela del adherente, sino también, y quizá principalmente, en la consideración de que el sujeto que predispone las cláusulas ha debido hablar claro si quería darle a la cláusula un sentido favorable a él, y si no lo hizo mal puede pretender dárselo valiéndose de la duda (...)”⁽¹⁰¹⁾.

En tal sentido, la regla *contra stipulatorem* “(...) impone al intérprete elegir, entre los significados posibles, el más beneficioso para el adherente concreto, de modo que las condiciones que impongan obligaciones al adherente han de interpretarse de modo restrictivo, mientras que las que reconocen derechos deben serlo de modo extensivo”⁽¹⁰²⁾. De ahí que la parte contratante —adherente— que celebra un contrato

(98) ALTERINI, *Contratos Civiles - Comerciales - De Consumo. Teoría General*, cit., ps. 419/420.

(99) STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén, *Contratos por Adhesión. Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*, Depalma, 1985, Buenos Aires, p. 80.

(100) DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en General*, cit., T. I, p. 829.

(101) SCONAGMIGLIO, Renato, *Teoría General del Contrato*, trad. de Fernando Hiestrosa, Universidad Externado de Colombia, 1996, Bogotá, p. 187.

(102) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 413.

con cláusulas predisuestas deba obtener el beneficio de una interpretación a su favor en caso de duda.

Como advertía Guillermo A. Borda, “es menester poner cuidado en la aplicación de esta regla. Porque si bien en principio es el autor de la declaración el que debe pagar la culpa de su error u oscuridad, es necesario contemplar la posibilidad de que el recipiente, apercibiéndose de que la oscuridad de algunas cláusulas le permitirá más tarde sostener alguna interpretación que lo favorezca, aunque ello no haya estado en el ánimo del declarante, acepte la declaración para medrar con la ambigüedad de sus términos. El Juez no debe prestarse a este juego de viveza y debe pronunciarse por la parte que ha obrado de buena fe. (...) En negocios es necesario el juego limpio; y este *fair play* se impone a ambas partes”⁽¹⁰³⁾.

Para Alfaro la aplicación de esta regla exige la concurrencia de tres requisitos: a) el carácter dudoso de la cláusula predisuelta; b) la imputabilidad de la duda al predisponente; y c) el carácter subsidiario de la interpretación *pro consumidor*⁽¹⁰⁴⁾.

Por último, esta regla no hace sino revivir lo que se sostenía en el derecho romano respecto de la llamada regla de la imprecisión, es decir, que cuando una estipulación resultaba dudosa, la ambigüedad se interpretaba en contra del estipulante, o sea, del acreedor: *cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est* (D.34.5.26).

4. PROPUESTA DE REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PERUANO EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN

Mediante la Ley N° 26394 de fecha 22 de noviembre de 1994, modificada por la Ley N° 26673 del 22 de octubre de 1996, se creó una *Comisión Especial para la Reforma del Código Civil peruano*.

Durante la presidencia del doctor Jorge Avendaño, la Comisión aprobó un Anteproyecto de Reformas parciales al Código Civil en el año 2004, las mismas que fueron publicadas en el portal del Ministerio de Justicia y del Congreso de la República para su difusión y recepción de comentarios y sugerencias. En el referido Anteproyecto se propuso

(103) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil, Parte General II*, 12° ed. actual, Perrot, 1999, Buenos Aires, p. 134.

(104) Cit. por BENÍTEZ CAORCI, *La interpretación en los contratos con cláusulas predisuestas*, cit., p. 75.

la reforma de los artículos 168º, 169º y 170º del Código Civil referidos a las reglas de *Interpretación de los Actos Jurídicos*. Este Anteproyecto se aprobó sobre la base de la propuesta que presentó el doctor Guillermo Lohmann Luca de Tena, miembro notable de nuestra Comisión Reformadora.

El doctor Lohmann consideró que era necesario incluir en el Código Civil otras reglas de interpretación no recogidas por el codificador de 1984 y hacer algunas precisiones a las reglas interpretativas vigentes. En la Exposición de Motivos del Anteproyecto, el autor de las propuestas manifestó: “En materia de interpretación, se han ampliado las reglas de hermenéutica, incorporando criterios que la doctrina acepta sin reparos y que al quedar recogidos en el ordenamiento posibilitarán que los usuarios tengan a la mano criterios oficiales conducentes a descubrir el sentido de lo que se hubiera expresado”.

El Anteproyecto publicado y difundido, que lamentablemente aún se materializa en ley vigente, contempla propuestas de modificación de los artículos referidos a la *Interpretación del Acto Jurídico*, reglas que, como ya hemos manifestado, se aplican también a los contratos negociados por ambas partes o a los contratos prerredactados por una de ellas. El texto de la propuesta modificatoria es el siguiente:

“TÍTULO IV

Interpretación

Artículo 168.- Lo expresado y el propósito de los declarantes.

- 1. El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*
- 2. Cuando el sentido literal de las palabras fuera contrario al propósito exteriorizado, prevalece éste sobre aquéllas.*
- 3. Para determinar el propósito del sujeto o los sujetos, se deberá tener en cuenta su comportamiento total, incluso el anterior y el posterior a la celebración del acto jurídico.*

Artículo 169.- Interpretación sistemática. Disposiciones explicativas. Principio de conservación.

- 1. Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*
- 2. Cuando el acto contenga una disposición explicativa, se entenderán incluidos en ella los supuestos a los que de acuerdo con las circunstancias tal disposición pueda razonablemente aplicarse.*

3. *El acto jurídico y cada una de sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto, y no en aquél según el cual no tendrían ninguno.*

Artículo 170.- Interpretación finalista. Disposiciones generales. Aplicación de los usos.

1. *Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza, objeto y finalidad del acto.*

2. *Cualquiera que sea la generalidad de las expresiones del acto, no se entenderán incluidos supuestos diferentes de aquellos sobre los que los sujetos se propusieron celebrarlo.*

3. *Cuando las circunstancias lo requieran, en la interpretación del acto jurídico se debe atender a los usos y costumbres aplicables.”*

5. CONCLUSIÓN

Cuando las personas declaran su voluntad de celebrar un contrato lo hacen con la finalidad de satisfacer una necesidad actual, concreta y real. Es el Derecho, a través de las normas jurídicas vigentes, el que atribuirá determinados efectos jurídicos a la declaración de los contratantes.

Por lo tanto, la labor del profesional del Derecho, al interpretar un contrato, será determinar el sentido y alcance de la declaración de voluntad de los contratantes con la finalidad de otorgarle ciertos efectos jurídicos al contrato que han celebrado.

Si bien la interpretación del contrato se presenta generalmente cuando una cláusula o estipulación es ambigua o dudosa, ello no debe conducirnos a afirmar que las cláusulas o estipulaciones claras no se interpretan, amparándonos en el viejo brocardo: *In claris non fit interpretatio*. Desde estas líneas expresamos nuestra discrepancia frente a los que sostienen, sobre la base de este aforismo romano, que sólo se interpretan las cláusulas dudosas o ambiguas.

Creemos que todo se interpreta; aún las leyes o cláusulas contractuales “claras” son susceptibles de interpretación, ya que para llegar a la conclusión de que el texto es “claro”, previamente se ha tenido que interpretarlo. La interpretación de las leyes o contratos es, pues, la actividad diaria que realiza un profesional del Derecho, sea éste magistrado, abogado en ejercicio, árbitro, profesor universitario, registrador, notario, etc.

Como afirma Fernando De Trazegnies: “Hay un mito —que, en el fondo, no es sino un arma dialéctica dentro de esa confrontación cotidiana de puntos de vista que es la actividad jurídica— que sostiene

que la interpretación de una norma o de un contrato es una operación extraordinaria y excepcional que tiene lugar sólo en los raros casos en que las palabras del texto no bastan para comprender el sentido porque son oscuras o confusas”⁽¹⁰⁵⁾.

Coincidimos con Fernando de Trazegnies cuando sostiene que “todo enunciado —jurídico o de otra clase— tiene que ser interpretado para obtener de él un significado útil —comprensible— desde el punto de vista de nuestra cultura y de nuestra realidad: los enunciados no tienen un sentido propio, sino una significación que, enmarcada por las palabras, requiere completarse con su entorno conceptual y cultural dentro de una realidad concreta. El texto no es nada sin un contexto, como un recipiente no es nada sin su contenido. De ahí que todo deba ser objeto de un análisis racional que permita completar el texto; en cambio, quedarse en las palabras del texto es no pasar del recipiente. Como decía Gastón Bachelard, ‘lo que cree saberse claramente, ofusca lo que debiera saberse’, porque no permite encontrar toda la riqueza de contenidos que tiene ese recipiente textual. La claridad, lejos de ser una virtud, se convierte así en un obstáculo epistemológico”⁽¹⁰⁶⁾.

Dentro de la hermenéutica contractual cabe preguntarse si los contratos predispuestos, es decir, aquellos redactados unilateralmente por uno de los contratantes e impuestos al otro para que contrate o no bajo esas condiciones, deben interpretarse de la misma manera o bajo las mismas reglas que los contratos negociados que son fruto de la libertad contractual de las partes contratantes.

Téngase presente que la falta de negociación y discusión de las condiciones contractuales en los contratos predispuestos constituye una situación de desigualdad entre las partes, más aún cuando se está ante productos o servicios indispensables y el mercado no ofrece alternativas de auténtica competitividad⁽¹⁰⁷⁾. Por ello, para evitar abusos y excesos de parte del contratante que redacta unilateralmente el contenido del contrato en perjuicio del contratante que se adhiere a

(105) DE TRAZEGNIES, Fernando, “La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal”, en *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, T. III, p. 1606.

(106) *Ibidem*, p. 1607.

(107) La falta de negociación del adherente en este tipo de contratos es suplida por la oferta de esos bienes o servicios en el mercado. En un mercado óptimo o idóneo, en el que existe una competencia activa y eficaz, la posibilidad de optar por una mejor alternativa —en calidad, condiciones y/o precio— viene a ser el producto de la “negociación” de toda la sociedad, lo cual es más completo y eficiente.

las condiciones impuestas, los contratos predispuestos (contratos por adhesión, contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación y contratos de hecho) no pueden seguir el mismo derrotero que los contratos negociados.

En este contexto, para interpretar un contrato predispuesto se aplicarán dos grupos de reglas: i) reglas generales diseñadas para interpretar todos los actos jurídicos y todos los contratos; y, ii) reglas especiales concebidas única y exclusivamente para la interpretación de los contratos predispuestos.

Las reglas generales aplicables a todos los contratos son: la interpretación de la voluntad declarada, la buena fe, la interpretación sistemática, la interpretación finalista y el principio de conservación del contrato.

Las reglas especiales que la legislación y la doctrina comparada han recogido y desarrollado para la interpretación de los contratos predispuestos son: i) regla de prevalencia; ii) regla de la cláusula más beneficiosa; y iii) regla de la interpretación *contra stipulatorem*. Según la *regla de la prevalencia*, las cláusulas negociadas conjuntamente por las partes y agregadas a los contratos predispuestos prevalecen sobre las cláusulas generales redactadas unilateralmente por el empresario, siempre que exista una contrariedad interna entre ellas, aún cuando no hubiesen sido dejadas sin efecto. La *regla de la cláusula más beneficiosa* establece que cuando exista contradicción entre una cláusula general y una cláusula particular se aplicará la cláusula más beneficiosa para el adherente, sin importar si se trata de una cláusula general o de una particular. Por último, la *regla contra stipulatorem* permite que frente a las estipulaciones o cláusulas generales dudosas o ambiguas, el intérprete elija la interpretación que favorezca al contratante que no las redactó.

En el mundo del Derecho no hay verdades absolutas, pues éste evoluciona constantemente, conforme se transforma la sociedad y el mundo en general. La ciencia jurídica es fundamentalmente una construcción humana que representa la ideología imperante en un tiempo y lugar determinado, por ello, es por definición incompleta e imperfecta; y, por lo tanto, susceptible de revisión y aprendizaje de la experiencia. En tal sentido, nadie puede decir que tiene la verdad sobre alguna materia jurídica. Lo que hay en el mundo jurídico son posturas, perspectivas, maneras de ver las cosas, formas de interpretarlas. Lo escrito en materia de interpretación de los contratos predispuestos representa la forma cómo percibimos esta temática, de esta forma pre-

sentamos nuestra hipótesis sobre la problemática de la hermenéutica en los contratos predispuestos.

Para finalizar, nos parece oportuno recordar las reflexiones de Emilio Betti expresadas durante la prolucción al curso de Derecho Civil en la Universidad de Roma el 15 de mayo de 1948. Decía en aquella ocasión el maestro italiano: “Somos, por consecuencia, bien conscientes de poder fallar, con nuestros medios, en el desarrollo de la ardua tarea, bien conscientes de que la verdad no puede ser objeto de una posesión definitiva, y mucho menos serlo del monopolio o de la exclusividad de alguno, sino meta de una inspiración, que es perenne, porque nunca queda plenamente colmada; que es común, porque de ella ningún ser humano, por cualquier razón, debe ser excluido. Conscientes de todo esto, rechazamos como absurda y ultrajante, venga de donde venga, toda pretensión de monopolizar por sí la verdad, lo mismo que la moral. Rechazamos como inmoral toda forma de intolerancia, que niegue a los demás la libertad de manifestar una idea diferente o acaso opuesta. Bien lejos de levantar la voz, acusando de ceguera mental o moral al que sostiene puntos de vista opuestos al nuestro, rehusamos todo supino o farisaico conformismo y creemos firmemente en el beneficio de la discusión objetiva y de la serena polémica como instrumento de recíproca ilustración en todos los campos del pensamiento y, sobre todo, en el proceso dialéctico del conocimiento científico. Esta es nuestra profesión de fe”⁽¹⁰⁸⁾.

(108) BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 24.

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

Por Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Evolución de la Sociedad Anónima. 2. Las situaciones aberrantes. 3. Las respuestas jurídicas. 3.1 El derecho de adquisición preferente no existe en la hipótesis planteada. 3.2. El derecho de adquisición preferente existe por la vía de la interpretación. 4. El método de interpretación de los contratos. 5. La interpretación de los contratos en el Derecho peruano. 6. El pacto de adquisición preferente a la luz de las consideraciones precedentes. 7. El velo societario. 8. Consideraciones finales.

Ricardo Lorenzetti es uno de los mejores juristas de nuestra época y, para orgullo de todo latinoamericano, es argentino. Abogado inteligente, estudioso y creativo, reúne espléndidamente las condiciones requeridas por el jurista de nuestro tiempo. Para él, la imaginación no es la “tarabilla de molino”, como la llamaba Santa Teresa de Jesús⁽²⁾, la loca de la casa⁽³⁾, no es la enemiga de la razón sino, por el contrario, la inspiradora y motivadora de todo estudio jurídico, la fuente de la creatividad.

(1) 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.

(2) SANTA TERESA DE JESÚS, *Las Moradas del Castillo Interior. Moradas Cuartas*, capítulo 1, núm. 13.

(3) *La loca de la casa*: expresión muy gráfica, que también se le atribuye a Santa Teresa de Jesús para calificar a la imaginación, aunque no he podido encontrar la referencia en ninguna de sus obras. SANTA TERESA, hasta donde he podido comprobar, habla de “moradas” y de un “castillo” interior, pero no de una casa ni de una loca. Pero lo importante es que, lo haya dicho o no, para algunos teólogos la imaginación era la loca de la casa y muchos juristas se adhirieron a esta apreciación considerando que en el Derecho sólo la razón cuenta.

Estas virtudes explican el importante número de libros jurídicos que ha producido, todos ellos de una gran calidad interpretativa y creativa. Por eso, no es de extrañar que Argentina haya decidido aprovechar al máximo y en el más alto nivel a una persona tan valiosa en el campo del Derecho, nombrándolo Presidente de la Corte Suprema de ese país.

Pero uno de los rasgos más notables de Ricardo Lorenzetti es la generosidad con que utiliza su sapiencia. Como todo académico, como todo investigador, sintió desde el primer momento la necesidad de compartir sus conocimientos. Y es así como se dedicó a la enseñanza universitaria del Derecho, como profesor en varias universidades argentinas, siendo ésta su actividad principal hasta que asumió el importante cargo que ahora ocupa.

Y esta generosidad es tan amplia que lo ha llevado incluso a hacer partícipes de sus conocimientos a estudiantes en universidades lejanas y ubicadas fuera de su país de origen.

Conocí a Ricardo Lorenzetti hace ya varios años en Trujillo, Perú, debido a que nuestro homenajeado había aceptado la invitación de los estudiantes de una de las universidades del Norte del país, para venir desde Argentina y tomar parte en un ciclo de conferencias sobre temas jurídicos. Y después me lo encontré en varias otras ciudades del Perú, siempre dispuesto a enseñar, siempre alegre y siempre con muy buena voluntad para venir desde tan lejos a pedido, en su mayor parte, de los propios alumnos.

A todos, profesores y alumnos, nos causó una magnífica impresión no sólo por su notoria capacidad académica sino también por su simpatía, su sencillez, su facilidad de hacerse amigo. No era el profesor estirado que habla desde arriba de la cátedra “dicta” la “verdad” a estudiantes anónimos, quienes desde abajo lo escuchan con veneración y que él no tiene interés alguno en conocer personalmente. Por el contrario, Lorenzetti, en las reuniones con los estudiantes era una suerte de hermano mayor, que les transmitía su saber acercándose a ellos e interactuando con ellos. Más tarde, cuando los alumnos habían partido del local de la conferencia y quedábamos sólo los profesores, Ricardo Lorenzetti era un amigo sencillo y afable pero extraordinariamente agudo y enterado.

Por todas estas razones, me es muy grato participar en este libro que constituye un muy merecido homenaje a un gran jurista.

1. EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

No cabe duda de que la sociedad anónima es una institución central dentro del mundo en que vivimos, constituye el eje alrededor del

cual giran una multitud de derechos y obligaciones que son determinantes para la vida económica sana de cada sociedad anónima como también del país entero y quizá, a consecuencia de la globalización, podríamos decir que el funcionamiento de la sociedad anónima afecta a toda la humanidad.

El régimen moderno de la sociedad anónima ha adquirido dimensiones y configuraciones que nunca hubieran sido soñadas antes.

La idea de constituir una sociedad fue originalmente una forma de que un grupo de personas se uniera para realizar una obra en común, apoyándose en el financiamiento de todos y con la idea de limitar su riesgo al monto de su contribución. De esta manera, cada persona, cada socio, aportaba una parte del capital y obtenía a cambio acciones que representaban el valor que directamente había colocado en la sociedad.

Dentro de este sistema de vida social y económica, las sociedades se encontraban casi tan individualizadas como las personas naturales. Los accionistas eran personas naturales perfectamente identificables que generalmente se mantenía como tales mientras la sociedad estuviera en funcionamiento. La venta de las acciones ocurría muy ocasionalmente y básicamente sólo por uno de tres motivos: a) cuando se presentaba una necesidad extraordinaria en la vida privada del accionista, que le creaba la urgencia de disponer de efectivo; b) cuando la sociedad se encontraba en crisis y alguno de los accionistas prefería ponerse a buen resguardo; c) cuando uno de los accionistas fallecía y sus herederos no querían continuar con el negocio; y d) cuando se producía un pleito interno dentro de la sociedad. Y, en estos casos, generalmente el comprador natural de las acciones en venta era alguno de los otros socios.

Más tarde, los negocios familiares comenzaron a utilizar el mismo sistema asociativo para actuar comercialmente de manera conjunta.

Pero, con el desarrollo del capitalismo y de las nuevas formas de financiación, las grandes sociedades anónimas dejaron de ser propiedades familiares o de un grupo de amigos, para convertirse en redes en las que el valor negociable no era solamente el representado por la acción respecto del patrimonio de la empresa sino que la acción se convirtió en un valor por sí mismo, sujeto a múltiples influencias y transmisible en condiciones diversas. Ciertamente, una de las evoluciones más impresionantes en ese sentido fue la creación de las Bolsas de valores, donde los títulos adquieren un valor que varía frecuentemente y cuyas variaciones no guardan relación con cambios patrimoniales de la sociedad misma. Es así como la sociedad tiende a desper-

sonalizarse y puede encontrarse de pronto con el hecho de que todos sus accionistas han cambiado.

Por consiguiente, la sociedad anónima presenta una diferencia importante con las formas asociativas que se usaron en otras épocas: la sociedad anónima es ahora una agrupación de capitales, más que una agrupación de personas. Por consiguiente, la sociedad anónima se constituye *intuitu pecuniae*, es decir, en consideración o con miras al dinero aportado; y esto permite que las acciones puedan ser vendidas independientemente e incluso que se coticen en Bolsa. Las formas asociativas basadas en el carácter estrictamente *intuitu personae* han quedado reducidas a los casos de agrupaciones sin fines de lucro, tales como los círculos culturales, los clubes deportivos o las obras sociales.

Desde el punto de vista del Derecho, una persona jurídica vale tanto como una persona natural: no puede decirse que la persona jurídica es una “útil ficción” porque jurídicamente ambas son sujetos verdaderos y plenos de derecho. Éste es el caso de las sociedades anónimas, que son personas jurídicas en sí mismas y diferentes de las personas naturales que las constituyen.

Sin embargo, desde el punto de vista de la realidad social y económica, al mundo no lo mueven los capitales (en abstracto) sino las personas que manejan esos capitales. Guste o no guste, quiérase o no, la persona humana es la protagonista de la vida social aun cuando recurra a formas jurídicas de personalización. Las sociedades anónimas no son evolucionados robots que actúan por su cuenta y toman decisiones por sí mismas, incluso contrarias a las de las personas vinculadas a ellas, como la computadora HAL de “2001: Odisea del Espacio”. Este hecho indiscutible nos lleva a concluir que, en última instancia, la actuación del razonamiento y de la voluntad dentro de la vida social y económica de la persona jurídica supone necesariamente que haya seres humanos —personas naturales— que se encuentren detrás de las instituciones jurídicas por más autonomía que éstas tengan.

Como consecuencia de ello, a pesar de que generalmente se quiere salvaguardar la mayor autonomía posible para la persona jurídica —léase, a la sociedad anónima en tanto que persona autónoma— la vinculación entre seres humanos de que está inevitablemente compuesta la sociedad anónima conserva cierto olor a relación personal, que puede percibirse en mayor o menor grado según las circunstancias. En algunos casos, esta necesidad de vinculación personal se presenta de manera fuerte y explícita; en otras, la percibimos fuerte pero tácita; y finalmente, en otros casos, esa nostalgia de la relación personal es bastante tenue.

Esto lleva a algunas personas naturales a que, al crear una sociedad anónima, quieran mantener algún tipo de vinculación *intuitu personae* por múltiples razones. En la mayor parte de los casos este interés en los aspectos personales se presenta en las sociedades de origen familiar. Pero también se puede presentar esta misma necesidad en las grandes empresas por motivos muy naturales y razonables desde el punto de vista económico, como sucede cuando los socios originales temen que la competencia se cuele dentro de la organización de la sociedad a través de compras de acciones y, actuando desde dentro, termine por destruirla o subordinarla. También puede presentarse esta necesidad cuando los socios originarios han decidido entrar en sociedad atendiendo no solamente a los aportes de capital de cada uno sino también a la consideración personal que cada socio tiene respecto de los demás, dado que, además de su aporte de capital, aportarán sus conocimientos, su espíritu empresarial, su dinamismo, sus contactos y su honradez para que la sociedad funcione de la manera más eficiente posible.

Esto significa que la *affectio societatis* o intención de las partes de formar una sociedad y trabajar juntas dentro de ella, tiene en estos casos un elemento personal basado en el conocimiento y la confianza recíprocos. Y es así como, a pesar de ser una sociedad anónima, constituida por capitales que forman un patrimonio independiente y sin desmedro de que las obligaciones a que se compromete tal sociedad frente a terceros no alcanzan a los accionistas que la conforman, la sociedad conserva todavía algo de ese carácter *intuitu personae* en la base misma del *animus societatis*.

Dentro de esta línea de preocupaciones, uno de los instrumentos más usuales para lograr un cierto grado de estabilidad en la composición de los socios consiste en celebrar un pacto por el cual éstos se otorgan recíprocamente un derecho preferente de compra de las acciones del o de los otros.

Notemos que con esto no se pierde la condición de sociedad de capitales ni el carácter *intuitu pecuniae*, dado que las acciones de cada socio pueden ser transferidas libremente: no hay una prohibición de transferir ni un derecho de consentimiento o de veto, lo que sería contrario al espíritu y a la naturaleza de la institución jurídica de la sociedad anónima. Solamente se agrega un toque de carácter *intuitu personae* estableciendo un derecho de adquisición preferente: los accionistas pueden transferir sus acciones pero, si alguno de los otros accionistas quiere adquirirlas y está dispuesto a pagar lo mismo que el tercero, ese accionista tendrá preferencia sobre el tercero (esto es,

solamente un derecho de conocimiento y un derecho de prioridad). No es sino un matiz de la operación común de venta de acciones: pero este matiz, cuando es ejercitado, tiene el poder de retener las acciones en manos del grupo originario sin perjuicio para el accionista que quiere abandonar tal grupo.

Y es importante destacar que algunas veces ese derecho de adquisición preferente se encuentra establecido por la ley misma, como en el caso de las sociedades cerradas, atendiendo a que se trata de instituciones que indubitadamente quieren conservar en mayor medida un cierto aire de *intuitu personae*.

También es necesario señalar que este pacto de adquisición preferente puede otorgar tal derecho no sólo a los accionistas remanentes sino también incluso a la propia sociedad, previa aprobación por mayoría absoluta en la Junta General de Accionistas.

Por tanto, podemos responder al título de esta sección del presente ensayo haciendo ver que la pregunta está mal planteada, porque supone que el carácter *intuitu pecuniae* es opuesto y excluyente del carácter *intuitu personae*. La realidad es bastante más compleja y está formada por dosis diferentes de uno y otro carácter: hay sociedades de capitales que conservan elementos —excepciones, pero no por ello menos válidas— de la consideración personal; y, de otro lado, hay sociedades de personas que incluyen de una manera o de otra algún elemento pecuniario.

De estas últimas no me ocuparé en este ensayo sino únicamente de las primeras y sólo cuando tienen pactos de adquisición preferente.

2. LAS SITUACIONES ABERRANTES

En principio, como hemos visto, un pacto societario de adquisición preferente es un instrumento bastante eficaz para lograr el mantenimiento de una relación personal entre los socios sin afectar la naturaleza de la sociedad anónima ni perjudicar a socio alguno. Y normalmente funciona sin mayores dificultades.

Sin embargo, la complejidad de la vida social y económica de los últimos cien años y la intensa interrelación que ha creado la vida moderna entre los distintos actores sociales y económicos ha llevado a que se produzcan algunas situaciones aberrantes que exigen un análisis particular. Y quiero dejar constancia de que este calificativo no conlleva necesariamente una censura ni se refiere a algo escandalosamente forzado. El Diccionario de la Real Academia Española de la

Lengua define lo aberrante simplemente como aquello “que se desvía o aparta de lo normal o usual”.

En este sentido, debemos analizar el derecho de preferencia en la venta de acciones en condiciones normales, para luego estudiar aquellos casos que salen de la normalidad y que, por consiguiente, crean problemas que deben ser resueltos conforme a la lógica del sistema jurídico.

El caso normal en el ejercicio de este derecho consiste en que el accionista que se dispone a vender comunique este hecho a la sociedad, la cual lo pone en conocimiento de los demás accionistas, para que, si lo desean, puedan ejercitar ese derecho de preferencia y ser ellos quienes adquieran las acciones de su propia compañía que eran propiedad de otros accionistas que deciden retirarse del negocio.

En general, este ejercicio del derecho de preferencia no suele ocasionar dificultad alguna en la medida de que se proceda en la forma establecida en los Estatutos. Si alguno de los accionistas o la propia sociedad ejercitan el derecho de preferencia, se produce el pago al vendedor y la anotación de la transferencia de propiedad en el Registro correspondiente. Por otra parte, si notificada la sociedad y los otros accionistas de la intención de vender pasa un cierto tiempo sin que nadie manifieste su intención de acogerse a la preferencia y comprar las acciones en venta, el propietario de tales acciones puede venderlas a quien le parezca. Y entonces el nuevo propietario procederá a registrarlas a su nombre, con lo que la sociedad le reconocerá su condición de titular para todos los efectos, sean éstos derechos u obligaciones.

Ahora bien, el régimen moderno de la sociedad anónima ha adquirido dimensiones y configuraciones que nunca hubieran sido soñadas antes.

La idea de constituir una sociedad fue originalmente una forma de que un grupo de personas se uniera para realizar un negocio en común, apoyándose en el financiamiento de todos y con la idea de limitar su riesgo al monto de su contribución. De esta manera, cada persona, cada socio, aportaba una parte del capital y obtenía a cambio acciones que representaban el valor que directamente había colocado en la sociedad; las que a su vez traían consigo los correspondientes derechos a participar en el gobierno de la sociedad y en sus utilidades.

Dentro de este sistema de vida social y económica, las sociedades se encontraban casi tan individualizadas como las personas naturales. Los accionistas eran personas naturales perfectamente identificables que generalmente se mantenían como accionistas mientras la socie-

dad estuviera en funcionamiento. La venta de las acciones ocurría muy ocasionalmente y casi sólo por uno de cuatro motivos: a) cuando se presentaba una necesidad extraordinaria en la vida privada del accionista, que le creaba la urgencia de disponer de efectivo; b) cuando la sociedad se encontraba en crisis y alguno de los accionistas prefería ponerse a buen resguardo; c) cuando uno de los accionistas fallecía y sus herederos no querían continuar con el negocio; y d) cuando se producía un pleito interno dentro de la sociedad. Y, en estos casos, generalmente el comprador natural de las acciones en venta era alguno de los otros socios.

Con el desarrollo del capitalismo y de las nuevas formas de financiación, las grandes sociedades anónimas dejaron de ser propiedades familiares o de un grupo de amigos, para convertirse en redes en las que el valor negociable no es solamente el representado por la acción respecto del patrimonio de la empresa sino que la acción se convirtió en un valor por sí mismo, sujeto a múltiples influencias y transmisible en condiciones diversas. Ciertamente, una de las evoluciones más impresionantes en ese sentido fue la creación de las bolsas de valores, donde los títulos adquieren un valor que varía frecuentemente y cuyas variaciones no guardan necesariamente relación con cambios patrimoniales de la sociedad misma sino que adquieren una dinámica propia. Esta movilidad de la acción acentúa la despersonalización de la sociedad) en el sentido de una mayor o menor transparencia de las personas naturales que la constituyen); al punto que la sociedad puede encontrarse de pronto con el hecho de que todos sus accionistas han cambiado.

El sistema económico lleva además a crear grupos de sociedades vinculadas entre sí por participaciones interligadas en el accionariado y, muchas veces, adicionalmente por una dirección común de las administraciones de las sociedades que forman el grupo.

De esta manera, los socios dejan de ser personas naturales para ser a su vez otras personas jurídicas, de las cuales igualmente otras personas jurídicas tienen el control. Es así como se levanta un verdadero árbol genealógico con estas “familias” societarias. Al principio se hablaba solamente de sociedades “madres” y de “filiales” (es decir, hijas⁽⁴⁾). En cambio ahora encontramos —en los hechos, si no en el lenguaje jurídico— sociedades abuelas, sociedades hijas y socieda-

(4) La palabra “filial” es una derivación del latín “*flio*” o “*filia*” que significan hijo o hija.

des nietas. Como la abuela puede ser propietaria de varias hijas, encontramos que éstas serían hermanas, sin tener necesariamente una relación directa entre sí pero cuyas acciones pertenecen a la misma sociedad matriz⁽⁵⁾. Y estas “hermanas” pueden tener filiales que a su vez son sobrinas de las otras. De esta forma se crean relaciones horizontales y relaciones verticales muy complejas, con diferentes grados de dependencia entre sí.

En algunos casos, esta “procreación” de sociedades filiales puede estar determinada por el tipo de actividad: todas están relacionadas con la construcción pero una vende materiales, otra construye las edificaciones, una tercera quizá fabrica todos los artefactos eléctricos y sanitarios y puede haber otra que se ocupe del corretaje y venta del inmueble una vez terminado. De esta forma, las tareas se encuentran repartidas por sociedades en función de si se trata de una fabricación industrial, de una aplicación de ingeniería o de una operación comercial.

Otras veces, la razón de tal “procreación” tiene una base geográfica: una importante empresa transnacional crea subsidiarias según los países en los que tiene actividades. Y esta compartimentalización por países puede a su vez combinarse con la anteriormente mencionada que se basa en funciones, dando lugar a sub-filiales que combinan los criterios de una forma u otra.

Pero no solamente hay una descendencia sino también se producen matrimonios: los enlaces tienen lugar cuando dos grupos diferentes se fusionan para tener más fuerza frente a los competidores. Y esos enlaces pueden ocurrir a cualquier nivel de las ramas del árbol genealógico societario antes descrito.

En todos estos casos, los accionistas de estas sociedades dejan de ser personas naturales para ser otras personas jurídicas, generalmente también sociedades anónimas. Sin embargo, hay un espíritu detrás de todas ellas que muchas veces se encuentra encarnado en la persona natural que creó y desarrolló el negocio.

Dentro de este marco, el pacto de adquisición preferente funciona normalmente cuando quien decide vender sus acciones en una determinada empresa es el titular directo de esas acciones: como se ha dicho antes, la sociedad accionista comunicará a la sociedad emisora de las acciones su decisión de vender y los demás socios —probablemen-

(5) La palabra “matriz” viene también del latín “*mater*” que significa madre.

te, otras sociedades anónimas— ejercerán su derecho de preferencia si lo estiman conveniente. Hasta aquí no hay problema alguno.

La dificultad se presenta cuando surge una situación aberrante, es decir, que sale de lo normal. Y ello tiene lugar si no es la sociedad titular de las acciones sometidas al pacto de adquisición preferente quien decide poner las acciones que posee de la sociedad emisora sino que es la sociedad titular de las acciones de la sociedad titular de aquellas acciones sujetas al pacto, la que decide poner a la venta esas acciones de la sociedad que es matriz (o simplemente accionista) de aquella otra que tiene un pacto de adquisición preferente entre sus socios.

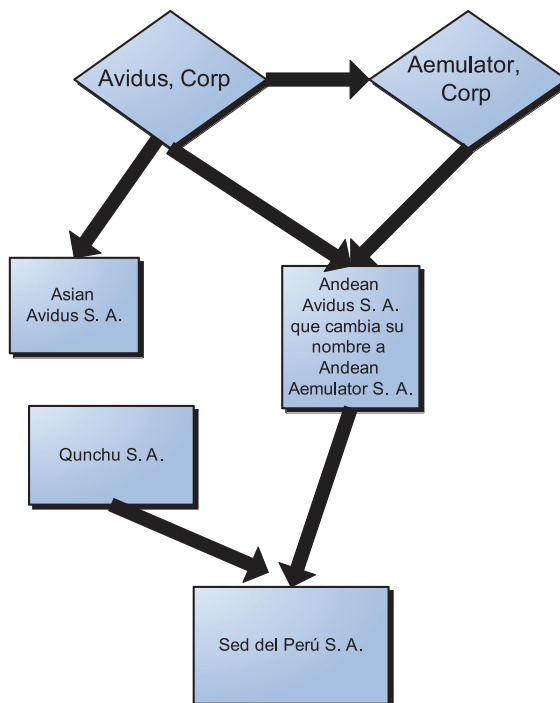
La mejor manera de comprender lo aberrante de esta situación con respecto del pacto de adquisición permanente es poner un ejemplo que nos permita ver la situación en concreto.

Consideremos que Avidus Corp. es una sociedad constituida en las Islas Vírgenes que se dedica a la producción de bebidas gaseosas en el mercado internacional y que decide hacer negocios en el Perú con una empresa local denominada Qunchu S.A. Es así como acuerdan ambas empresas constituir una sociedad para fabricar las gaseosas en el Perú que se denominará Sed del Perú S.A. y en la que tanto la empresa extranjera como la local aportan el 50 % y concuerdan en que habrá un pacto de adquisición preferente de las acciones de Sed del Perú, para el caso de que alguna de las dos inversionistas decidiera en el futuro desprenderse de las suyas.

Pero, dado que Avidus Corp. es una transnacional que opera en prácticamente todo el mundo, tiene filiales en las cuales ha sectorizado los mercados: European Avidus N. V. se ocupa de Europa, Asian Avidus S.A. se ocupa de Asia y, entre ellas, una se ocupa de los países andinos que se denomina Andean Avidus S.A. Por tanto, la que invierte en el Perú crea la sociedad Sed del Perú S.A. no es Avidus Corp. directamente sino Andean Avidus S.A., cuyas acciones a su vez pertenecen íntegramente a Avidus Corp. Por consiguiente, la constitución de la sociedad peruana y el pacto de preferencia lo firman los dos accionistas que formalmente aparecen los libros de Sed del Perú S.A., esto es, Andean Avidus S.A. y Qunchu S.A.

Sin embargo, pasados algunos años, Avidus Corp. decide desprenderse de su mercado andino y cederlo a su competidora, la firma Aemulator Corp. a cambio de que ésta le cedan a su vez el mercado chino. En realidad, Avidus está dispuesta a arriesgarse en explorar un nuevo mercado en el que puede hacer grandes negocios; en cambio, Aemulator prefiere quedarse con un mercado más pequeño pero ya

conquistado y seguro. Es así como el Grupo Avidus procede a vender su participación en Sed del Perú S.A. al Grupo Aemulator. Pero, como a su vez está vendiendo su participación en las empresas similares constituidas en Bolivia, Colombia y Ecuador, lo que hace no es que Andean Avidus S.A. venda a Aemulator S.A. las acciones emitidas por Sed del Perú S.A. por ese 50% que le corresponde, sino que, dado que está vendiendo también sus compañías de los otros países andinos, prefiere vender a Aemulator S.A. todas sus acciones en Andean Avidus S.A. Ahora bien, dado que las acciones emitidas por Andean Avidus S.A. no están comprendidas en el pacto de adquisición preferente que sólo se refiere a las acciones emitidas por Sed del Perú S.A., Avidus Corp. no comunica la intención de vender a Sed del Perú S.A. y simplemente procede a transferir las acciones de Andean Avidus S.A., propietaria de las acciones sometidas al pacto de preferencia. Inmediatamente, Andean Avidus S.A. cambia su denominación social por la de Andean Aemulator S.A. De esta manera, no se ha vendido ninguna acción sometida al pacto de preferencia ya que no se han vendido las acciones en Sed del Perú S.A. Sin embargo, los inversionistas de Qunchu S.A. encuentran que la compañía teóricamente socia de ellos ha sido tomada por los competidores, con los cuales el Grupo Qunchu no tiene buenas relaciones y teme razonablemente que Aemulator proceda a un aumento de capital y licúe la participación de Qunchu S.A. en Sed del Perú S.A.



Quizá es inevitable dibujar un esquema para comprender la situación y su carácter inusual frente al pacto societario.

Como se puede ver, aparentemente el pacto de adquisición preferente que existe entre Qunchu S.A. y Andean Avidus S.A. no tiene ninguna aplicación porque Andean Avidus S.A. no ha vendido ninguna acción. La venta se ha producido no entre los padres sino entre los abuelos societarios. Pero, de una forma o de otra, no cabe duda de que Qunchu S.A. queda en una situación que no debió nunca haberse producido a tenor de los pactos societarios celebrados por las partes.

En otras palabras, la situación es aberrante o inusual dentro del marco jurídico construido por las partes, porque el pacto societario de adquisición preferente habría sido dejado sin efecto en los hechos, afectando gravemente los derechos de la socia en la inversión local. De pronto, Qunchu S.A. se encuentra con que ya no es socia del grupo Avidus sino del grupo Aemulator a quien siempre había visto como competidor. Así, sus derechos de adquisición preferente —destinados precisamente a evitar una situación de este tipo— parecen no tener el efecto esperado.

Y es una situación aberrante y no simplemente distinta porque precisamente las situaciones a la larga no son diferentes de las previstas en el pacto... pero no se encuentran incursas dentro del texto literal de dicho pacto. El acuerdo societario perseguía dar a los accionistas el derecho de evitar que un tercero pudiera introducirse en la sociedad sin consentimiento de los demás socios. Sin embargo, en este caso vemos que el tercero se cuela por la puerta falsa; y lo hace sin pedir permiso a nadie.

3. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS

Frente a una tal situación anormal, ¿qué dice el Derecho? ¿Cómo deben enfocarse jurídicamente estas situaciones que escapan del cuadro? ¿Tiene el Derecho una respuesta para la interrogación que surge al comprobar que por caminos indirectos se están llevando a cabo acciones que no habrían sido permitidas si los actores hubieran seguido los caminos normales?

Ciertamente, como es propio del Derecho que es una disciplina formada fundamentalmente por materia controvertible, no existe una respuesta infalible, única, incontestable a la cuestión planteada, En el Derecho no hay verdades absolutas basadas en la fe o en la tradición; de ahí que sus problemas e interrogantes no puedan ser resueltos por vía dogmática. Tampoco tiene el Derecho esa verdad racional unívoca

de las matemáticas, a la que éstas llegan mediante una simplificación de la realidad hasta transformarla en una mera estructura formal. La realidad es bastante más compleja y admite matices que no tienen los números y que nos llevan a perspectivas y respuestas diferentes de las valederas en un mundo de lógica pura, incontaminada con los matices y las irregularidades de la realidad. No hay duda de que, en el plano abstracto de las matemáticas, dos más dos son cuatro. Pero si le damos corporeidad a esos números, las cosas pueden variar. Dos papas más dos camotes no son ni cuatro papas ni cuatro camotes; pero sí son cuatro productos vegetales que sirven para la alimentación. Y si a ese conjunto le agregamos dos rosas, surge una perspectiva más, según consideremos los vegetales en general o los dividamos en comestibles y no comestibles.

Pero si no podemos dar una respuesta axiomática ni establecer una conclusión apodíctica (como sería el resultado de una operación matemática), tenemos en el campo del Derecho la capacidad —y la obligación— de examinar las diferentes perspectivas posibles con sus correspondientes razonamientos y pronunciarnos sobre ellas. Si esto lo hacemos en un proceso judicial (o arbitral), nuestro objetivo será persuadir al juez o árbitro de que nuestra interpretación se ajusta mejor a los fines y valores que informan nuestro Derecho vigente. Si el planteamiento lo hacemos en un ensayo doctrinario, nuestra aspiración será persuadir a la comunidad jurídica de que el razonamiento que hacemos es más conforme con la letra y con el espíritu del Derecho vigente en las circunstancias actuales.

Con relación al caso que nos ocupa, realizaré ese ejercicio académico respecto de las dos perspectivas principales —que se resumen a continuación— que pueden ser adoptadas para encarar la situación fuera de lo normal que he planteado en relación con el derecho de adquisición preferente pactado entre los socios de una sociedad anónima respecto de la venta de las acciones emitidas por ésta.

3.1. El derecho de adquisición preferente no existe en la hipótesis planteada

Una proposición que aparece de inmediato —la más pronta pero también la más ingenua— sostiene que en el caso planteado no hay un derecho preferente de adquisición por cuanto las partes que firmaron el convenio no participan en la operación de venta y el objeto vendido no es el que fue materia de tal pacto de preferencia.

Para continuar con el ejemplo planteado *ut supra*, quienes pactaron la preferencia recíproca fueron Andean Avidus S.A. y Qunchu S.A.,

pero ninguna de las dos está vendiendo las acciones de su propiedad sobre la compañía que formaron juntas. Por otra parte, las acciones objeto del pacto de preferencia eran las emitidas por Sed del Perú S. A.; pero esas acciones no cambian de propietario con la operación indicada. Por tanto, ni el actor ni la cosa en la operación de venta de acciones mencionada, son los que están incursos dentro de la protección y de los condicionamientos del pacto de preferencia. Se trata de una tercera persona y de acciones de otra compañía. Y esto es tan claro que basta con leer de manera directa y no distorsionada el texto del pacto para comprobar estos hechos simples y definitivos.

Un razonamiento de este tipo se basa en el predominio absoluto de la interpretación literal del pacto o contrato para conocer la intención de las partes. La letra constituye la voluntad expresada y, por consiguiente, nadie puede entender las cosas de manera diferente a la que aparece escrita y nadie puede agregar cosas que no están en el texto. Por tanto, si todo texto enmarca y define lo que las partes quisieron decir, no hay que preguntarse nada más allá de la letra, salvo que el texto no fuera claro o presentara contradicciones.

Esta posición dogmática y cerrada pretende a veces basarse en el positivismo kelseniano tomando la norma jurídica —y el contrato es un método de crear normas jurídicas absolutamente válidas entre las partes— como la única fuente de Derecho y que, por consiguiente, hay que leerla libre de impurezas tales como valores recónditos, situaciones sociales o económicas, consideraciones factuales, etc. Es así como se dice que la teoría pura del Derecho que preconizaba Kelsen era contraria a toda interpretación⁽⁶⁾.

En realidad, atribuirle tan esquemática y simplista tesis a Kelsen es menospreciar la sutileza y profundidad de este autor e incluso muestra una lectura equivocada o insuficiente de la obra de tal autor, creando así una teoría positivista “pop” que hubiera irritado mucho a este notable jurista.

Esta noción cuasi infantil de la interpretación parece provenir de aplicaciones posteriores e insensatas de un brocardo medieval que reza: *In claris non fit interpretatio* (no hay que interpretar lo que es claro) que posiblemente fue creado para contener las interpretaciones arbitrarias y descabelladas de personas sin formación jurídica ade-

(6) Respecto de la posición de Kelsen al respecto, *vid.*, Kelsen, Hans. *Théorie Pure du Droit*, trad. francesa de la 2ª ed. de la *Reine Rechtslehre* por Ch. Eisenmann, Dalloz, París, 1962, ps. 441/462.

cuada, las que dejaban de ser una interpretación para convertirse en una invención sin fundamento.

No es necesario reproducir la concluyente discusión de Lon L. Fuller con H. L. A. Hart, por cuanto es perfectamente conocida⁽⁷⁾. Baste subrayar que Fuller demuestra que aún palabras tan sencillas como “vehículo” son polisémicas porque el lenguaje mismo es polisémico: las significaciones de las palabras y los sentidos de las frases varían por el contexto en el que se pronuncian. No hay duda de que la prohibición de entrar con vehículos al interior de un parque claramente se aplica a los automóviles o motocicletas, ya que lo que se busca con tal prohibición es la tranquilidad del parque y la seguridad de sus visitantes, particularmente si son en su mayoría niños y ancianos. Sin embargo, ¿se está refiriendo la norma también a los triciclos, los coches cuna y los patines? Todos ellos son vehículos, pero constituyen parte esencial de la vida del niño en el parque. ¿Y las bicicletas? Aquí estamos ante una situación indecisa: si consideramos la diversión de los niños y jóvenes, deberían ser permitidas a pesar de ser vehículos; pero si tenemos en cuenta a los ancianos que visitan el parque, éstas pueden ser peligrosas para ellos. De modo que, para interpretar la norma, hay que tener en cuenta la finalidad que ésta busca y su realización concreta dentro de un contexto de características determinadas.

En la medida de que la norma es una forma de comunicación, está sujeta a los riesgos y requiere de los complementos de toda expresión filológica. Como es sabido, la comunicación supone cuando menos tres elementos: la idea que quien emite la comunicación quiere transmitir, el mensaje que transporta tal idea y lo que entiende quien recibe la comunicación. En principio, el mensaje —cualquiera que sea el medio que se emplee para expresarlo (auditivo, visual, etc.)— se supone que corresponde al mensaje y, por tanto, que la idea que se hará quien recibe el mensaje corresponde a la idea de quien quiso transmitirlo. Pero como la idea no es una “cosa” capaz de pasar de una mano a otra conservando su identidad, no hay más remedio que representarla. De esta forma, el mensaje es la representación simbólica de la idea inicial. Pero esa representación no surge espontáneamente y fielmente como la imagen de un espejo, sino de una construcción bastante compleja. Eso lleva a que todo símbolo o representación tiene que ser interpretado para regresar al fin del camino comunicativo a la idea inicial del transmisor. Y este proceso de descodificación del mensaje teniendo en

(7) FULLER, Lon L. “Positivism and Fidelity to Law: A reply to Professor Hart”. 71 *Harvard Law Review* 630, ps. 661/669 (1958).

cuenta hasta donde es posible la idea y la finalidad del emisor es lo que entendemos por interpretación y resulta inevitable.

Obviamente, en función de lo expuesto, la interpretación no puede ser una nueva idea completamente distinta e independiente que surge en la mente del receptor. El mensaje puede tener múltiples significaciones o aplicaciones, pero es preciso descartar aquellas que contradicen directamente el texto del mensaje: la interpretación puede situar el texto que lleva el mensaje dentro de un contexto o aclararlo en función de sus fines, pero no puede ser desconocerlo.

Obviamente, toda interpretación debe ser razonable, es decir, ajustarse a una apreciación adecuada y lógica de los hechos y de los fines. Hace poco leía la propuesta de un político peruano, en vísperas de las elecciones presidenciales, que ofrecía, en caso de ganar la Presidencia de la República, iniciar un proceso judicial y meter a todos los demás candidatos a la cárcel, fundándose en argumentos tomados de la Divina Comedia. Ciertamente, sin perjuicio de que la Divina Comedia no tiene carácter normativo (cuando menos en el Perú), no cabe duda que tal candidato ha leído al Dante de una manera muy particular que excede los límites de toda interpretación de sus textos.

Esto nos lleva a pensar que si existe un letrero en el andén de una estación ferroviaria que establece que está prohibido entrar con perros en el tren, no es posible argumentar contra tal norma alegando que un tal perro en particular no está incluido en la prohibición porque es muy pequeño, tiene buen carácter y no muerde. En cambio, la literalidad puede no ser observada si, como relataba Ihering, un campesino montañés pretende penetrar en el tren con un oso, alegando que la norma dice “perro” y que los osos no pueden ser considerados en ningún caso como perros: en este caso, la finalidad de la norma y su contexto permite ampliarla más allá de su literalidad.

Por consiguiente, regresando al tema de la interpretación del texto del pacto de adquisición preferente, podemos decir que sostener que tal pacto, en su expresión normal, no contiene generalmente ninguna referencia expresa a las compañías matrices, por lo que puede decirse —razonando literalmente— que sus alcances sólo comprenden el primer nivel que es el que firmó el pacto, no es un razonamiento suficiente. Adoptar la tesis de una literalidad desnuda para determinar lo que dice un pacto no es el mejor camino para “descifrar” la voluntad de las partes contractuales (o del legislador en caso de normas públicas), ya que implica tapiar desde el primer momento el ingreso al túnel y afirmar que nos basta con lo que nos cuentan para saber lo que hay del otro lado.

Por esas razones, no puedo adherirme a los partidarios de la mera literalidad sino que la razón me pide entrar por ese túnel de la interpretación, riesgoso, de difícil travesía, donde cada paso puede significar un error, pero indispensable para manejar las complejas situaciones que presenta la vida en general y más aún la vida moderna.

3.2. El derecho de adquisición preferente existe por la vía de la interpretación

La posición discrepante de la pura literalidad antes reseñada toma como punto de partida que todo texto implica una literalidad y una intención. Por consiguiente, en todo texto puede suceder que su literalidad no transmita eficientemente o de manera completa su sentido; en otras palabras, el texto queda corto frente a la intención de su autor o autores.

Y el texto de los contratos no es una excepción: puede quedar igualmente corto para transmitir la verdadera y total voluntad de las partes. Por eso, el criterio para juzgar los textos contractuales se encuentra siempre en la intención efectiva de las partes. De tal manera, resulta inevitable trascender el texto literal del artículo estatutario o del pacto societario para buscar lo que efectivamente querían las partes al momento de manifestar su *consensus*.

El principio básico del negocio jurídico es que se constituye propiamente por la voluntad de las partes a través de un concierto que crea un régimen de obligaciones y derechos recíprocos. Por consiguiente, dentro del negocio jurídico moderno, lo que cuenta no es la forma textual o la materia sino la voluntad, el espíritu del contrato.

Pero, dado que el hombre está hecho no sólo de espíritu sino también de materia y, lo que es más grave, dado que el espíritu tiene que expresarse en las relaciones humanas a través de la materia, esa voluntad requiere ser materialmente exteriorizada de una forma u otra. La exteriorización de la voluntad de los contratantes es lo que constituye la declaración⁽⁸⁾.

De esta manera, declaración de voluntad y voluntad no son una y la misma cosa, sino que la primera es expresión de la segunda y, como tal, se encuentra subordinada a ella. Por la misma razón, declaración de voluntad y negocio jurídico o contrato no son la misma cosa; como

(8) *Vid.* Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF. *Derecho Civil (Parte General)*, T. I, vol. II, Bosch, 1ª ed. Barcelona, 1944, N° 136, p. 53.

dice Ennecerus, la declaración de voluntad *“sólo es parte del supuesto de hecho que denominamos negocio jurídico”*⁽⁹⁾.

El principio básico del negocio jurídico es que se constituye propiamente por la voluntad de las partes a través de un concierto que crea un régimen de obligaciones y derechos recíprocos. Por consiguiente, dentro del negocio jurídico moderno, lo que cuenta no es la forma textual o la materia sino la voluntad, el espíritu del contrato.

Es verdad que aunque la voluntad, que en su sentido más puro e interno anima y constituye el contrato, no puede recogerse como tal en la definición de negocio jurídico porque si no se exterioriza carece de efecto jurídico. En consecuencia, no tenemos más remedio que trabajar con las declaraciones de voluntad. Pero también es cierto que las declaraciones pueden ser de muy diversos tipos y no sólo las palabras usadas admiten varios sentidos sino que, además de las palabras, se componen también de una serie de otros medios de exteriorización, incluyendo la posibilidad de que pueda declararse *“indirectamente [la voluntad] con palabras o actos que tengan otro fin próximo, de los cuales pueda inferirse la voluntad del negocio (facta concludentia)”*⁽¹⁰⁾. De manera que *“la total conducta puede servir en ciertas circunstancias como medio de declaración”*⁽¹¹⁾.

De ahí que corresponda hacer, no una simple interpretación literal, sino una interpretación de sentido, también llamada interpretación de la voluntad. Ennecerus explica muy claramente que la interpretación literal del viejo Derecho fue convertida en una interpretación de la voluntad a través de la obra de los juristas medievales. En consecuencia, *“La finalidad de la interpretación [del acto jurídico privado] consiste, pues, en determinar el verdadero sentido de la declaración de voluntad, tal y como resulta de todas las circunstancias externas e internas que se han de tomar en cuenta”*⁽¹²⁾.

Todo ello le permite decir a Ennecerus, citando la norma correspondiente del Derecho alemán, que: *“En la interpretación de una declaración de voluntad, se debe averiguar la voluntad real y no detener-*

(9) ENNECERUS, Ludwig, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, ob. cit., N° 136, p. 53.

(10) ENNECERUS, Ludwig, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, ob. cit., N° 144, II, p. 111.

(11) ENNECERUS, Ludwig, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, ob. cit., N° 144, p. 110.

(12) ENNECERUS, Ludwig, THEODOR KIPP y MARTIN WOLFF, ob. cit., N° 192, p. 394.

se en el sentido literal de la expresión”⁽¹³⁾. El Código Civil francés dice también en su artículo 1156: “*On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que s’arrêter au sens littéral des termes*”⁽¹⁴⁾. Y Ennecerus explica las razones para ir más allá del texto con una claridad meridiana: “*El negocio jurídico es el medio para ordenar nuestras relaciones jurídicas conforme a nuestras necesidades y deseos, y este fin se consigue tanto mejor cuanto más el efecto del negocio se adapta a la voluntad y no a la declaración, acaso defectuosa*”; de ahí que el intérprete tiene “*que considerar decisiva la voluntad si el contenido querido puede reconocerse de algún modo, cualquiera que sea, en la declaración*”⁽¹⁵⁾.

En el Derecho contractual moderno, las estipulaciones deben entenderse no solamente de acuerdo con *lo que se dice* en el texto de ellas sino de acuerdo con *lo que se quiso decir* a través del texto respectivo: *Sensum non verba, considerare debemus*. De ahí que también nuestro Código Civil peruano, en su artículo 1361, haga una distinción entre la declaración expresada y la verdadera común voluntad de las partes considerando que, en última instancia, es la voluntad efectiva de las partes que determina el contenido de los derechos y obligaciones recíprocos⁽¹⁶⁾.

4. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Ennecerus nos ilustra sobre el método que es preciso emplear, ya que no basta proponerse encontrar la verdadera voluntad de las partes sino que también hay que saber cómo buscarla.

Para conocer el verdadero sentido de la estipulación o del contrato, nos dice Ennecerus, hay que tener en cuenta

“la total conducta de las personas al concluir el negocio y las circunstancias de toda especie que acompañaron la conclusión, los tratos preliminares,

(13) ENNECERUS, Ludwig, THEODOR KIPP y Martin WOLFF, ob. cit., N° 192, p. 395.

(14) “*En las convenciones, se debe buscar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, antes que detenerse en el sentido literal de los términos*”. (Trad. Personal).

(15) ENNECERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF, loc. cit.

(16) Código Civil peruano, art. 1361: “*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”. Nótese que la expresión es sólo una presunción *iuris tantum* de la voluntad, pero no la voluntad misma.

el modo habitual de obrar de los interesados, a veces su situación patrimonial, pero muy especialmente la finalidad del negocio, la situación de los intereses y la conexión con otros negocios o con otras partes del mismo negocio”⁽¹⁷⁾.

Dentro de esta línea, me permito tomar prestadas unas ideas sobre el método interpretativo que ordena muy claramente el connotado filósofo del Derecho especializado en razonamiento jurídico, don Manuel Atienza⁽¹⁸⁾. Esta metodología fue planteada por Atienza fundamentalmente con relación a la interpretación de la ley. Sin embargo, considero que sus pautas son igualmente adecuadas para la interpretación del contrato.

Así podemos decir que el método de interpretación de los contratos consta de los pasos que se mencionan a continuación, en un orden que va de lo inmediato a lo mediato. Pero, ante todo, hay que tomar en cuenta que cada paso no es una opción, no es una perspectiva excluyente sino que todos estos pasos son complementarios y necesarios para la correcta intelección de la obligación jurídica que nace del contrato. No se trata, entonces, de perspectivas enfrentadas que dan lugar a diferentes escuelas de interpretación, como pudo haberse pensado en otros tiempos, sino de una estructura funcional de métodos, que es esencial para el conocimiento de lo que pudiéramos llamar “la verdad”; concepto que, dentro del marco del contrato, equivale a la auténtica voluntad de las partes.

La primera de ellas es la *racionalidad lingüística*, que implica una comprensión cabal de lo expresado en el contrato con la ayuda de los instrumentos que el propio lenguaje nos proporciona. Pero no cabe duda de que el análisis lingüístico del texto literal del contrato es de por sí insuficiente pues el lenguaje, por más preciso que pretenda ser, siempre encierra ambigüedades y sobrentiende elementos esenciales. Ya hemos paseado por el parque de Fuller y nos hemos encontrado que la prohibición de entrar en él con vehículos, aparentemente tan clara en su aspecto literal, nos abre la puerta a un sinnúmero de dudas y posibilidades respecto de —*exempli gratia*— la carretilla del vendedor de dulces y helados a los niños que se divierten en el parque, los triciclos de los niños o los *skateboards* de los jóvenes, las bicicletas que entretienen a niños y jóvenes pero que son un peligro para los viejos con bastón, que vienen al parque a descansar de las vicisitudes de una

(17) ENNECERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF, ob. cit., N° 192, p. 408.

(18) ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Palestra Editores. Lima, 2004, p. 307.

larga vida. Resolver estos casos aberrantes, desde el punto de vista del sentido natural de la prohibición, requiere de elementos no expresados literalmente para poder decidir cuál es la respuesta adecuada. Indudablemente, pues, se hacen necesarias algunas perspectivas adicionales para que el razonamiento interpretativo pueda dar un resultado aceptable.

Y es así como el jurista requiere un segundo instrumento de interpretación absolutamente esencial: el de la *racionalidad jurídica formal*, que coloca la interpretación dentro del contexto de lo normado contractualmente y legalmente. Imaginemos que el parque de Fuller no es público sino privado, constituido por terrenos aportados por todos los propietarios que lo circundan. Y que ya sea en el estatuto de la asociación de propietarios o en un documento independiente, los vecinos —que, en su conjunto, son los usuarios y administradores del parque— convienen contractualmente en que no se permitirá el ingreso de vehículos al parque. Esta estipulación hay que contemplarla dentro de los términos que señala el Código Civil peruano, *i.e.* hay que entender lo que está escrito en el acuerdo teniendo en cuenta la buena fe y la común intención de las partes. Por consiguiente, comprobamos que la racionalidad formal puede ser suficiente cuando todos los elementos en juego están contenidos en la declaración, pero no lo es cuando tenemos que agregar consideraciones que no forman parte del texto escrito.

Esto nos obliga así a que, para aplicar adecuadamente esa cláusula contractual, sea preciso pasar a otro nivel en la interpretación, esta vez de carácter fáctico, que contiene una referencia a la conducta específica de las partes que debe ser evaluada en función del acuerdo sobre la prohibición antes mencionada. En los términos tomados prestados de Atienza diríamos que nos encontramos así con una cuestión que debe ser encarada desde la perspectiva de una *racionalidad pragmática*. Supongamos que el problema surge porque a uno de los vecinos no le gusta que el camión tanque entre todas las mañanas al parque y se estacione precisamente en el jardín delante de su casa para cumplir con el riego y, sobre la base del acuerdo suscrito entre los vecinos, pide que se prohíba ese ingreso. ¿Es el camión-tanque un vehículo? Sin duda, lo es. Pero, ¿está comprendido en el acuerdo? Literalmente, sí. Pero, ¿es esa la voluntad de las partes? Podríamos entonces preguntarnos si algún otro vecino, aparte del quejoso, objetó el ingreso del camión-tanque al parque. Y así podríamos llegar a la conclusión de que, si todos los vecinos vieron rutinariamente que ese camión ingresaba al parque y a todos les pareció natural que lo hiciera, debe entenderse que el acuerdo excluía implícitamente el camión de regadío y que, por

tanto, lo solicitado por el vecino quejoso no puede ampararse en esa norma sino que tendrá que buscar otra razón para objetar la presencia del camión. Por otra parte, puede encontrarse que en la sesión inicial de la junta de vecinos, cuando se acordó construir un parque entre todos, se habló también de un subsidio adicional de una cuota por cada vecino para comprar un camión-tanque; y todos contribuyeron a esa compra, incluyendo el ahora quejoso. Por tanto, todos estos hechos nos llevan a pensar que existía un acuerdo tácito de que un camión-tanque entrara a regar el parque. Todavía podría discutirse el emplazamiento de ese camión-tanque durante el riego a fin de determinar si las circunstancias pragmáticas obligan a que se afecte a un solo vecino o si, en caso de ser posible, debe rotar su emplazamiento.

Por último, cabe todavía una perspectiva más para profundizar la interpretación del contrato: la *racionalidad teleológica*, vale decir, el razonamiento en función de los fines que persigue el acuerdo. Regresando al ejemplo anterior, para conocer la voluntad de las partes podemos preguntarnos cuál era la finalidad del acuerdo entre los vecinos. Y claramente se puede apreciar que lo que querían era tener un parque en común. Ahora bien, ciertamente no pensaban en un parque seco o en un espacio de pura tierra sino en una zona verde con árboles, plantas con flores y césped. Pero para tener un parque así se necesita agua. Por tanto, la realización del objeto del acuerdo, que es el parque, no es posible sin el agua; y a su vez, dadas las circunstancias del lugar, ésta no se puede obtener sin el ingreso de un camión tanque. *Ergo*, teleológicamente los vecinos han aceptado la presencia periódica de un camión-tanque dentro del área, al acordar construir un parque.

Por consiguiente —y volviendo a citar a Atienza— *“Una teoría de la argumentación jurídica plenamente desarrollada tendría que disponer... de un método que permita representar adecuadamente el proceso real de la argumentación [...]”*⁽¹⁹⁾ con relación al descubrimiento de la verdadera voluntad de las partes en la atribución recíproca de derechos y obligaciones, así como en la confrontación de esa voluntad con una conducta determinada.

Esta necesidad insoslayable y omnipresente que tiene el Derecho de interpretar la ley e interpretar el contrato para llegar al menos a una verdad eficiente, ha sido admitida, aunque con variantes entre sí, por juristas como Viehweg, Toulmin, Perelman y el antes citado Manuel Atienza.

(19) ATIENZA, Manuel, ob. cit., p. 309.

Incluso juristas simbólicos del positivismo, como Kelsen⁽²⁰⁾, admiten que el texto creador de normas (podemos entender tanto la ley como el contrato) no contiene una y sólo una forma de entenderlo que constituiría una verdad dogmática. Por el contrario, Kelsen, habiendo observado en sus seguidores la tendencia a convertir la aplicación del Derecho en un simple razonamiento silogístico, en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* rectifica y aclara su posición al respecto manifestando en forma expresa que las normas legales pueden ser entendidas de muchas maneras y que por eso se requiere la interpretación. Lamentablemente, Kelsen niega que la ciencia jurídica pueda contribuir a encontrar la interpretación adecuada y deja eso a la conciencia moral de quienes tienen que aplicar la norma. Sin embargo, las corrientes posteriores han querido cubrir ese vacío conceptual desarrollando teorías de la argumentación jurídica. Siendo muy diversas, todas ellas admiten la interpretación y entienden que se está frente a un problema muy difícil; pero afirman que es la propia ciencia (en sentido amplio) del Derecho la que debe encontrarle una solución a través de un método de razonamiento adecuado a las características de la aplicación de un sistema jurídico.

Resumiendo lo expuesto, podemos decir que los textos son siempre de por sí discutibles y que para entenderlos adecuadamente hay que colocarlos dentro de su “con-texto”, vale decir, de ese mundo de circunstancias, gestos, y finalidades dentro del cual ha sido creado el texto.

Ahora bien, ese contexto está conformado por el marco jurídico dentro del cual se encuentra situado el texto (aspectos jurídico-formales), por las circunstancias en que tuvo lugar la redacción de ese texto (aspectos pragmáticos) y por los fines que perseguían quienes lo redactaron y suscribieron (aspecto teleológico). Fuera de ese contexto, el texto puede llevar a graves errores de interpretación.

Por consiguiente, pasaré a revisar con esta metodología el alcance de la cláusula octava del Acuerdo de Accionistas, materia de la consulta.

5. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO PERUANO

Felizmente, el Derecho Civil peruano no ha incurrido en lo que, a la luz de expuesto en el punto anterior sobre la interpretación, sería

(20) KELSEN, Hans. *Théorie Pure du Droit*, cit. ps. 441/462.

un incongruente error de concepto: afirmar, como lo hacen otros Códigos, que el texto literal predomina sobre cualquier interpretación y que cuando el texto es “claro” —mejor diríamos, que aparenta serlo— no caben más argumentaciones, abre la posibilidad de inconsistencias y desviaciones de la verdadera voluntad de las partes.

Ese tipo de normas restrictivas se basa en la idea contenida en el brocardo *in claris non fit interpretatio*. Algunos tratadistas, al comentar ese aforismo, lo han justificado diciendo que, en estos casos claros, “la norma se interpreta a sí misma”.

Esta última frase no es en verdad un argumento, sino una figura retórica que comporta una metáfora que evoca a su vez un círculo vicioso (una norma que se interpreta a sí misma, de manera que esa interpretación no tiene ningún otro elemento que la respalde, aparte de la propia norma interpretada). De otro lado, debemos tener en cuenta que cuando el brocardo fue expresado originalmente —en el siglo XII o en el XIII— todavía Descartes no había planteado la duda como método inevitable de conocimiento y se seguía pensando que la verdad era simplemente la confrontación de una idea o de una expresión con la realidad “en sí”.

Porque, ¿en qué consiste la claridad de un texto? La llamada claridad de un texto depende, en última instancia, del acuerdo que pueda existir sobre su interpretación entre quienes van a usarla (sujetos de Derecho, partes contractuales, abogados, jueces, árbitros). Así esa presunta claridad no es una cualidad del texto en sí mismo sino de la interpretación común recaída en tal texto. Contrariamente, la ambigüedad u oscuridad implica que hay discrepancia razonable sobre la interpretación de tal texto. Así como no hay una claridad objetiva, tampoco hay una ambigüedad o una oscuridad objetivas sino que esta condición del texto es el resultado de que se han propuesto diferentes interpretaciones del mismo, todas ellas consideradas razonables por sus proponentes.

Por consiguiente, decir que una norma es clara supone que ya se ha hecho una primera interpretación. Y así la norma es clara para quien afirma que es clara; no necesariamente para los otros. Si logra persuadir a otros (a la contraparte, al juez, al árbitro) de que esa es la interpretación correcta, la norma se convierte en clara dentro de los términos y alcances de tal convencimiento. Pero no más allá; porque en Derecho no hay claridad ni oscuridad en sí sino sólo frente a las interpretaciones que se proponen respecto de las reglas jurídicas aplicables (sean éstas normas legales o acuerdos contractuales).

Es por ello que el Código Civil vigente en el Perú desde el año de 1984 contiene una norma expresa que no sólo no niega la posibilidad de interpretación en ningún caso sino que establece las bases sobre las que ésta debe construirse: “*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”⁽²¹⁾.

Notemos que, de esta forma, la norma citada no es facultativa sino mandatoria: hay que buscar siempre la verdadera voluntad común de las partes, conforme a la buena fe.

El primer y segundo paso de la interpretación han sido cumplidos: se ha apreciado el texto de la cláusula contractual en discusión desde el punto de vista lingüístico, Además se ha ubicado el problema dentro del lugar que le corresponde en el sistema jurídico peruano: es un contrato y debe tratarse como tal, en otras palabras, debe ser interpretado conforme a la buena fe y la común intención de las partes.

Consiguientemente, para conocer la naturaleza que ambas partes le han dado a este pacto, es preciso profundizar en la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes, más allá del texto literal.

Esto no significa, sin duda, que la interpretación pueda establecer un sentido en manifiesta contradicción con lo que dice el texto: así como no se admite una *interpretatio contra legem* tampoco es admisible una *interpretatio contra contractum*. Es en ese sentido que el artículo 1361 del Código Civil peruano establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; no hay, pues, posibilidad de una interpretación directamente contraria a lo que se ha expresado en el contrato. De esta forma, la ley peruana pone límites a la posibilidad de interpretación para que ésta se mantenga como lectura de un texto determinado, sin pretender desconocer ese texto; pero ello no descarta la necesidad de una verdadera interpretación, es decir, de una lectura adecuada de un texto insoslayable pero, al mismo tiempo, sujeto a las ambigüedades, ausencias y suposiciones presentes en todo texto. Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos: nadie podría oponerse ni cuestionar esta norma.

Pero, ¿qué es lo que se ha querido expresar con ese texto? Ese es un problema de interpretación. Por tanto, si bien la interpretación no puede rechazar el texto contractual, sí puede complementarlo para ser fiel a la voluntad de las partes, que es lo que la propia ley exige.

(21) Código Civil peruano, art. 1362.

Guillermo Borda⁽²²⁾, quien fuera un tratadista argentino de Derecho Civil muy respetado no sólo en su país sino considerado una autoridad también en el Perú, hacía una distinción entre propiamente interpretación (cuando la situación había sido contemplada en el contrato) e integración (cuando la situación no constaba en el texto escrito del contrato pero podía probarse que el espíritu —la voluntad— de las partes lo tenía como un supuesto implícito). Sin embargo, más allá de la distinción, lo importante es que Borda también consideraba que el mero texto no limitaba las obligaciones (salvo pacto expreso en tal sentido) ya que, siendo éstas producto de la voluntad de las partes, era indispensable consultar tal voluntad para determinar si era necesario interpretar o agregar (integración) algún aspecto que formaba parte de esa voluntad aunque no hubiera sido explicitado literalmente.

No se trata, por cierto, de intentar conocer la voluntad íntima de las partes, que no ha sido expresada directa ni indirectamente, en forma expresa o tácita. Esa voluntad enclaustrada no es fuente de derecho. Pero toda manifestación de voluntad, aunque sea tácita —esto es, no solamente la literal del texto del contrato— tiene validez y genera obligaciones, en la medida de que haya podido ser conocida por la otra parte y ésta no haya hecho observación alguna al respecto. Es así como Borda, siendo en general enemigo de interpretaciones (irracionalmente) extensivas, enseñaba sin embargo, que:

“Bien entendido que por declaración de voluntad no debe entenderse tan sólo la expresión verbal o escrita, sino también el proceder, actos o signos y aun el silencio, en ciertos casos. En una palabra, la conducta externa que permite inferir a la otra parte la existencia de una voluntad de obligarse”⁽²³⁾.

6. EL PACTO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE A LA LUZ DE LAS CONSIDERACIONES PRECEDENTES

De esta forma, si el pacto de adquisición preferente se refiriera literal y expresamente no sólo a las sociedades accionistas – Andean Avidus S.A. y Qunchu S.A. sino también a sus matrices (e incluso, eventualmente, a toda su ascendencia corporativa), el problema discutido en este ensayo no existiría. La literalidad habría reforzado de manera concluyente cualquier otro argumento para incluir esas otras sociedades dentro del pacto de preferencia, suponiendo que éstas hubieran suscrito también dicho acuerdo.

(22) BORDA, Guillermo. *Manual de contratos*. 2ª ed., Buenos Aires, 1966, p. 51.

(23) *Loc. cit.*

Pero estamos en la hipótesis de que esto no haya sido así. Más bien, presuponemos que el pacto ha sido suscrito solamente por los dos accionistas directos de la nueva sociedad Sed del Perú S.A. y si bien no se ha hablado en tal texto del caso de la transmisión de las acciones emitidas a su vez por tales empresas propietarias de Sed del Perú S.A., éstas también estaban comprendidas tácitamente.

No cabe duda de que esas transferencias indirectas alteran igualmente la composición de intereses dentro de Sed del Perú S.A. y obligan a Qunchu S.A. a tener como socio real ya no al grupo Avidus sino al grupo Aemulator con el que nunca ha tenido relaciones y respecto del cual no existió el *animus societatis* que está en la base de la voluntad contractual cuando se constituye una nueva empresa con participación de otra empresa específicamente invitada para ello.

Notemos, en primer lugar, que sostener que las transferencias indirectas también están incluidas en el derecho de preferencia no es interpretar *contra contractum*, porque el contrato no ha dicho tampoco expresamente que esas transferencias indirectas están excluidas del pacto de adquisición preferente; si ese hubiera sido el caso, la defensa de la extensión del pacto de preferencia habría tenido que enfrentarse directamente con la literalidad del texto contractual y ciertamente con la voluntad declarada de las partes. Sin embargo, en la hipótesis propuesta simplemente no se ha mencionado el tema. Y por el conjunto de declaraciones y circunstancias que formaron el contexto del Acuerdo de Accionistas de las cuales trataremos a continuación, podemos pensar que éste era un valor sobreentendido por las partes, de acuerdo con la buena fe.

Colocado así el caso dentro del marco del orden jurídico (aspecto de coherencia estructural jurídica) y dentro de esa búsqueda de la real voluntad de las partes que manda la ley, deberíamos analizar a continuación, para proseguir el ejercicio interpretativo, las circunstancias en las que se produjo tal acuerdo (aspectos pragmáticos) a fin de saber si, en efecto, implícitamente ese acuerdo suponía que siempre que el Grupo Avidus —y no limitadamente Andean Avidus S. A.— tuviera intención de transferir sus acciones a un grupo distinto, Qunchu S.A. tendría la posibilidad de decidir si aceptaba al nuevo grupo como socio o si prefería pagar el valor de las acciones en venta y quedarse eventualmente como único accionista.

Para este efecto, deberíamos preguntarnos si existe alguna prueba de que el acuerdo para constituir Sed del Perú S.A. fue fundamentalmente entre dos grupos económicos y no simplemente entre las com-

pañías de esos grupos que suscribieron las acciones de la nueva empresa.

Es claro que el nivel de los contactos iniciales y de las subsecuentes negociaciones, sería muy importante en esta consideración. La existencia de relaciones personales entre los empresarios que formaban cabeza de ambos grupos sería muy significativa, dejando claro que si la firma de los acuerdos fue realizada por Andean Avidus S.A. se debió exclusivamente a que esa empresa era la que se ocupaba de los negocios del Grupo Avidus en esta parte del mundo. También ha podido ocurrir que quien firmó el pacto de adquisición preferente era un destacado ejecutivo de Avidus Corp., a quien Andean Avidus S.A. le otorgó poder para este efecto. E incluso puede haber sucedido que cuando fue necesario discutir el tipo de planta que debía instalarse en el Perú, las discrepancias entre Andean Avidus S.A. y Qunchu S.A. fueron llevadas a consulta a Avidus Corp.; y es a este nivel máximo que se llegó a los acuerdos técnicos.

Esto llevaría a considerar que Qunchu S.A. aceptó asociarse con Andean Avidus S.A. teniendo en consideración no simplemente esa empresa sino las personas naturales y jurídicas a las que esa empresa representaba en el área andina.

Como explican Garrigues y Uría⁽²⁴⁾

“[...] en ciertos casos, dos grupos de inversionistas que se unen para hacer un negocio en común, si bien utilizan la forma de la sociedad anónima debido a su organicidad y su manualidad dentro del mundo comercial, quieren conservar una relación personal entre sí, basada en razones tan variadas como la amistad, los lazos familiares, la confianza recíproca, la contribución tecnológica de cada una de las partes cuyos secretos quieren guardar, el temor a que la competencia pueda sabotear el negocio desde dentro o apropiarse del mercado, etc.”.

En estos casos, cuyas motivaciones pueden ser múltiples, la *affectio societatis* no se produce a nivel de las sociedades firmantes de los documentos de constitución sino de los Grupos que las conforman y que dan vida a todo el conjunto de sociedades operativas o vehículos de enlace dentro del sistema.

Es natural que la forma que se otorga a estas divisiones funcionales y jerárquicas dentro de las operaciones del Grupo se encuentre plas-

(24) GARRIGUÉS, Joaquín y Rodrigo URÍA. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. I, 2ª ed., Madrid, 1953, p. 470.

mada en sociedades anónimas registradas independientemente pero que pertenecen al 100 % (o en una mayoría que les otorga el control) a la matriz del Grupo o a otras compañías intermedias dentro de la red administrativa del Grupo correspondiente. De esta manera, todas las decisiones importantes y las líneas generales de trabajo y de desarrollo se determinan en la cúspide del Grupo y son convertidas en directivas obligatorias para las compañías de los niveles subsecuentes del Grupo a través de sus propios funcionarios que, gracias a la mayoría absoluta con que cuentan en el accionariado, han sido colocados por el Grupo en tales compañías derivadas. De manera que la voluntad que decide el accionar de las diferentes empresas del Grupo —esa voluntad comercial que lleva a firmar un contrato y que debe ser identificada para encontrar el verdadero sentido de éste, según lo ordena la ley— no es la voluntad de quien firma el documento sino la de la cúspide de la pirámide empresarial.

De esta forma, la sociedad del Grupo a cargo de la empresa constituida en el Perú —Andean Avidus S.A. en el ejemplo que he utilizado en este ensayo— para estos efectos no es sino un vehículo que transmite o un instrumento que realiza lo que la voluntad del Grupo ha decidido, esto es, formar en el Perú, juntamente con un Grupo peruano, una compañía productora de bebidas gaseosas, mediante la constitución de una nueva empresa integrada por el Grupo internacional y el Grupo (si cabe) peruano. En estas condiciones, la determinación precisa de cuál será la empresa del Grupo que participará formalmente, es irrelevante para el otro Grupo: la “voluntad de las partes” es la concordancia de la voluntad de estos Grupos, independientemente de cuál de sus compañías específicamente represente a cada Grupo en la operación.

Es preciso tener en cuenta que la empresa propietaria de las acciones de la nueva sociedad puede ser una compañía meramente “*holding*”, como puede no serlo. Algunas veces, su papel se reduce a la titularidad de las acciones emitidas por la compañía creada por ambos grupos. Pero otras veces puede tener a su cargo el control de todas las subsidiarias locales y de otras importantes actividades comerciales en la región o en la especialidad que le ha sido asignada por el Grupo. Y eso no altera su naturaleza de “vehículo” de las decisiones venidas desde el más alto nivel del Grupo económico.

El paso final para interpretar correctamente el texto del contrato, dentro de la metodología propuesta, es confrontar esa voluntad de las partes que hemos encontrado analizando las circunstancias en las que se produjo el Acuerdo de Accionistas, con la finalidad buscada al es-

tablecer un derecho recíproco de adquisición preferente (aspecto teológico).

Las partes que conforman una sociedad anónima —sean éstas personas naturales u otras personas jurídicas, como antes se ha explicado— deciden imponerse ciertas restricciones a la libre transmisión de las acciones a fin de cuidar su futuro, evitando sorpresas que las lleven de pronto a encontrarse que son socias de quien nunca hubieran llamado a ser socio. No es posible impedir la venta en forma absoluta, ya que ello socavaría las bases del derecho de propiedad y sería probablemente inconstitucional; pero se puede establecer el derecho del socio original de substituirse al tercero comprador constituyendo un pacto que otorga a los socios un derecho de conocimiento y preferencia para el caso de venta de acciones de la empresa.

Como explica Rodrigo Uría:

“Las restricciones estatutarias [a la libre transmisibilidad de las acciones], aunque nacidas en el seno de sociedades de pocos socios (anónimas familiares u otras análogas), en la práctica se han multiplicado con gran rapidez hasta invadir incluso el terreno peculiar de las grandes sociedades típicamente capitalistas y teóricamente inadecuadas para recibir estas cláusulas”⁽²⁵⁾.

Y el Notario Miguel Tarragona señala igualmente que si bien esas limitaciones han sido más frecuentes en la pequeña y mediana empresa, cada vez se observan más en la gran empresa capitalista por la necesidad de “evitar la intromisión de un socio que puede llegar a ser ‘distorsionador,’ que ejercitando sus derechos jurídicos legales y estatutarios cree un clima de desconfianza y ausencia de sinceridad en la sociedad”⁽²⁶⁾; también se quiere impedir que los competidores o que grupos económicos de carácter aventurero se introduzcan dentro de un negocio, con serias posibilidades de daño para la empresa y para los grupos accionistas originarios restantes⁽²⁷⁾.

(25) URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. 23ª ed. Marcial Pons. Madrid, 1996, párr. 279, p. 286.

(26) TARRAGONA COROMINA, Miguel. *Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de acciones*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de noviembre de 1990. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXXI. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1991, ps. 68/69.

(27) *Vid.*, a este respecto, DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel. *Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación de sociedades anónimas*. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el día 29 de marzo de 1990. En “Anales de la Academia Sevillana del Notariado”, T. IV. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1991, ps. 248/249.

Este derecho tiene, entonces, por objeto dar una seguridad relativa a los accionistas resguardándolos de que no se vayan a encontrar, de buenas a primeras, como socios de una sociedad diferente, con otros accionistas, lo que podría dar lugar a que se decida el cambio de su objeto social u otras modificaciones en aspectos substanciales de la organización o de la operación de la empresa. Si ocurrieran cambios importantes en el control societario, el grupo de accionistas original podría descubrir de pronto que forma parte de una sociedad que no es aquella a la que aportó su dinero, con accionistas que no son de su confianza e incluso ante el peligro de que esos nuevos accionistas puedan ser una suerte de “troyanos”⁽²⁸⁾ que pongan en peligro la vida de la empresa o la afecten gravemente debido a su relación con otras empresas competidoras.

Por consiguiente, todos aquellos que celebran un pacto de adquisición preferente sobre las acciones correspondientes a otro accionista para el caso de que éste quisiera transferirlas, por la naturaleza misma del pacto están buscando tener la oportunidad de (1) conocer la posibilidad de una transferencia de las acciones de otros accionistas y (2) si lo estiman conveniente, adquirir tales acciones con preferencia a cualquier tercero. La finalidad que se persigue con dicho pacto es, en dos palabras, que no ingresen extraños a la sociedad: el pacto de preferencia tiene por objeto convertir a una sociedad en cerrada, es decir, inaccesible a terceros sin la declaración expresa o tácita (por vencimiento del plazo) del otro o de los otros accionistas en el sentido de que no están dispuestos a comprar esas acciones y que, *contrario sensu*, admiten que determinados terceros las adquieran.

Como podemos ver, esta naturaleza propia del derecho de adquisición preferente lleva a que, por ningún camino o forma, se introduzca un nuevo accionista dentro de la sociedad sin un cierto consentimiento de los demás accionistas. Ahora bien, cuando las relaciones comerciales son de Grupo a Grupo, no puede haber duda alguna de que las transferencias que realice el Grupo de acciones de su compañía *holding* o vehículo —salvo que se limiten a transferencias dentro del Grupo con fines de organización— afectan la situación que se pretende

(28) *Troyano*: software malicioso que se introduce en un ordenador como si se tratara de un programa inocente; pero abre una puerta trasera por la que es posible administrar ese ordenador desde fuera y/o causarle graves daños. El término proviene de la leyenda del caballo introducido por Ulises en Troya como si se tratara de un regalo pero que, en realidad, carga a guerreros ocultos en su interior. Es en esta forma que los griegos habrían podido tomar Troya.

proteger dentro de la compañía de la cual es accionista aquel que goza del derecho preferente de adquisición.

Si tal transmisión indirecta se produce, la composición accionaria de esa compañía habrá cambiado radicalmente aparentando no cambiar nada. Pero el Derecho no puede fundarse en apariencias sino en realidades. Terceros hasta entonces ajenos a la empresa se ponen el traje de los anteriores accionistas y pretenden asumir la identidad de los antiguos, como si no se hubiera producido ningún cambio. Pero el hábito no hace al monje; y aunque esos nuevos accionistas concurren a la Junta General con el mismo título que los anteriores que ocupaban esos cargos, indudablemente se trata de personas distintas que representan intereses distintos.

7. EL VELO SOCIETARIO

Estos temas se tocan con el llamado descorrimiento del velo societario, esto es, el desconocimiento de la individualidad de la persona jurídica —léase, sociedad anónima— para involucrar a sus socios en responsabilidades correspondientes a la sociedad.

La personalidad jurídica es uno de los desarrollos teóricos y prácticos más importantes de la modernidad. Si bien existieron algunas formas de persona jurídica en el Derecho romano y en el medieval, es a partir del impulso económico que impartió el capitalismo y la economía de mercado al mundo financiero, comercial y fabril que la persona jurídica se convierte en un instrumento indispensable de organización de los agentes de la nueva economía.

Entre los factores más importantes que han contribuido a ese desarrollo está tanto la facilidad organizativa como también la seguridad que otorga la limitación de la responsabilidad en caso de pérdidas en el negocio.

Sin embargo, estas “mamparas” institucionales, colocadas entre una empresa y otra como efecto de la conformación como personalidades diferentes entre sí, han dado lugar a algunas dificultades para determinar la “auténtica” persona que está detrás de un acuerdo de socios. A veces se hace necesario determinar el “alma” que está detrás de un grupo de personas jurídicas y que constituye el núcleo de identidad de todas las empresas que, directa o indirectamente, dependen de ese núcleo.

Uno de los remedios que han sido propuestos para resolver los problemas de ese tipo ha sido la teoría —desarrollada particularmente en los países sajones— de que, en ciertos casos, es posible “rasgar el velo

societario” y establecer las relaciones que existen detrás de la forma de persona jurídica independiente que ostenta la sociedad.

Como puede verse, estamos ante una situación muy grave, pues ello implica impactar con un torpedo, por debajo de su línea de flotación, al barco de la institución de la sociedad anónima.

Claro está que, siendo la noción de independencia la que está en la esencia de la personalidad jurídica, un remedio de este tipo sólo puede tener un carácter excepcional y aplicable a casos muy graves. Por eso es que tal doctrina sostiene que la sociedad debe ser ignorada como una existencia separada sólo cuando ello es necesario para “hacer justicia básica”⁽²⁹⁾. Esta expresión significa casos en los que la personalidad jurídica encubre situaciones dolosas, como por ejemplo el fraude (sea a sus accionistas o a quienes han colocado su dinero en la empresa en forma de bonos, al Fisco o a terceros).

Éste no es necesariamente el caso de una empresa *holding* cuando vende las acciones de una sociedad que a su vez era propietaria de acciones condicionadas por un pacto de adquisición preferente. Por consiguiente, el rasgado del velo societario en su forma extrema, que convierte a dos empresas en una para ciertos efectos críticos, no es aplicable al caso que examinamos en este trabajo. La hipótesis que hemos propuesto como objeto del análisis no incluye una empresa “títere” o “marioneta”, como en los casos de levantamiento del velo societario. Por el contrario, estamos hablando de un *holding* legítima, que incluso tiene sus actividades propias en la región; y no necesitamos incluir el hecho de que pudiera haberse presentado situación dolosa alguna escudándose en el llamado velo societario.

Lo que he planteado en el presente estudio, entonces, es el caso de dos Grupos económicos que se han unido para formar un negocio en común en el Perú; y, para este efecto, han constituido una sociedad peruana utilizando como vehículo empresas de sus propios Grupos. Y lo que está en discusión no es ninguna situación dolosa o fraudulenta sino simplemente una correcta interpretación del acuerdo de adquisición preferente de acciones entre ambos Grupos.

En estas circunstancias, más interesante que buscar una extensión forzada de la doctrina del levantamiento del velo societario, considero importante revisar la naturaleza de la relación entre los socios y el

(29) HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations in a Nutshell*. West Publishing Co. St. Paul, Minn, 1991, p. 81.

contenido del acuerdo de voluntades para, dentro de estos términos, encontrar una vía interpretativa del dilema planteado.

Es cierto que, con relación a la institución de la sociedad anónima, los tratadistas asumieron originalmente —con bastante ingenuidad— que la vinculación entre sus socios era exclusivamente *intuitu pecuniae*, sin que interese de manera esencial quiénes son esos otros que aportan parte del capital.

Esta concepción ha sido actualmente matizada en la mayor parte de las legislaciones. Como se ha señalado anteriormente, en un mundo conformado por personas naturales, la relación personal no podía desaparecer totalmente y muchas veces, por el contrario, tiende a reafirmarse por razones estrictamente comerciales y organizativas.

En muchos casos, los socios no se escogen recíprocamente sin verse la cara; salvo cuando se trata de operaciones de bolsa. Por el contrario, en gran parte de los casos la sociedad surge muchas veces cuando los futuros socios han trabajado mucho tiempo en colaboración y deciden ampliar sus actividades conjuntamente. Sucede que los líderes de los dos Grupos empresariales pueden haber formado vínculos de amistad, que los llevan a confiar el uno en el otro. También cuenta la reputación de los socios y de la empresa misma con la que se pretende llegar a un acuerdo para constituir una nueva sociedad entre ambos grupos comerciales, que desarrolle un nuevo negocio afín. Resulta evidente que una empresa famosa por tener muchos juicios con todos sus socios anteriores no será tan atractiva como socia que otra que tiene fama de ser muy correcta y de encontrar siempre una solución equitativa y de común acuerdo a las divergencias que pudieran presentarse. Incluso desde el punto de vista de un cálculo estrictamente económico, la empresa que tiene una historia positiva en sus relaciones comerciales será mucho más conveniente como socia que aquella que tiene un historial conflictivo porque si se presenta una controversia será más fácil y menos costoso solucionar la diferencia; y lo más probable es que las cosas puedan arreglarse mediante el trato directo.

Como dice muy bien Antonio Perdices,

“De ahí que, si su presencia fue un dato relevante para contratar, ya que los mismos aseguraban el cumplimiento, el socio o los socios no estarán sin más dispuestos a permitir un cambio subjetivo en la relación societaria, que desarme dicho mecanismo de aseguramiento”⁽³⁰⁾.

(30) PERDICES HUETOS, Antonio B. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas, Madrid, 1997, p. 27.

Así, la ley peruana prevé también la existencia de sociedades anónimas cerradas, con un carácter definitivamente *intuitu personae*, donde existe por mandato legal un derecho preferente de los socios para la adquisición de las acciones sociales⁽³¹⁾. En realidad, sólo en las sociedades anónimas consideradas expresamente como abiertas no sólo no existe tal derecho de preferencia sino que incluso se prohíbe tal pacto, debido a que cotizan en bolsa. Pero incluso en la sociedad anónima ordinaria, que no es cerrada ni abierta, si bien no existe un derecho preferente de adquisición por mandato de la ley, sus socios pueden pactarlo libremente.

Por consiguiente, hay casos en los que aquello que Antonio Perdiges denomina como “contemplación subjetiva”⁽³²⁾, tiene un protagonismo fundamental para encontrar la verdadera voluntad de las partes. Esta expresión, con resonancias místicas, quiere referirse más prosaicamente a los elementos personales (subjetivos) que son contemplados por los socios como razones fundamentales para unirse en sociedad. En palabras quizá más nuevas, estamos refiriéndonos a la clásica relación societaria *intuitu personae* y dejando en claro que esta consideración personal o contemplación subjetiva es un elemento que aún subsiste —cuando menos en ciertos casos— en la formación de la sociedad anónima moderna.

Por mi parte, considero que lo importante, cuando menos desde el punto de vista de la ley peruana, es analizar la verdadera voluntad de las partes, *i.e.*, determinar si los socios quisieron unirse con cualquier empresa o con una empresa determinada, atendiendo a ciertas personas naturales y/o jurídicas específicas que eran determinantes para tomar la decisión de asociarse. Y, consecuentemente, la transferencia de las acciones de la titular directa de las acciones sometidas a pacto restrictivo de venta (transferencia indirecta) debe estar también comprendida en el marco del derecho de adquisición preferente que afecta la transmisión directa de las acciones del otro socio a un tercero.

Es así como la nueva sociedad, resultante de la unión de los dos grupos económicos puede haberse constituido en razón de la contemplación subjetiva o considerando el *intuitu personae* respecto de una persona física o de un Grupo económico o incluso simplemente de

(31) *Ley General de Sociedades - Ley N° 26887*, art. 237.

(32) Término que implica tomar en cuenta los elementos subjetivos o personales que se contemplaron o tuvieron en cuenta implícitamente para la formación del consenso societario.

una sociedad matriz a la que se consideraba importante y de confianza.

No veo razón alguna para distinguir en este caso entre persona natural o jurídica porque considero que ambas han podido ser motivo de confianza para que otra persona natural o jurídica se decida a formar una sociedad con su subsidiaria. La contemplación subjetiva es relevante en ambos casos. Alguien podría pretender que no puede extenderse interpretativamente el pacto de preferencia a las acciones de la empresa *holding* o vehículo porque el o los otros socios beneficiarios del pacto debían suponer que algún día podía vender sus acciones. Pero éste me parece un argumento deleznable la idea determinante de los socios beneficiados con la preferencia era hacer negocios con un determinado Grupo económico.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Como conclusión podría resumir la tesis expuesta en el presente trabajo en el sentido de que no estamos planteando que, para encarar adecuadamente el problema del alcance del derecho de preferencia en la venta de acciones de una sociedad anónima, sea preciso buscar la solución en un desgarramiento traumático del velo societario que prácticamente anule la individualidad de las empresas involucradas. Puede haber casos en que esa violación del pacto de preferencia se encuentre unida a una maquinación para burlar al socio y aprovechar de ciertas circunstancias. En ese caso, posiblemente además del argumento basado en la existencia de un cierto acuerdo *intuitu personae*, puede enarbolarse la bandera del rasgado del velo societario,

Pero en los casos en que no media esa mala intención sino que se trata de acuerdos comerciales honestos,, nuestra tesis propone recurrir a la doctrina de la consideración *intuitu personae* o contemplación subjetiva en las palabras de Antonio Perdiges, basándola en la común intención de las partes y en la buena fe, a las que se refieren los artículos 168, 1361 y 1362 del Código Civil peruano, utilizando el método sistemático (que incluye el análisis lingüístico y la racionalidad formal) y el método finalista (que comprende la racionalidad pragmática y la teleológica), como lo establecen los artículos 169 y 170 del Código citado.

Esta manera de abordar el tema nos lleva por caminos sólidos —pero, al mismo tiempo, prudentes— a la conclusión de que la venta de las acciones de una sociedad que es a su vez propietaria de acciones de una compañía subsidiaria, sujetas directamente éstas últimas a un pacto de adquisición preferente, en general se encuentra jurídicamente involucrada en tal pacto.

Ciertamente, las cosas serían más fáciles si, en adelante, teniendo en cuenta la complejidad estructural de los negocios modernos, se estableciera expresamente en el pacto de preferencia una solución para esta hipótesis. Pero, a falta de ella, el razonamiento expuesto se basta por sí solo.

CAPÍTULO VIII

REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL



LOS REMEDIOS DEL ACREEDOR FRENTE A LA LESIÓN DEL DERECHO DE CRÉDITO

Por Eugenio LLAMAS POMBO⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Planteamiento y enumeración. 1.1. Encuadre de la cuestión. 1.2. Clasificaciones doctrinales. 2. La pretensión de cumplimiento y la ejecución forzosa de la obligación. 2.1. El cumplimiento *in natura*. 2.2. Referencia a su construcción histórica. 2.3. En las obligaciones de dar cosa determinada. 2.4. En las obligaciones de hacer y no hacer. 2.5. Naturaleza, características y presupuestos. 2.6. Su compatibilidad y acumulabilidad con la indemnización. 3. El cumplimiento por equivalente y la *perpetuatio obligationis*. 3.1. Significado de las expresiones *obligatio perpetuari*. 3.2. Su presencia constante en nuestro ordenamiento. Algunos ejemplos. 3.3. El concepto de “equivalente” en sede de cumplimiento. 3.4. Su absoluta autonomía respecto de la indemnización. 3.5. La *perpetuatio* como mecanismo de asignación de riesgo al deudor. 3.6. La esencial subsidiariedad del cumplimiento por equivalente. 3.7. Su radical diferencia con el concepto de daño. 3.8. El criterio de fungibilidad de la conducta. 3.9. Reflexión en torno a la patrimonialidad de la prestación. 4. La resolución y otros remedios propios del contrato sinalagmático. 4.1. Los efectos especiales del contrato bilateral. 4.2. La excepción de incumplimiento contractual. 4.3. La facultad resolutoria del artículo 1124 del CC. 4.4. La absoluta incompatibilidad entre cumplimiento y resolución. 4.5. La esencial compatibilidad entre las acciones de resolución y resarcimiento. 4.6. Función de la indemnización de daños y perjuicios en caso de resolución. 4.7. Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios. 4.8. Sus distintos requisitos. 4.9. Conclusión. 5. La indemnización de daños y perjuicios: la prestación del *id quod interest*. 5.1. Su naturaleza esencial. 5.2. Su finalidad resarcitoria. 5.3. La unidad funcional de la indemnización. 5.4. La extensión jurisprudencial del alcance funcional del resarcimiento. 5.5. La indemnización no es nunca cumplimiento. 5.6. La diferencia esencial entre la finalidad o función que cumple la *aestimatio rei* y la del *id quod interest*.

1. PLANTEAMIENTO Y ENUMERACIÓN

1.1. *Encuadre de la cuestión.* Hace ya tiempo que ha quedado demostrada la falsedad de una supuesta ecuación que, a partir de una

(1) Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca.

errónea lectura del artículo 1101 del CC (y los preceptos similares de otros códigos de raíz napoleónica que presiden la responsabilidad contractual), venía a decir que todo incumplimiento contractual genera como (única) consecuencia una genérica e imprecisa indemnización de daños y perjuicios. Por el contrario, ante la lesión del derecho de crédito, despliega toda una serie de instrumentos jurídicos alternativos, cumulativos o incompatibles entre sí según los casos, que constituyen las diferentes reacciones a disposición del acreedor. Mecanismos que en el Derecho inglés se denominan *remedies*, y que por ello denominamos “remedios”. Así lo razoné profusamente en *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*⁽²⁾, de cuyo capítulo sexto tomo estas páginas para volver a reflexionar sobre el tema de los remedios, con motivo de este sentido homenaje al profesor Ricardo Lorenzetti, cuya finura jurídica es tan sobradamente conocida que no requiere tanto ser puesta aquí de relieve, como la amistad y el fraternal afecto que nos une desde aquellos lejanos años ochenta en que, separados por un océano y diez mil kilómetros, ambos trabajábamos en nuestras respectivas tesis doctorales sobre la responsabilidad civil del médico. Ya entonces me admiró su sentido jurídico, su profundidad intelectual y su bonhomía personal y humanismo, que se han puesto de relieve luego a lo largo de toda su carrera profesional que hoy se encuentra en toda plenitud. Me uno, por ello, feliz a este homenaje.

No pretendo aquí, desde luego, estudiar profundamente cada uno de los remedios, ni siquiera de examinar todos ellos de forma exhaustiva, sino más bien de analizar conjuntamente y de forma comparativa los más relevantes, comprendiendo sus diferencias y analizando la compatibilidad-incompatibilidad entre unos y otros. Particularmente, cumplimiento forzoso, equivalente pecuniario, resarcimiento y, en la medida en que afecta a la compatibilidad entre remedios, resolución del contrato sinalagmático.

1.2. Son variadas las *clasificaciones doctrinales* de los medios de tutela del acreedor. En cualquier caso, lo que no es de recibo es englobar todos ellos dentro de una omnicompreensiva y vaga “responsabilidad contractual”, como simplistamente se ha pretendido⁽³⁾. Entre nosotros,

(2) Monografía publicada en Trivium, Madrid, 1999.

(3) Así, en el anteproyecto de Ley común europea propuesto por RODIERE, R. (Coord.), *Définition et domaine de la responsabilité contractuelle*, Inst. Droit Comparé Univ. Paris II, París, 1981.

la tipología más completa quizás sea la de Díez-Picazo⁽⁴⁾, que abarca tanto la tutela preventiva del crédito frente a un racional y probable peligro de insatisfacción o lesión del derecho del acreedor, como la llamada “tutela represiva”, que se actúa una vez frustrado tal derecho, al haberse consumado la insatisfacción, por falta de ejecución o ejecución defectuosa del deber de prestación del deudor. Dejando de lado los instrumentos preventivos⁽⁵⁾, y las acciones de conservación de la garantía patrimonial y de la solvencia⁽⁶⁾, los remedios⁽⁷⁾ de que dispone el acreedor son los siguientes:

a) Pretensión de cumplimiento, que conlleva la posibilidad de ejecución forzosa de la prestación.

b) El cumplimiento por equivalencia⁽⁸⁾.

c) Remedios especialmente establecidos para las relaciones obligatorias sinalagmáticas (que comprenden la reducción del precio, la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento).

(4) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1993, ps. 673 y ss. También desde una perspectiva global y omnicomprendensiva de los remedios, que se estudian de manera minuciosa, puede verse PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, en *A.D.C.* 1993, ps. 1727 y ss.

(5) Quizá valga la pena destacar algo que, por lo demás, resulta obvio, a propósito de tales instrumentos (anticipación del vencimiento de la obligación a plazo del artículo 1129 del CC, el embargo preventivo, impugnación de actos en fraude de acreedores, el secuestro conservativo de los artículos 1785 y ss. del CC, etc.): unas veces tienden a evitar que se frustre el deber primario de prestación, y otras a garantizar la eficacia del crédito mediante la conservación del patrimonio del deudor, como base y soporte de su responsabilidad patrimonial (*vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., ps. 675/676).

(6) Estas acciones podrían considerarse como de naturaleza mixta, en el sentido de que cumplen una función conservativa del patrimonio del deudor, como decíamos, pero también pueden verse como “tutela represiva” en la medida en que actúan también —principalmente— cuando ya se ha frustrado el derecho del acreedor.

(7) La expresión “remedios” alude, precisamente, a ese carácter represivo o, si se prefiere, “reactivo” frente a un incumplimiento consumado. En el mundo anglosajón se utiliza de forma generalizada la expresión *remedies*. Por todos, TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*, Oxford, 1988.

(8) En la 1ª ed. de sus *Fundamentos* así lo contemplaba el Prof. DÍEZ-PICAZO, aunque posteriormente (en la 4ª ed., ya en Civitas) saca este remedio de su clasificación. Sin embargo, es sintomático que le brinda un tratamiento independiente (p. 680), a continuación de la ejecución forzosa y antes de la indemnización de daños contractuales, y la denomina *cumplimiento por equivalencia*.

d) Resarcimiento de daños⁽⁹⁾.

e) Restitución del enriquecimiento injustificado del deudor a costa del acreedor (artículos 1186, 1683, 1777 y 1778 del CC, y 136, 138, 288 y 613 del CCom)⁽¹⁰⁾.

A continuación nos referimos a cada uno de ellos por separado, buscando fundamentalmente sus requisitos y compatibilidad.

2. LA PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA OBLIGACIÓN

2.1. *El cumplimiento in natura*. Cuando se lesiona el derecho de crédito, y mientras no haya sobrevenido una imposibilidad definitiva, el ordenamiento jurídico en primer término dirige sus normas a conseguir en todo caso el cumplimiento “específico”, *in natura*, de la prestación programada inicialmente. Se trata de obtener el comportamiento omitido, y obtenerlo del mismo modo que debió ser y no fue realizado por el deudor⁽¹¹⁾. Incluso acudiendo a la adopción de las medidas coercitivas que sean necesarias para conseguir tal objetivo⁽¹²⁾. Ese es, sin duda, el tenor de los artículos 1096, 1098 y 1099 del CC y 699 y siguientes de la LEC relativos a la ejecución no dineraria, de cada uno de los distintos tipos de obligaciones.

2.2. *Referencia a su construcción histórica*. Este sistema, absolutamente distinto al seguido por el Common Law⁽¹³⁾, es el resultado de un

(9) PANTALEON incluye, además, entre los que denomina “remedios indemnizatorios”, el reintegro de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve por el incumplimiento de la otra parte, lo que no es sino una especial partida de “daños” (“Las nuevas bases...”, cit., p. 1727).

(10) PANTALEON, *loc. ult. cit.*, y ps. 1736/1737.

(11) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 678; DELGADO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, 2ª ed. Barcelona, 1985, p. 224. Estas medidas, sin embargo, están en principio vedadas en caso de incumplimiento del precontrato; *vid.*, por todos, ROMÁN GARCÍA, A. *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 190.

(12) Es la “coacción propulsiva del Derecho”, de la que habla IHERING, *El fin en el Derecho*, trad. esp., Heliasta, Buenos Aires, 1978, ps. 129 y ss.

(13) En el sistema del Common Law no se concede al acreedor la *specific performance* más que en casos muy excepcionales, como solución *in equity*, de forma que el contrato no es verdadera fuente de la obligación de dar, hacer o no hacer, sino de una obligación de indemnizar cuando no se da, hace o no hace alguna cosa. Por eso se habla de “quebrantamiento del contrato” (*breach of contract*) y no de “inejecución de la obligación”. Sin embargo, tan rígidos principios están notablemente atenuados por las reglas de la *equity*, que efectivamente en ciertos casos permiten la *specific performance*. De algunas de estas ideas se han hecho eco PUIG BRUTAU, “Comenta-

largo camino, que comienza, como hemos visto, negando la posibilidad de ejecución forzosa con la *condemnatio pecuniaria* de la época clásica romana, atenuada ya en el *Corpus*. En el Derecho común, se discute ampliamente si el deudor puede o no ser condenado a la prestación debida y obligado a realizar ejecutivamente⁽¹⁴⁾. Y mayoritariamente se distingue entre obligaciones dirigidas al *dare* o al *facere*⁽¹⁵⁾. Mientras las primeras cabe la condena ejecutiva al *dare* mismo (*praecise tenetur*), en las *obligationes faciendi* rige la norma *nemo potest praecise cogi ad factum*; y por ello, la sentencia se dirige sólo a la in-

rio del traductor” en su traducción de la obra de FULLER-PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch, Barcelona, 1957, ps. 146 y ss.; y PANTALEON, “Las nuevas bases...”, cit., p. 1728. *Vid.*, además, TREITEL, *The Law of Contract*, 8ª ed., Londres, 1991, ps. 895 y ss., 902 y ss.; en clara actitud crítica, FRY, *Specific Performance*, 6ª ed., s.f., p. 42; HOLMES, O. W. *The Common Law*, reed. 1963, p. 236, donde explica que la única consecuencia universal del contrato viene a ser que la ley hace pagar al contratante la indemnización de daños si el resultado prometido no llega a producirse, de forma que, si lo desea, puede “romper” el contrato e indemnizar. Por su parte, BEALE-BISHOP-FURMSTON nos dicen: “The remedy of specific performance is discretionary, and is sometimes refused on the ground of hardship to the defendant, even though the contract is valid at *common law* and so the defendant will be liable in damages if he does not perform. An example is *Wood v Scarth*” (*Contract cases and materials*, Londres, 1985, p. 184). Y BURROWS, A. señala: “However, in contrast to damages, specific performance is not available for every breach of contract. Indeed... specific performance is best approached negatively, that is by examining the numerous restrictions on its availability. Positively, it then follows that if the remedy is not barred by such restrictions, a plaintiff who applies for it succeed” (*Remedies for torts an breach of contract*, London, Dublin, Edinburg, 1994, p. 336, donde a continuación hace un detenido examen de tales restricciones y requisitos).

Tampoco es posible el remedio “ejecución forzosa” en aquellos ordenamientos, como el griego, en que, según veíamos, no se conoce otra lesión del derecho de crédito que la imposibilidad sobrevenida; dada la imposibilidad, no cabe ejecución forzosa *in natura*; *vid.*, RODIERE, *Les effets du contrat dans les pays du marché commun*, Inst. Droit Comparé Univ. París II, París, 1985, p. 140.

(14) Explica BADOSA cómo la doctrina europea mantendrá mayoritariamente una postura positiva, tendente a la admisibilidad de la ejecución forzosa (con citas de ALCIATUS, CUJACIUS, ZOESIUS, MOZZIUS, VINNIO, HILLIGERUS, HUBER, y en la doctrina castellana, COVARRUBIAS, D. PÉREZ, GR. LÓPEZ, MATIENZO, PEREZIUS, GOMEZIUS, CAEVALLOS, HERMOSILLA) (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1987, p. 258, nota 25).

(15) La distinción está ya en D. 45.1.2. pr., de Paulo: *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt*, y también en D. 44.7.3. pr., de Paulo: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*. Justo es recordar que ambos textos de Paulo son glosemas. Por lo demás, a la misma clasificación y distinción se refiere con detalle POTHIER, *Traité des Obligations*, *Ceuvres*, París, 1825, núm. 146, 156 y 157.

demnización de daños, por lo que el deudor puede liberarse mediante la satisfacción de los daños e intereses⁽¹⁶⁾.

Es ya en Domat⁽¹⁷⁾ donde encontramos claramente la idea, antigua por otra parte, de que, primariamente, el deudor viene obligado a realizar la prestación debida, y sólo secundariamente la indemnizar por daños en caso de incumplimiento. De tal manera, que se distingue entre la prestación originaria y la prestación del *id quod interest*⁽¹⁸⁾.

Pothier se inclina de manera decidida por la admisibilidad de la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, si bien en las obligaciones de hacer y no hacer niega la posibilidad de tal forma de ejecución, entendiendo que en virtud del principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, tales obligaciones “se resuelven” en la obligación de daños e intereses⁽¹⁹⁾. Pero acertadamente se ha señalado ya que el motivo de esta absorción de la ejecución forzosa por parte de la indemnización, no está en que ésta ocupe el lugar de aquélla, sino en la imposibilidad de efectuar tal ejecución sin violentar el principio de libertad del deudor⁽²⁰⁾.

(16) COING, *Derecho Privado Europeo*, T. I, trad. esp. de A. PÉREZ MARTIN, Madrid, 1996, ps. 547/548, y la bibliografía allí citada.

(17) DOMAT, *Le Leggi Civili*, T. IV, trad. it., Pavia, 1826, I,1,3,§4, y I,2,§20, donde habla de un primer y segundo efecto del contrato. La idea, no obstante, tiene egregios precursores: MOLINAEUS: *Primaria obligatio est de eo quod principaliter, et per se debetur, et intenditur. Secundaria vero de eo quod in defectum principalis debetur* (*Extrictio Labyrinthi dividui et individui, in Omnia quae extant opera*, T. III, Parisiis, 1681, Pars III, núm. 3); en HERMOSILLA se distingue entre *obligatione primaeva, eamque DD. primitivam vocant, quae quidem ex contractus origine et pactione nascitur, y obligatione secundaria, quae ex culpa, aut dolo oritur* (*Notae, Additiones et Resolutiones ad Glossas legum Partitarum D. Gregorii Lopetii*, I y II, Colonia, 1751, T. I, Tít. II, L.V, Gl. III-IV, núm. 7).

(18) LA IDEA SE ENCUENTRA MUY CLARAMENTE EN SÁNCHEZ ROMÁN, cuando explica: “No falta alguna tendencia doctrinal que para este caso, y huyendo de toda apariencia violenta, estima que debe ser sustituida la obligación por el *resarcimiento equivalente* de daños y perjuicios, pero con tal criterio se desnaturaliza, sin necesidad, la obligación, que es de entregar cosa, y no de indemnizar su valor, y se aplica el subsidiario resarcimiento de impropia manera, puesto que las obligaciones de dar, lo mismo que las de hacer, cuyo objeto preciso consiste en lo uno o en lo otro, únicamente se resuelven en las *subsidiarias* de indemnizar, cuando es en absoluto imposible su efectivo cumplimiento, en los propios términos en que fueron contraídas” (ob. cit., IV, p. 86).

(19) POTHIER, *Traité des Obligations, Œuvres*, París, 1825, núm. 156 y 157. Para las obligaciones de entregar un “cuerpo cierto”, nos dirá que si el deudor condenado por sentencia a dar la cosa tiene su posesión, el Juez, a requerimiento del acreedor, debe permitirle tomarla y entrar en su posesión (*en saisir*).

(20) BADOSA, *La diligencia...*, cit., p. 259.

Lo cierto es que la puerta que Pothier deja abierta a la admisión de la ejecución forzosa es sumamente ampliada en el *Code*, cuyo artículo 1610 la admite para la compraventa, y que en su artículo 1144 es extendida a las obligaciones de hacer y no hacer. En nuestro CC, el artículo 1096 la establece expresamente para las obligaciones de dar⁽²¹⁾. Y los artículos 1098 y 1099, presididos por el principio *nemo potest cogi ad factum*, admiten dicha ejecución forzosa, a costa del deudor. Lo que lleva a Badosa a concluir, acertadamente, que “podemos decir que la ejecución forzosa es un principio totalmente admitido en el CC español, con plena autonomía respecto de la indemnización de daños, que aparece regulada en una disposición distinta (los artículos 1101 y ss.) y presidido por el principio fundamental del *nemo cogi ad factum potest*”⁽²²⁾.

2.3. *Respecto de las obligaciones de dar cosa determinada*, y como hemos señalado en otro lugar⁽²³⁾, procede la compulsión al deudor para que entregue *in natura* la cosa debida, lo que equivale a presuponer que ésta se encuentra en posesión del deudor; y a dicho fin, el acreedor puede solicitar la práctica de cuantas diligencias estime necesarias para lograr la puesta en posesión de la cosa, como previenen los artículos 701 a 703 de la LEC, según se trate de la entrega de cosa mueble determinada, cosa genérica o indeterminada, bien inmueble ocupado o desocupado. Tales diligencias pueden ser de naturaleza muy diversa. Así, por ejemplo, y en el problemático supuesto en que la prestación de dar tiene por objeto llevar a cabo la traslación de la

(21) Comentando su precedente artículo 1005 del Proyecto de 1851, nos dice GARCÍA GOYENA que “sin perjuicio de esta responsabilidad (por daños y perjuicios) puede el deudor ser compelido a la entrega de la cosa mientras exista” (*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. III, Madrid, 1852).

(22) BADOSA, *La diligencia...*, cit., p. 261. Por otra parte, la larga evolución que hemos resumido en estas pocas líneas viene a compendiarse por HERNÁNDEZ GIL en los siguientes términos: “En el derecho romano clásico la exigencia procesal de la condena pecuniaria, impeditiva de la demanda judicial de la realización de la prestación originaria, trajo consigo el problema dogmático de integrar la obligación en un solo concepto, siendo distintas sus dos manifestaciones, pero este problema no se presenta de la misma forma en el derecho moderno y de un modo especial está ausente del derecho positivo español, ya que, en conjunto, tiende de un modo muy acusado a conseguir judicialmente una ejecución en forma específica, con lo que hay una esencial similitud entre la dimensión extrajudicial de la obligación y la judicial” (“En torno al concepto de la obligación”, Discurso inauguración curso 1981-1982 de la R.A.J.L., en Apéndice al *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, reimp. 1983).

(23) En nuestro comentario al artículo 1096 del CC, en AA.VV., *Jurisprudencia Civil Comentada*, coord. M. Pasquau Liaño, 2ª ed., Comares, Granada, 2010.

propiedad o el traspaso posesorio⁽²⁴⁾, en el que la autoridad judicial tiene que llegar a suplir ese acto de voluntad del transmitente, particularmente en bienes inmuebles⁽²⁵⁾, son numerosas las sentencias que declaran unánimemente que “la adjudicación judicial de inmuebles no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que los ocupe sin necesidad de un nuevo pleito, por no ser esta medida legal exclusiva del juicio de desahucio” (STS 26 junio 1950).

Como acertadamente ha señalado Carrasco⁽²⁶⁾, la entrega, en tal caso de ejecución forzosa, no es indemnización, sino cumplimiento. Indemnización será, en su caso, la reparación del daño moratorio.

Y si la cosa está en posesión de un tercero, quien a menudo además no ha sido parte en el pleito suscitado entre acreedor y deudor, con independencia de otras disquisiciones doctrinales, el artículo 704 de la LEC del año 2000 vino a resolver la vieja polémica doctrinal y jurisprudencial que tal supuesto suscitaba. En la redacción de tal precepto se distinguen varios supuestos de hecho:

- Si el inmueble es vivienda habitual del ejecutado y quienes de él dependen, se le confiere plazo para el desalojo, transcurrido el cual se procede al desalojo.
- Si el inmueble está ocupado por terceros ajenos al pleito, se confiere plazo a los mismos para que presenten su título posesorio, y en caso de no resultar eficaz frente al ejecutante, se procede igualmente al lanzamiento.

(24) En este punto dirá VATTIER FUENZALIDA, representando una posición doctrinal bien extendida: “La entrega, tanto en función traslativa como en función restitutoria, junto con definir el contenido típico de la prestación de dar, reconduce a esta clase de obligaciones al *genus* de las obligaciones de hacer, pues consiste, como ha sido puesto de relieve, en la actividad de entregar cualificada solamente por el desplazamiento posesorio; la obligación de dar, por consiguiente, se resuelve en el Derecho moderno, igual que en el Derecho romano, en una obligación de hacer cuya especialidad viene determinada únicamente por el resultado de transferir la posesión de la o las cosas materia de la prestación desde la titularidad del deudor a la del acreedor o viceversa” (*Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, p. 70).

(25) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit.,

(26) CARRASCO, Comentario a los artículos 1101 a 1107 (excl. 1103) del CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. 1º, Edersa, 1989, p. 397.

Si se trata de cosa mueble, y la misma “no puede ser habida” en el patrimonio del deudor, se procede a sustituir la entrega por “una justa compensación pecuniaria” (artículo 702.3 LEC), o su “equivalente pecuniario” (artículo 702.2 LEC). Se ha corregido aquí⁽²⁷⁾ el tenor de la vieja LEC, que hablaba de “indemnización sustitutoria” en lugar de la correcta remisión al cumplimiento por equivalente, como ahora se hace.

Por otra parte, en realidad, esa regla de cumplimiento *in natura* es perfectamente aplicable también a las obligaciones de dar cosa “indeterminada o genérica” (cuyo objeto es, en efecto, indeterminado, “pero es cierto y determinado el género de donde él debe tomarse”, como señala Pothier)⁽²⁸⁾. En efecto, si el objeto de la obligación es cosa genérica, habrá de cumplirse la obligación “a expensas” del deudor (artículo 1096.2º del CC). Si se trata de dinero, los largos artículos 571 a 698 LEC brindan y regulan la posibilidad del embargo de bienes del deudor, y posterior vía de apremio mediante el correspondiente avalúo y venta en subasta pública, con cuyo producto se paga al acreedor. Y para el resto de cosas, procederá la adquisición a costa del deudor. Pero es unánime la opinión doctrinal, que finalmente vino a avalar el artículo 702 LEC, que se inclina por facultar al acreedor para pedir la entrega directa de la cosa genérica, si la misma se encuentra dentro del patrimonio del deudor. Es una manera de cumplir la obligación “a expensas” del deudor. Y únicamente cuando dicho género no se encuentre a disposición del deudor, se podrá adquirir la cosa a costa de éste⁽²⁹⁾.

Pero, en todo caso, esa ejecución “a expensas” del deudor, en cualquiera de sus variantes (incluida la sustitución de la cosa genérica defectuosa por otra)⁽³⁰⁾, no es sino una acción de cumplimiento, que nada tiene que ver con la indemnización de los daños y perjuicios que

(27) Se atiende así a la crítica y planteamientos doctrinales que, además de otros autores, mantuve en mi mencionado libro *Cumplimiento por equivalente...*, acerca de la redacción de la vieja LEC en esta materia, que confundía con indemnización.

(28) POTHIER, *Traité...*, cit., núm. 142. En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, A. “Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria”, en *R.G.L.J.*, 1958, II, ps. 3 y ss.

(29) MARTÍN PÉREZ, A. Comentario a los artículos 1088 a 1099 (excluidos el 1092 y 1093), en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XV, vol. 1º, Edersa, 1989, ps. 283 y ss., y la bibliografía allí citada.

(30) En puridad, no hay tal “sustitución”, pues se trata de entregar “cosa genérica sin defectos”, y si se entregó cosa defectuosa, no se hizo sino incumplir la obligación dejando pendiente el cumplimiento correcto. Es el caso del artículo 11.3º

el incumplimiento (en este caso de ejecución forzosa, habrá que hablar de *mora*) irroga al acreedor.

2.4. *En cuanto a las obligaciones de hacer y de no hacer*, en las que, por virtud del viejo principio *nemo potest praecise cogi ad factum*, o sea, la incoercibilidad tanto jurídica como material de la conducta del deudor, sólo cabe una doble posibilidad: o sustituir tal comportamiento por la autoridad judicial, cuando tal sustitución sea suficiente para satisfacer el interés del acreedor⁽³¹⁾, o trasladar al patrimonio del

de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios. *Vid.*, CARRASCO, *loc. ult. cit.*

(31) Tal sucede cuando la conducta obligada consiste en prestar una declaración de voluntad o, en palabras de la STS 28 febrero 1978 (RJ Aranzadi 593), “desarrollar la actividad necesaria para la conclusión definitiva de un contrato”. Se trata, como hemos señalado en nuestro citado comentario al artículo 1098, de la obligación derivada del precontrato, o como suele denominar el TS, siguiendo la terminología italiana, del contrato preliminar. La doctrina española se viene cuestionando hace tiempo si cabe en nuestro Derecho una solución similar a la que contempla el Código italiano de 1942, a la hora de ejecutar forzosamente tal suerte de obligaciones, es decir, si el juez puede suplir el consentimiento del obligado, o dictar una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido. Nuestra jurisprudencia aparece dividida en este punto, aunque la mayor parte de las sentencias, y en todo caso, la doctrina más reciente, se inclinan por admitir que el juez sustituya el otorgamiento del consentimiento al que se niega el deudor. Suele citarse como primera sentencia favorable a dicha solución la ya mencionada STS 1 julio 1950 (RJ Aranzadi 1187), según la cual, “La aplicación del artículo 1098, mandando hacer a costa del demandado lo que éste se resistiere a cumplir, significa en este caso... la intervención de un otorgante, que aparecería representando una voluntad que no existió, porque precisamente está dictado el precepto en términos generales para suplir por la Ley la rebeldía de la voluntad del otorgante remiso en cumplir lo pactado. Tampoco el acto de firmar una escritura de compraventa, que el recurrente califica de personalísima, es de aquellos que no puedan realizarse en nombre del obligado”. Y en términos similares se pronuncian las SSTS 21 diciembre 1955 (RJ Aranzadi 232/1956), 2 febrero 1959 (RJ Aranzadi 2894), 26 marzo 1965 (RJ Aranzadi 1481), 21 febrero 1969 (RJ Aranzadi 967), 28 junio 1974 (RJ Aranzadi 3465) y 13 diciembre 1989 (RJ Aranzadi 8824). En contra, parecen pronunciarse las SSTS 2 mayo 1959 (RJ Aranzadi 1987) y 16 octubre 1965 (RJ Aranzadi 4468). El estado de la cuestión se resume con toda claridad por la STS 25 junio 1993 (RJ Aranzadi 5384), aunque cita en apoyo de la tesis afirmativa a la sentencia que acabamos de citar, que es la única verdaderamente negativa. Es, en cualquier caso, absolutamente concluyente. Así, señala que “el precontrato es ya en sí mismo un auténtico contrato, que tiene por objeto celebrar otro en un futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente. Debiéndose... quedar atemperada su fuerza vinculante, o cumplimiento forzoso, a dos posiciones extremas: entender que no es posible obligar a la contraparte a la prestación del consentimiento...; o bien entender, con la más reciente jurisprudencia de esta Sala, que *al consistir el objeto del precontrato una obligación de hacer, una vez requerido el obligado para que cumpla su promesa, el Juez puede tener por prestado el consentimiento y sustituirlo en el otorgamiento; cumplimiento forzoso*

deudor las consecuencias de la ejecución realizada por un tercero o por el propio acreedor, conforme a las reglas de los artículos 705 LEC, que distinguen según la condena consista en un hacer personalísimo (artículo 709) o no (artículo 706). Pero en ambos casos se satisface el interés específico del acreedor en el cumplimiento, aunque sea a costa del patrimonio del deudor, y no merced a su intervención directa⁽³²⁾.

Y no creo que ni una cosa ni otra —la sustitución por el juez y la imputación al patrimonio del deudor del coste de ejecución por un tercero— tengan nada que ver con una “indemnización de daños y perjuicios”, por más que también aquí, de forma análoga a lo que sucede con la ejecución forzosa de las obligaciones de dar, sea frecuente la confusión entre ambos procedimientos. Mandar ejecutar una prestación de hacer, o destruir lo mal hecho, “a costa” del deudor, no es sino la consecuencia de una *acción de cumplimiento*, nunca es acción resarcitoria, y tiene sólo un remoto parecido con lo que sería transformar dicha obligación de hacer en la de indemnizar daños y perjuicios⁽³³⁾; cuestión diferente es que si, como consecuencia de la sustitución —por el juez, por un tercero o por el propio acreedor— de la conducta del deudor, se irrogan además unos perjuicios al acreedor (costas del procedimiento de ejecución⁽³⁴⁾, ejecución imperfecta, *aliud pro alio*, ejecución morosa, etc.) ello deba, por supuesto, ser objeto del

que sólo se reemplazará por la correspondiente indemnización, cuando el contrato definitivo no sea posible otorgarlo”.

(32) CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fund. Univ. Jerez, 1989, ps. 33 y 37.

(33) A lo que sí se parece esta forma de ejecución, si se mira desde el punto de vista del deudor, es a la prestación del equivalente pecuniario, puesto que, como ha señalado CAPILLA, sobre el mismo sólo pesa coactivamente el deber de costear los gastos de la intervención del tercero (ob. cit., p. 33), que es una buena manera de evaluar económicamente el equivalente de la prestación, creo yo.

En las ideas del texto coincide plenamente CARRASCO (*Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, p. 401), cuando afirma que el “hacer a costa del deudor” en las obligaciones de hacer constituye “cumplimiento” y no “resarcimiento”. Y que en las obligaciones de hacer la prestación sustitutoria de la del deudor incumplidor es siempre acción de cumplimiento (“a su costa”) y no indemnización, sin perjuicio de que se produzcan otros daños indemnizables. Añadiendo que la importancia de la determinación de si una determinada pretensión es resarcitoria o de cumplimiento se encuentra principalmente en que para exigir el cumplimiento —en cualquiera de las formas que adopte— no es precisa la culpa del deudor.

(34) Que de conformidad con los criterios legales más elementales, deben ser impuestas al condenado en la sentencia de cuya ejecución se trate.

correspondiente resarcimiento⁽³⁵⁾. Pero el acreedor ningún daño tiene que demostrar⁽³⁶⁾ —entre otras cosas porque el mismo bien puede no existir— para obtener la conducta sustitutiva en que se sustancia la ejecución forzosa⁽³⁷⁾.

(35) Perfectamente distingue ambos remedios, en un supuesto de obligación de no hacer, la muy interesante en este punto SAT Oviedo 26 octubre 1984 (*R.G.D.* 1985, p. 771), cuando establece que el mandato del viejo artículo 923 de la LEC de 1881 “implica requerir abstención si se trata de actividad, o bien destruir lo mal hecho si es otro el resultado, *sin perjuicio del derecho concomitante o concurrente de indemnizar daños y perjuicios* si fuese solicitado y cuantificable”. Se trataba de un caso de obligación negativa, consistente en la prohibición del ejercicio de una actividad constitutiva de competencia desleal, por utilización ilegítima de una denominación comercial, en el que el condenado sustituye la misma por otra muy similar. Y a fin de cumplir el precepto señala la sentencia que, como en este caso no es posible destruir los objetos expedidos bajo una marca prohibida, sólo cabe conminar al condenado “a no utilizar la denominación comercial o rótulo indebidos, con el consiguiente apercibimiento por desobediencia si se persiste en la actitud prohibida, por ser esta vía coactiva la única que hace posible la efectividad de la ejecutoria. No puede decirse que la sustitución de una denominación comercial por otra implique el haber cumplido con la condena de no hacer impuesta en la ejecutoria, pues desde el punto de vista gráfico, la similitud es grande, y desde el fonético la misma se agrava sensiblemente, pues puede decirse que la utilización de la nueva denominación es un auténtico fraude que por ello no evita la competencia desleal que se trata de prohibir y que constituye el fundamento de la ejecutoria”.

(36) El principio *in obligatione faciendi non aliud venire quam quod interest* (DONELLUS) debe entenderse adecuadamente, pues aquí el *interest* es siempre *quantitas obligationis*. *Vid.*, CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, p. 398.

(37) Un ejemplo (aislado) de la doctrina absolutamente contraria a la expuesta en el texto, lo constituye la STS 3 julio 1989 (RJ Aranzadi 5281), cuando establece lo siguiente: “En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (acción de cumplimiento), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del incumplimiento *imputable* (¿?), que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el art. 1098 del CC... Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego *nemo factum cogi potest* (*sic*) y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo 1101 del CC)”. En lo único que estamos de acuerdo con tal pronunciamiento es en la prioridad del cumplimiento forzoso sobre el cumplimiento por equivalente (integrado o no en la indemnización). Sin embargo, ni creemos que la obligación de cumplir sea “directa consecuencia del incumplimiento *imputable*”, como señalamos más abajo, ni que para el cumplimiento por equivalente, o la sustitución de la conducta del deudor con traslado a su patrimonio de las consecuencias de tal sustitución, sea necesario dolo o culpa del deudor o contravención del tenor de las obligaciones con arreglo al artículo 1101 del CC. ¿Para qué está, entonces, el

Con todo, es necesario aceptar, con Carrasco, que “ni el CC ni la LEC dan pie para distinguir en sede de obligaciones de hacer entre lo que es una acción de cumplimiento a costa del deudor (a la que hay que considerar como una acción de cumplimiento primaria, junto al cumplimiento específico por parte del deudor), lo que es una acción de cumplimiento por equivalente y lo que es una pretensión indemnizatoria por incumplimiento de la obligación de hacer. Esta duda proviene de que la expresión “hacer a costa” del deudor (artículo 1098 del CC y concordantes de la LEC) no es técnicamente clasificable”⁽³⁸⁾.

En cualquier caso, para que entre en funcionamiento esta ejecución por el acreedor o por un tercero “a costa” del patrimonio del deudor, es preciso un previo incumplimiento por el deudor. Y además el legislador requiere una verdadera certeza de dicho incumplimiento. De ahí el plazo que, según prevé el artículo 705 de la LEC, debe conceder el juez al deudor, una vez detectado tal incumplimiento, para que ejecute la prestación debida; y solamente cuando ha transcurrido dicho plazo sin éxito, cabe el remedio del artículo 1098 del CC⁽³⁹⁾, a través del empleo de los “medios necesarios” que viene obligado a emplear el juez para lograr tal ejecución forzosa.

Por lo demás, como hemos señalado⁽⁴⁰⁾, la realización de la prestación —de hacer o de no hacer— “a costa” del deudor, no significa, sin embargo, “a toda costa”. Por el contrario, nada impide al juez o tribunal el establecimiento de un límite cuantitativo a la valoración de esa ejecución forzosa, que posteriormente repercutirá sobre el patrimonio del deudor. Así se pronuncia la STS 12 julio 1991, en la que se recurría una sentencia que había fijado un límite económico a la realización de

artículo 1098? Parece como si, según el criterio de esta sentencia, todo lo que no es cumplimiento voluntario y correcto es responsabilidad, o sea, resarcimiento de daños con arreglo al artículo 1101.

(38) CARRASCO, “Reparación del daño en forma específica”, en *Aranzadi Civil*, 1996, II, p. 62.

(39) Así lo establece la STS 29 junio 1988 (RJ Aranzadi 5137) en un claro caso de obligación de hacer: “El artículo 587 del CC autoriza al dueño del predio que sufra la servidumbre de vertiente de los tejados, a dar otra salida a las aguas, ante cuya imposibilidad de reposición, los demandados, aquí recurridos, quedan, en principio, obligados a hacer por sí mismos las obras necesarias para esa nueva salida de aguas y sólo en el supuesto de que no las hagan, lo que habrá de ser comprobado en ejecución de sentencia, será cuando tenga virtualidad la indemnización concedida por el expresado concepto para que los actores, aquí recurrentes, puedan hacerlas a costa de aquéllos (artículo 1098 del CC y párrafo 2º del artículo 924 de la LEC)”.

(40) Una vez más, remitimos a nuestro comentario del artículo 1098 del CC, en *Jurisprudencia civil comentada*, cit.

unas obras, entendiendo el recurrente que tal imposición implicaba el incumplimiento directo del artículo 1098, al sostener que una vez agotado aquel límite, las obras necesariamente quedarían incompletas o no coincidentes con la calidad a que se comprometió el demandado; y además, que si el repetido límite quedaba fijado varios años antes del momento de la ejecución efectiva de la sentencia firme, era seguro que las obras nunca podrían realizarse. Y señala el TS que “resulta indiscutible que la fijación de un determinado montante cuantitativo en orden a la realización de unas obras concretas, en ningún modo puede estimarse como infracción del artículo 1098 del CC o interpretación errónea del mismo, y cosa bien distinta sería que en la fase de ejecución de sentencia se viesen confirmados los temores de la parte recurrente, pues en ese caso, y partiendo de una posible calificación de deuda de valor que cabría asignar a los límites cuantitativos señalados en la sentencia, sería allí, en la indicada fase, donde, en su caso, habría de plantearse el problema de su actualización en relación con los costos entonces existentes a fin de conseguir la adecuación entre obra a realizar y proyecto, pero es de insistir que la solución de tal problema, en el supuesto de presentarse, tendría que resolverse en la vía de ejecución”.

Específicamente para las obligaciones negativas, la ejecución forzosa “deshacer lo mal o indebidamente hecho”⁽⁴¹⁾ puede resultar en ocasiones —muy especialmente en los casos de contravención— una medida excesivamente grave, a menudo demasiado perjudicial y, en ocasiones, incluso antieconómica. Por ello, esta facultad suele ser objeto de ponderación por los tribunales, mediante el recurso a la equidad, *ex* artículo 3.2. del Código Civil. Lo que da lugar a una variada jurisprudencia, que no es exactamente contradictoria, sino más bien acomodada a las peculiaridades y circunstancias de cada caso, y a la verdadera entidad de tal contravención. En síntesis, puede afirmarse que los tribunales reservan la solución destructiva para los casos de auténtica frustración de la finalidad del contrato⁽⁴²⁾. Por el contrario,

(41) Solución que alcanza a los supuestos en que el deudor ejecuta mal la prestación, o de manera incompleta.

(42) Así, la STS 19 abril 1977 (RJ Aranzadi 1658), en un caso de defectos constructivos, declara al artículo 1098 como precedente inmediato del 1591 del CC, cuya aplicación jurisprudencial ofrece un rico abanico de ejemplos acerca de la destrucción de lo deficientemente construido. Dicha sentencia ordena la total remoción de lo mal hecho y su sustitución aunque no se hayan producido aún todas las previsibles consecuencias y sólo haya resultado afectada una parte de la construcción, “sin que pueda quedar supeditado tal cumplimiento forzoso a que la defectuosa realización de la obra... haya ocasionado desperfectos en todas las plantas del edi-

no amparan el ejercicio abusivo de la facultad destructiva, cuando entienden que no ha existido verdadera frustración de la finalidad contractual, o cuando la medida resulta excesivamente gravosa u onerosa⁽⁴³⁾.

2.5. Respecto de la pretensión de cumplimiento, y su satisfacción por vía de ejecución forzosa, nos interesa particularmente aquí destacar las siguientes observaciones en cuanto a su *naturaleza, características y presupuestos*⁽⁴⁴⁾:

a) Se trata de una acción de condena, dirigida a obtener un pronunciamiento judicial por el que se imponga coactivamente al deudor la realización del comportamiento debido. La ejecución forzosa tiene un marcado carácter judicial, por lo que se ha definido como el “modo de realizarse judicialmente la obligación y la responsabilidad”⁽⁴⁵⁾.

b) Salvo la posibilidad material de cumplimiento (la no-imposibilidad, como presupuesto metafísico de la ejecución forzosa), su exigencia judicial no está sometida a ningún requisito o limitación, que no sean los generales de ejercicio no abusivo de los derechos⁽⁴⁶⁾. En consecuencia, como es natural, la pretensión de cumplimiento no viene supeditada a la existencia o demostración de unos daños y perjuicios, ni presentes ni futuros.

ficio en cuestión, pues tal exigencia no viene impuesta por el citado artículo 1098, que sólo contempla para su aplicación el incumplimiento de lo pactado —en la forma que el artículo 1258 establece— de la obligación de hacer que proceda”.

(43) Así, la STS 27 octubre 1987 (RJ Aranzadi 7308), contempla un supuesto en el que existía un problema con los ladrillos “cara vista” empleados en el revestimiento de un patio interior de un edificio, cuya comunidad de propietarios demandó a promotora, arquitecto y aparejadores. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, con estimación de la demanda, condenó a la promotora a “efectuar las obras precisas para la reparación” del defecto. La Audiencia Territorial de Zaragoza, sin embargo, entendió que se trataba de un defecto “de imposible reparación”, condenando al pago de una indemnización en la cuantía que desmereciese o infravalorase el inmueble, cuyo criterio confirmó el TS.

(44) Seguimos básicamente en este punto la tipificación que, de la pretensión de cumplimiento, hacen DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 678, y PANTALEON, “Las nuevas bases...”, cit., ps. 1728 y ss. En todo caso, es inexcusable aquí la remisión a la monografía de VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1995, dedicada íntegramente al tema, aunque para esta caracterización, pueden verse especialmente las ps. 149 y ss.

(45) HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de obligación”, cit., p. 468.

(46) Artículo 7 del CC, excesiva onerosidad de la prestación, desaparición de la base del negocio, etc.

¿*Quid* respecto de un eventual requisito de imputabilidad al deudor del incumplimiento? Creo yo que tampoco es exigible, pues entiendo que mientras el cumplimiento de la obligación sea posible (de lo contrario estaríamos ante un supuesto de extinción de la obligación *ex* artículo 1182), y por muy inimputable que haya sido el incumplimiento, es legítimo mantener al acreedor en la posibilidad del cumplimiento, incluso forzoso; y no lo contrario, exonerar de un cumplimiento posible al deudor, a costa de los intereses del acreedor⁽⁴⁷⁾. Como se ha señalado, la acción de cumplimiento correcto de los artículos 1096-1099 del CC está basada en el hecho objetivo del material incumplimiento, sin exigir criterio alguno de imputación del mismo al deudor⁽⁴⁸⁾

A diferencia de lo que sucede con la reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, para el ejercicio con éxito de la acción de cumplimiento específico basta acreditar el incumplimiento de la obligación, sin que el deudor pueda excusarse invocando su culpa, o la ausencia de daños. De donde se deduce que dicha acción de cumplimiento forzoso es absolutamente independiente de que se hayan causado daños al acreedor, y de que el deudor sea o no responsable de los mismos, pues ello es fundamento y objeto de una pretensión diferente. Si el incumplimiento es *per se* un acto injusto (salvo su inevitabilidad por *vis maior*), la acción de cumplimiento trata de evitarlo a toda costa, con independencia de que se irroguen daños al acreedor. O si se quiere ver de otro modo, menos riguroso a mi juicio, puede entenderse que el incumplimiento, en sí mismo, engendra un *eventus damni* al titular del crédito.

Tales afirmaciones vienen además apoyadas por la jurisprudencia. Así, puede considerarse emblemática, en este sentido, la STS 30 mayo 1987, que en un arrendamiento urbano condenó al arrendador “a realizar ciertas obras, de conformidad con el artículo 107 de la... L.A.U. (como es evidente, se refiere al Texto Refundido de 1964) a fin de conservar el local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido, concretamente a reparar la instalación eléctrica que

(47) En este punto coincidimos plenamente con la opinión de PANTALEON, “Las nuevas bases...”, cit., p. 1729, donde, además, niega que se puedan identificar de modo absoluto “el hecho que exonera de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento” y el “hecho que extingue (o suspende) la obligación”, en abierta crítica al pensamiento de JORDANO (nota 34).

(48) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, p. 397, donde, además, señala que ésta es la razón fundamental por la que puede afirmarse una radical diferencia entre la acción de cumplimiento y la acción de indemnización del daño de incumplimiento.

suministra energía a la entidad actora para que la misma tenga una potencia de 50 kw”; y tal pronunciamiento se mantenía a pesar de que la privación del suministro eléctrico se había debido a un hecho de terceros, y por tanto no era imputable al deudor. Sin embargo, la misma sentencia desestima la reclamación de daños y perjuicios, “en cuanto la parte actora no acreditó ni su cuantía ni tampoco su existencia, ni la imputabilidad de los alegados daños a su contraparte”. Es decir, acreditado el incumplimiento, se obliga al cumplimiento forzoso, pese a no haber culpa del deudor; y por el contrario, precisamente al no existir dicha culpa, ni tampoco estar acreditados los daños, absuelve de la acción de resarcimiento⁽⁴⁹⁾.

No obstante, aunque la posición expuesta es la mayoritaria en la doctrina⁽⁵⁰⁾, hay que destacar que tal opinión no es unánime, y cuenta con cualificados detractores⁽⁵¹⁾.

(49) En términos similares se pronuncian las SSTS 12 mayo 1994 (RJ Aranzadi 3575), que condena a reparar los servicios de calefacción y agua caliente central del edificio, pero no indemnizar los daños y perjuicios, cuya pretensión no fue deducida en la demanda), 21 junio 1995 (RJ Aranzadi 5178) y 22 junio 1995 (RJ Aranzadi 5180), que obliga al acondicionamiento de un inmueble para posibilitar el acceso directo de una minusválida a su vivienda. Sin embargo, en la STS 3 julio 1989 (RJ Aranzadi 5281) parece afirmarse lo contrario, cuando se establece que la acción de cumplimiento y la obligación de cumplir es “la primera y directa consecuencia del incumplimiento *imputable*”; queremos pensar que la sentencia se está refiriendo al cumplimiento forzoso, pues la obligación de cumplir nunca puede ser “consecuencia del incumplimiento”, imputable o no, sino —como ha señalado a propósito de este pronunciamiento del TS VERDERA, ob. cit., p. 138, nota 200- de la fuerza vinculante de la relación obligatoria. Por lo demás, el adjetivo “imputable” parece más bien haberse “deslizado” que deliberadamente establecido, pues la sentencia tampoco establece cuáles son los criterios de esa imputabilidad. En suma, no creo que se trate de un fallo precisamente decisivo sobre la cuestión, frente a los otros numerosos que hemos mencionado.

(50) GIORGIANI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*. 2ª ed. revisada, Giuffrè, Milán, 1975, ps. 26/27; SCOGNAMIGLIO, “Il risarcimento del danno in forma specifica”, en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, p. 226; VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, T. II, trad. de Roces, Madrid, 1934, ps. 76 y ss.; PUIG BRUTAU, “Comentario final...”, cit., p. 158; Díez-PICAZO, *loc. ult. cit.*, PANTALEON, *loc. ult. cit.*, y “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, en *A.D.C.* 1991, p. 1046; CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, ps. 397 (“El deudor que incumple puede ser constreñido al cumplimiento, sea o no simultáneamente responsable de los daños”), 401 y ss.; y con acertadas precisiones, VERDERA, ob. cit., ps. 136 y ss.

(51) Así, BADOSA, *La diligencia...*, cit., ps. 263/264, sostiene justamente lo contrario, es decir, que para la ejecución forzosa no basta el incumplimiento material, sino que se precisa además que se deba a dolo o culpa prestable del deudor. Y ello por varios argumentos, que aluden a la identidad de fines y fungibilidad existente entre ejecución forzosa e indemnización; lo que no nos convence, pues una cosa es la compatibilidad entre ambos remedios (a la que en seguida aludiremos) y otra

c) La acción de cumplimiento tiene preferencia sobre el resto de los remedios, lo que se desprende de la regulación de conjunto del CC, y en el caso de las obligaciones de dar cosa determinada, se proclama en el artículo 1096⁽⁵²⁾. En la medida en que el deber de prestación (interés específico, fin típico) constituye el objetivo primordial del ordenamiento, el resto de los remedios, compatibles o no con la pretensión de cumplimiento, tienen carácter secundario o subsidiario a la prioritaria ejecución *in natura*⁽⁵³⁾. Y ello afecta a ambas partes de la relación obligatoria, y por tanto se erige también como un verdadero derecho del deudor, de manera que el acreedor no puede optar libremente por exigir el valor de la prestación, sea como *aestimatio*, sea como indemnización por la vía de la responsabilidad⁽⁵⁴⁾. Y por esta

diferente su fungibilidad, y por otra parte, su compatibilidad se debe precisamente a que cumplen finalidades en cierto modo diferentes, dado que satisfacen distintos intereses del acreedor (la primera el de cumplimiento, la segunda el de indemnidad). Y por otra parte, añade el respetado Prof. BADOSA un argumento de justicia, según el cual sólo la culpa del deudor justificaría traspasar al acreedor el “dominio de la situación”, imponiendo él la ejecución forzosa, y privando al deudor de la posibilidad de organizar el cumplimiento de la obligación según su conveniencia. Sin embargo, privar al acreedor de tal control sólo por el hecho de que el incumplimiento no fuera imputable al deudor, siendo el cumplimiento posible, tampoco nos parece la mejor solución desde la justicia material, como queda dicho en el texto.

Desde un planteamiento absolutamente distinto de la cuestión, afirma JORDANO que la doctrina que en el ámbito de la responsabilidad contractual permanece aferrada al principio de la culpa, se ha visto obligada a reconocer la existencia de una serie de medidas contra el deudor no cumplidor que presuponen el mero hecho del incumplimiento (su materialidad) y que prescinden de la culpa de aquél. A cuyas doctrina reconoce el mérito de haberse separado de otra más antigua, que sostenía la necesidad de la culpa del deudor como presupuesto de cualquier medida contra la falta de exacto cumplimiento. Pero, como quiera de dicho jurista afirma que el fundamento de toda responsabilidad contractual es el hecho estricto del incumplimiento, negando virtualidad a la culpa como presupuesto de cualquier medida contra el defecto de cumplimiento, resarcitoria o no, tampoco encuentra necesidad de establecer ninguna consideración de “excepcionalidad” respecto de aquellas medidas que, como el cumplimiento forzoso, prescinden de la culpa del deudor.

(52) Sobre prioridad-compatibilidad entre remedios, *vid.*, VERDERA, ob. cit., ps. 134 y ss.

(53) HERNÁNDEZ GIL, “En torno al concepto de obligación”, cit., p. 469; CAPI-LLA, ob. cit., ps. 92 y ss., y la bibliografía allí citada.

(54) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1, *La obligación y el contrato en general*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 192. Gráficamente, y siguiendo en parte los términos del artículo 1243 del CC belga, lo expresa DEKKERS, R. *Précis de Droit Civil Belge*, cit., p. 195, donde señala que el deudor no tiene el derecho de ofrecer otra cosa que la que es debida, y el acreedor no tiene derecho de exigir otra cosa que la que es debida. Para las obligaciones de hacer, así lo señala también ALTERINI, A. “Cumplimiento defectuoso de la obligación de hacer”, en ALTERINI-

razón, el acreedor ha de pretender el cumplimiento mientras sea posible y conserve interés en él⁽⁵⁵⁾. No en vano el artículo 18.2 de la LOPJ establece: “Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Así, aunque son unánimes las voces que en la doctrina se lamentan de las deficiencias que presenta nuestro Derecho sustantivo y procesal, a la hora de hacer efectiva la compulsión del deudor para que entregue la cosa debida⁽⁵⁶⁾, también es decidida la jurisprudencia que entiende que la pretensión de dicha entrega es prioritaria. Así lo reconocen, explícita o implícitamente, y suelen citarse las STS 8 enero 1945, 1 julio 1949, 14 junio 1957, y 2 mayo 1968. Y respecto de las obligaciones de hacer, son expresivas las palabras de la STS 24 abril 1973: “Toda ejecución transformativa (aquella denominada así por algún sector doctrinal, en que la finalidad del proceso se satisface mediante la realización, por el órgano jurisdiccional, de una conducta física distinta de la entrega, al ejecutante, de una cosa o de una cantidad de dinero, supuesto éste que contempla el artículo 924 de la LEC), puede convertirse en una ejecución ordinaria (entiende por tal el TS, al parecer, la del pago de cantidad líquida, a través del embargo) cuando la conducta impuesta por el juez no sea de posible realización, en cuyo supuesto, aquella obligación de hacer se convierte en una obligación de abonar los daños y perjuicios que surjan de la omisión de aquel

LÓPEZ CABANA, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, ps. 117 y ss., especialmente, p. 123.

(55) *De lege ferenda*, propugna PANTALEON matizar este principio, por entender que en ocasiones puede resultar excesivamente duro para el acreedor, y además es insatisfactorio para la seguridad del tráfico, y propone una norma cuya idea directriz fuese que el acreedor dispusiera de la posibilidad de optar por la exigencia del valor de la prestación como daño indemnizable (lo que nosotros preferimos llamar puramente equivalente pecuniario, distinto de la indemnización) una vez transcurrido sin éxito un plazo adecuado para cumplir que fije al deudor, o de inmediato cuando sea evidente lo infructuoso de cualquier fijación de plazo (“Las nuevas bases...”, cit., p. 1731). Sin embargo, creo que el acento debe ponerse una vez más en el interés del acreedor: si la ejecución forzosa *in natura* todavía satisface el interés del acreedor, no veo por qué motivo le vamos a dar la posibilidad de elegir la “indemnización”, ni cómo afecta ello a la seguridad del tráfico, por más que haya transcurrido un plazo “adecuado” que sólo podría establecer el juez; y si dicha ejecución ya no satisface el interés del acreedor, ningún plazo adicional hay que esperar para poner en marcha los remedios sustitutivos.

(56) Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Reus, Madrid, 1986, p. 237.

quehacer decretado en la sentencia; pero para ello es preciso que se acredite en los autos tal imposibilidad, si así lo exige el acreedor, aunque *prima facie* aparezca como presumible esa imposibilidad, sin que, mientras tanto, se pueda entender sustituida la obligación de hacer por la de indemnizar al acreedor, y aunque el principio de economía procesal pareciera aconsejar otra cosa”.

Y sólo cuando en las obligaciones de dar la entrega no sea posible, o, en las obligaciones de hacer, cuando la imposibilidad afecta tanto al deudor como al propio acreedor o un eventual tercero, impidiendo también la conducta sustitutiva, sólo en tales casos, decimos, puede acudir a la prestación del equivalente pecuniario (a menudo confundido en este punto con la indemnización de daños y perjuicios). En palabras de la STS 9 noviembre 1968, que incurre en dicha confusión, “aunque en principio el acreedor tiene derecho al cumplimiento natural o forzoso de la obligación convenida, siempre que exista posibilidad de imponerla, sin embargo, por excepción, el acreedor debe contentarse con la indemnización de daños y perjuicios cuando sea imposible el cumplimiento normal”⁽⁵⁷⁾.

d) Tal prioridad de la ejecución forzosa sólo tiene excepción en los casos que, por resumir, suelen comprenderse bajo la figura de la “desaparición de la base (causa) del negocio”⁽⁵⁸⁾.

(57) En nuestro comentario al artículo 1906 (*Jurisprudencia Civil Comentada, cit.*), mencionábamos que de forma similar a la mencionada en el texto, la STS 29 junio 1985 (RJ Aranzadi 3320) contempla un supuesto de imposibilidad de poner en posesión al acreedor, “*como actividad ejecutiva cuando el objeto específico de la sentencia de condena es la entrega de una cosa determinada*”, por la insuperable realidad de la inexistencia del bien al tiempo en que se postula la entrega, por haber desaparecido durante el curso del proceso. Ello nos coloca de inmediato en un problema de imputación del riesgo de la cosa. Pero dicha Sentencia se inclina claramente por la “*correspondiente indemnización de daños y perjuicios, pues la obligación principal se nova*”, citando en su apoyo la STS 9 abril 1959 (RJ Aranzadi 1545). En ésta, habían desaparecido también los bienes muebles (herramientas y recambios de automóvil) que venía obligado a entregar el demandado, por lo que la Sala remite al resarcimiento, por el procedimiento del artículo 928 de la LEC, de los perjuicios causados con el incumplimiento del fallo firme, o sea, el valor de las piezas desaparecidas. En una obligación de hacer, y con similares argumentos, la famosa STS 1 julio 1950 (RJ Aranzadi 1187), establece la necesidad de aplicar el artículo 1098 párrafo 1º —o sea, la ejecución específica a costa del deudor—, en el caso de que el obligado se resista a cumplir la obligación, “*quedando el derecho a percibir indemnización... para el caso de que el contrato no se pueda cumplir*”.

(58) Entre estos casos, mencionan PANTALEÓN y DÍEZ PICAZO la excesiva dificultad de la prestación, la destrucción de la relación de equivalencia, y la frustración del fin (*loc. cit.*).

e) La pretensión de cumplimiento comprende también la reparación de los defectos⁽⁵⁹⁾ y la sustitución del objeto de la prestación defectuosa.

2.6. Junto a las anteriores precisiones, hay una que interesa aquí destacar particularmente: la *absoluta compatibilidad y acumulabilidad de la pretensión de cumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios*, de manera que la segunda no absorbe a la primera.

En general, la cuestión siempre vino unida a la de la admisibilidad misma de la ejecución forzosa, a la que ya nos hemos referido, de manera que quienes negaban la viabilidad de tal medida, solían basarse —junto a otros argumentos⁽⁶⁰⁾— en que la indemnización de daños y perjuicios viene a ocupar el lugar del cumplimiento⁽⁶¹⁾. En todo caso, la doctrina mayoritaria anterior a la codificación, y también entre los defensores de la ejecución forzosa, como Pothier, se mantenía la incompatibilidad de ambos remedios que, aunque diferentes entre sí, dependían de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, y por tanto, habían de ejercitarse alternativa y no cumulativamente⁽⁶²⁾.

Sin embargo, ya el Proyecto de 1851 remite a lugares distintos el tratamiento de la ejecución forzosa y la indemnización de daños y perjuicios⁽⁶³⁾, y el artículo 1096 CC acaba consagrando expresamente la compatibilidad de ambos remedios para las obligaciones de dar, solución que debe extenderse⁽⁶⁴⁾ a las obligaciones de hacer y de no hacer, dado el carácter general del artículo 1101.

(59) En contra, SCOGNAMIGLIO, R. “Il risarcimento...”, cit., p. 226, quien en su particular visión de la materia, entiende que la reparación *in natura* es totalmente distinta del cumplimiento forzoso, no sólo desde el punto de vista teórico, sino también en la práctica.

(60) En el incumplimiento de las obligaciones de dar, se añadía que el derecho de propiedad sigue perteneciendo al deudor (vendedor) por más que venga obligado a entregar.

(61) De tal forma lo explica POTHIER, cuando se refiere a las distintas corrientes que han existido sobre la cuestión de la compatibilidad que aquí estamos examinando (*Traité...*, cit., núm. 154 y ss.).

(62) Así, nos dirá POTHIER que en las obligaciones de dar procede la ejecución forzosa, que no puede paralizar al deudor indemnizando, y en las obligaciones de hacer y no hacer, sólo cabe esa indemnización, como veíamos líneas atrás (*Traité...*, cit., núm. 156-157).

(63) No así el Proyecto de 1836, cuyo artículo 940 expresamente señalaba la incompatibilidad de la ejecución forzosa y la indemnización en las obligaciones de hacer.

(64) Como propugna BADOSA, *Comentario...*, cit., II, p. 24.

A partir del reconocimiento de dicha compatibilidad, la doctrina ha hecho algunos esfuerzos por delimitar el campo de aplicación de la acción resarcitoria, en función del ejercicio de la acción de cumplimiento⁽⁶⁵⁾, estableciendo algunas reglas que muy resumidamente son las siguientes: 1) Quien solicita el cumplimiento, en la acción indemnizatoria no puede pedir el interés de confianza o negativo (no puede pedir al mismo tiempo la reparación del coche defectuoso y la indemnización del daño consistente en haber comprado el coche defectuoso, y no otro de otra marca). 2) La acción de cumplimiento es compatible con la acción de indemnización por daño moratorio derivado del cumplimiento tardío (además de forzoso) de la obligación. 3) Si hay verdadera imposibilidad-inidoneidad imputable, tal como la hemos entendido más arriba, el daño por incumplimiento definitivo (*Nichterfüllungsinteresse*), diferente según nuestro criterio del equivalente pecuniario, es compatible con el daño moratorio; cabe pedir el cumplimiento por equivalente, y además la indemnización del daño derivado del retraso en el cumplimiento, y también la del daño derivado de la sustitución o subrogación de la prestación originaria por su equivalente (si lo hay y se demuestra).

Por lo demás, la compatibilidad de que venimos hablando es absolutamente admitida por la jurisprudencia, como, por ejemplo, ha señalado la STS 25 marzo 1964: “cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor puede compeler al deudor a que realice la entrega, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101 a la indemnización de los daños y perjuicios causados, pudiendo concurrir ambas pretensiones cuando se reclame, además de la entrega, la indemnización correspondiente a la mora en el cumplimiento o a cualquiera otra irregularidad”. Más recientemente, para un interesante caso de fiducia *cum amico*, la STS 2 diciembre 1996, establece que “el artículo 1096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor”.

Y también cuando la ejecución forzosa consiste en la reparación de defectos, o sea, en obligaciones de hacer, como veíamos, se proclama de idéntica forma dicha compatibilidad en la jurisprudencia: la STS 3 febrero 1995, en un supuesto de defectos constructivos, declara perfectamente compatibles, e incluso acumulables procesalmente, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, y la reparación de los defectos constructivos que atañen a la utilidad o confortabilidad de la

(65) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, p. 400.

vivienda, siempre que por su naturaleza permitan dicha reparación *in genere*⁽⁶⁶⁾.

Esta compatibilidad demuestra que, aunque ambos remedios proceden de un mismo hecho, el incumplimiento de la obligación, satisfacen intereses distintos del acreedor. Se ha dicho que ambas persiguen una misma finalidad reparadora de las consecuencias negativas del incumplimiento, de manera que la ejecución forzosa cumple una función “preventiva” del daño, mientras que la indemnización se dirige a su eliminación *a posteriori*⁽⁶⁷⁾. Siendo cierta tal afirmación, creo debe entenderse adecuadamente: primero, porque la indemnización rara vez alcanza a “eliminar” el daño, sino que más bien tiende a “reparar” el mismo; y segundo, porque el interés que satisface la ejecución forzosa no es propiamente la prevención de un daño, sino el interés positivo que tiene depositado el acreedor en el cumplimiento de la obligación; no se trata ya de “evitar el daño” como de “conseguir la prestación”. Así, como queda dicho más arriba, la ejecución forzosa no requiere la existencia de daño; ni siquiera de la “eventual posibilidad de que se produzca un daño en caso de incumplimiento”. Sencillamente, no depende del daño, ni presente ni futuro. Y la *indemnización* evidentemente sí.

Además, de tal compatibilidad se puede extraer una consecuencia práctica adicional en torno a la delimitación *aestimatio rei-id quod interest*. En efecto, supone la confirmación, sin género de duda, no obstante la tendencia a la confusión que a menudo se pueda encontrar en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, de que el cumplimiento por equivalente es cosa distinta de la indemnización de daños y perjuicios. El primero viene a sustituir al cumplimiento *in natura* cuando éste no es posible; es decir, que sólo puede existir o cumplimiento específico o equivalente pecuniario. Y la segunda, por el contrario, es perfectamente compatible tanto con el cumplimiento en forma específica, como con dicho equivalente.

3. EL CUMPLIMIENTO POR EQUIVALENTE Y LA “PERPETUATIO OBLIGATIONIS”

3.1. *La noción de “obligatio perpetuari”*. En el supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, la extinción de la obligación resulta más una imposibilidad ontológica que un efecto jurídico; no

(66) Análoga, la STS 10 junio 1983 (RJ Aranzadi 3454).

(67) BADOSA, *La diligencia...*, cit., p. 261.

es el resultado de una prescripción legal, sino de la propia realidad física o metafísica. Sin embargo, para que opere la extinción que establecen los artículos 1182 y 1184 del CC, es necesario que la imposibilidad no se haya debido a hecho imputable al deudor, y que éste no se haya constituido previamente en mora. ¿Qué sucede cuando falta alguno de tales requisitos, es decir, cuando la imposibilidad deriva de un hecho propio del deudor, o se produce cuando ya estaba constituido en mora? Se dice que en tal caso “la obligación no se extingue”, la obligación “subsiste” o “se perpetúa”; y ello no deja de ser llamativo e, incluso, ilógico. Cualquiera que sea la causa que produjo la imposibilidad, imputable o no al deudor, con mora o sin ella, es evidente que la obligación ya no va a poder ser cumplida; y por ello parece absurda la permanencia de un vínculo obligatorio cuya prestación ha devenido imposible. Igual que la imposibilidad originaria de la prestación determina siempre la nulidad del vínculo, al faltar la “posibilidad” como requisito de aquélla, la imposibilidad sobrevenida debería extinguir siempre la obligación⁽⁶⁸⁾.

Sin embargo, de acuerdo con los antecedentes históricos de la institución que estudié profusamente en otro lugar⁽⁶⁹⁾, cuando la imposibilidad se debe a hecho del deudor, se produce la que se ha dado en llamar “extinción relativa”⁽⁷⁰⁾, es decir, la de la obligación *en los mismos términos que se contrajo*, que son los que han devenido de cumplimiento imposible. Nada impide, sin embargo, que en tal caso subsista para el deudor una responsabilidad, que se traduce en una transformación de la obligación originaria en su *equivalente pecuniario*, en su sustitutivo económico. La responsabilidad patrimonial surte así efectos. La expresión de las fuentes *obligatio perpetuari* es, simplemente, una locución muy gráfica, acuñada con la precisión de los grandes juristas clásicos y la añadida consustancial a la lengua latina, para indicar que la *misma obligación subsiste transformada*⁽⁷¹⁾.

(68) GIORGIANNI, *L'adempimento*, cit., p. 171.

(69) *Vid.*, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., *passim*.

(70) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. VIII, vol. I, 5ª ed. Reus, Madrid, 1950, p. 654.

(71) Para entendernos: Héctor desde el más allá se le aparece a Eneas, y lo describe tremendamente desfigurado por el impacto de la muerte: “*quantum mutatus ab illo Hectore quie redit exuvias indutus Achilli...*” (“¡qué cambiado, qué distinto de aquel Héctor que bien vestido devuelve las armas de Aquiles...!”) (VIRGLIO, *Eneida*, Libro II, 274-275, Ed. Gredos, Madrid, 1982): la *perpetuatio* hace que sea la misma obligación (el mismo Héctor), pero transformada por el incumplimiento en un *aliud* prestacional diverso al primitivo, la misma obligación *mutata ab illo* que nació en su origen.

3.2. *Su presencia constante en nuestro ordenamiento. Algunos ejemplos.* Ese mecanismo sustitutivo de la cosa por su precio o valor tiene un enorme alcance práctico en las soluciones que ofrece nuestro CC a un sinnúmero de problemas. Queremos con ello decir que no constituye en absoluto un expediente insólito en nuestra legislación. Antes bien, son abundantes los preceptos que, frente a la imposibilidad física o jurídica de entregar una cosa, acuden al sencillo y socorrido recurso de imponer al obligado la prestación del valor, precio o estimación dineraria de esa cosa. Y no sólo dentro del Derecho de obligaciones, en los artículos 1136 pfo. 2º, 1185, 1745, 1147 pfo. 2º, 1150, etc.⁽⁷²⁾, sino también en otros lugares dispersos a lo largo de todo el CC. Para demostrar lo que decimos, basta fijarse, a título de ejemplo, en los siguientes preceptos:

- Artículo 482, a propósito del llamado cuasiusufructo, o usufructo de cosas consumibles (“aquellas que no se puedan usar sin consumirlas”, dice). Con independencia de que se considere, con la doctrina clásica sobre la materia, que no se trata de un verdadero derecho real de usufructo sino de una auténtica transferencia dominical, o que se entienda, como viene haciendo la doctrina inaugurada por Jordano Barea⁽⁷³⁾, que se trata de un verdadero derecho real sobre cosa ajena, lo cierto es que si el uso de la cosa, por hipótesis, sólo puede realizarse mediante su consumo, es evidente que, como dice Lasarte, “no sólo no pesa sobre el usufructuario la obligación de conservar la forma y sustancia de las cosas recibidas del nudo propietario, sino que además se encuentra autorizado expresamente *ex lege* para abonar *el precio* al nudo propietario (o, en caso de haber sido *valoradas* o *estimadas*, un *tantundem*, a su elección) y ¡santas pascuas!”⁽⁷⁴⁾. O sea, ya que, por definición, no se puede devolver aquello que forzosamente se ha consumido en virtud del derecho de uso y disfrute, el legislador obliga al nudo propietario a conformarse: a) Con el avalúo o estimación efectuado al constituirse el usufructo; o, si no se hizo tal estimación; b) con el precio corriente al tiempo de cesar el usufructo; o, en este segundo supuesto y si así lo decide el cuasiusufructuario; c) con la restitución de igual canti-

(72) *Vid.*, mi análisis minucioso de los mismos en *Cumplimiento por equivalente...*, cit., ps. 123 y ss.

(73) JORDANO BAREA, “El cuasiusufructo como derecho de goce sobre cosa ajena”, en *A.D.C.*, 1948, ps. 981 y ss.

(74) LASARTE, *Principios de derecho civil, T. IV, Propiedad y derechos reales* (Primera parte), Trivium, Madrid, 1996, p. 329. (El subrayado en el texto es nuestro).

dad y calidad⁽⁷⁵⁾. En los dos primeros casos, funciona perfectamente la sustitución cosa-precio.

- Artículo 861, relativo al legado de cosa ajena: cuando el mismo es válido, es decir, cuando el testador es sabedor de la ajenidad de la cosa legada, el heredero está obligado a adquirirla para poder satisfacer el legado; “y, no siéndole posible” a entregar al legatario la “*justa estimación*” de la cosa ajena. Poca explicación se requiere para advertir en este precepto la presencia de la *aestimatio rei* en un supuesto de imposibilidad de cumplimiento del legado.
- El artículo 863 contempla también un supuesto de legado de cosa ajena (al patrimonio del testador), pero en este caso propiedad del heredero o del legatario, y a favor de un tercero. En tal hipótesis, encontramos una clara excepción al principio general que contempla el artículo 886 del CC, en cuya virtud el heredero debe dar la misma cosa legada, y no su estimación. En efecto, según el 863 el heredero o legatario gravado con dicho legado (de cosa que le es propia, en todo o en parte) está sujeto a una obligación alternativa⁽⁷⁶⁾, pues tiene libertad para elegir entre entregar la cosa legada “o su *justa estimación*”, lo que no necesita comentario a los efectos que aquí nos interesan; a no ser la indiferencia que muestra el legislador entre la cosa y su *aestimatio*. En efecto, la sustitución cosa-precio ya no es aquí un mecanismo subsidiario, ante la imposibilidad de entregar la primera, sino directamente una prerrogativa de la que voluntariamente puede hacer uso el deudor (sea heredero o legatario). Parece como si cosa y precio fueran una misma entidad económica, como si ambos fuesen idénticamente hábiles para satisfacer el interés del acreedor (legatario).
- Por razones sistemáticas evidentes, procede incluir aquí la obvia referencia al artículo 1380 del CC, que alude a la disposición testamentaria de un bien ganancial, y contempla también un claro supuesto, donde opera el mecanismo sustitutivo cosa-precio. Si en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, la cosa ganancial finalmente se acaba adjudicando a la herencia del testador, lógicamente no hay problema. Pero si no es así, es decir, si en dicha liquidación el bien objeto de disposición testamentaria se adjudica al cónyuge viudo, o lo que es lo mismo, si es imposible

(75) En este caso, además de consumible, debe tratarse de cosa genérica.

(76) Por todos, LASARTE, *Principios de derecho civil, T. VII, Derecho de sucesiones*, Trivium, Madrid, 1998, p. 189.

cumplir tal disposición, “se entenderá legado *el valor* que tuviera al tiempo del fallecimiento”. Es decir, el heredero, como *deudor* del legado, cumple mediante la *perpetuatio*, desde el momento en que está obligado a entregar la estimación.

- Artículo 886, a *sensu contrario*: Si, como decíamos, el heredero, “pudiendo hacerlo, debe entregar la misma cosa legada, y no cumple con dar su estimación”, hay que entender necesariamente que cuando “no pueda hacerlo”, o sea, ante la imposibilidad de dar la misma cosa legada, vendrá sujeto a prestar “*su estimación*”, entre otras razones, porque no queda otra salida práctica. En el ámbito del Derecho de obligaciones, es justamente esta solución la que nosotros venimos propugnando: imposibilidad-inidoneidad de la prestación misma, que se traduce en la prestación de la *aestimatio rei*. ¿Es que a alguien se le ocurriría afirmar que la (indiscutible) aplicación *contrario sensu* del artículo 886 constituye un supuesto de responsabilidad civil? ¿Es que la prestación de la “estimación” por parte del heredero, cuando la entrega de la misma cosa legada es imposible, requiere algún tipo de culpabilidad por su culpa?
- El artículo 974, a propósito de la reserva ordinaria, viudal o del cónyuge bínubo, declara la validez de las enajenaciones inmobiliarias realizadas por el viudo sobre bienes reservables, antes de celebrar el segundo matrimonio. Pero impone la obligación de asegurar “el valor” de dichos bienes frente a los hijos y descendientes del primer matrimonio. Con independencia de la discutible vigencia actual del fundamento de esta institución, lo cierto es que, nuevamente, encontramos cómo al legislador le resulta indiferente que el viudo reservista cumpla su obligación reservando los mismos bienes objeto de reserva o el valor de los mismos, lo que viene a confirmarse en el concordante artículo 978.4º.
- El artículo 1062, dentro de la partición hereditaria, contempla también el fenómeno sustitutivo al que nos venimos refiriendo, cuando una de las cosas sea indivisible o desmerezca mucho por su división, facultando al contador-partidor a adjudicarla a uno de los herederos, “a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero”.

3.3. *El concepto de “equivalente” en sede de cumplimiento.* En consecuencia de todo lo anterior, y a fin de precisar conceptos, cuando aquí hablamos de “equivalente”, nos estamos refiriendo al mismo en sede de cumplimiento, o ejecución, si se prefiere. Y no al equivalente como forma de resarcimiento o reparación, pues en ocasiones se utiliza la expresión “reparación por equivalente”, como

contrapuesta a la “reparación *in natura*” o “reparación natural”⁽⁷⁷⁾, constituyendo ambas las dos posibles formas de reparar el daño causado⁽⁷⁸⁾.

Estas dos distintas formas de concebir el equivalente son las que, desde el punto de vista procesal, establece Carreras⁽⁷⁹⁾, cuando distingue entre dos tipos de sanciones pecuniarias: 1º) Las “perfectamente equivalentes”, que tienden a restablecer el desequilibrio patrimonial producido, valorando *con exactitud* el objeto de la prestación incumplida, y determinando con perfecta equivalencia lo que ha de pagar el que incumplió. Es lo que nosotros venimos llamando cumplimiento por equivalente. 2º) Las “imperfectamente equivalentes”, que no toman como módulo el objeto de la prestación incumplida, sino la lesión subjetiva producida en el patrimonio del perjudicado. O sea, la indemnización de daños y perjuicios. ¿Qué otra cosa es el equivalente pecuniario de la prestación que la exacta valoración del objeto de la prestación incumplida? ¿Qué otra cosa es la indemnización, sino la

(77) Esta expresión puede encontrarse en ROCES, notas a FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, p. 160.

(78) Así, nos dice GARCÍA AMIGO que “los términos generales en que está redactado el artículo 1902 (del CC) permiten una serie de posibilidades en orden a concretar aquella reparación de los daños causados: en efecto, se puede reparar *in natura*, en especie, o bien mediante la liquidación de los daños, en *dinero*; la primera forma no siempre es posible, ya que, por ejemplo, la pérdida de un brazo no es reparable *in natura*, como tampoco lo son, en general, los daños morales” (*Leciones de Derecho Civil, II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 60). Añadiendo que en la responsabilidad civil contractual la reparación *in natura* puede ofrecer problemas dogmáticos de confusión con otras acciones o derechos: ejecución forzosa en forma específica, acciones reivindicatorias o posesorias, etc. *Vid.*, también SCOGNAMIGLIO, “El risarcimento del danno en forma specifica”, en *R.T.D.P.C.*, 1957, ps. 201 y ss.

La distinción entre ambas formas de reparación del daño ha sido estudiada con detenimiento y agudeza por SAINZ-CANTERO CAPARROS, en *La reparación del daño ex delicto*, Comares, Granada, 1997, ps. 113 y ss., donde certeramente conecta la cuestión con el interés en la plena satisfacción del acreedor (víctima) de la obligación del *id quod interest*, para examinar el valor que en nuestro ordenamiento tiene la “restitución” que establece el artículo 111 del Código penal. ¡Qué oportunidad perdió el legislador de 1995 de sacar del Código penal para siempre las normas *civiles* que regulan la responsabilidad *civil*!

Al reflejo jurisprudencial de esta “reparación natural” en los supuestos de responsabilidad contractual nos referimos *infra*, apdo. 5.4.

(79) CARRERAS, J. *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, ps. 66 y ss. En realidad el planteamiento de dicho autor no es sino el trasunto procesal de la distinción que venimos manteniendo entre equivalente pecuniario e indemnización de daños y perjuicios. Aunque terminológicamente se utilice la expresión “equivalente” para ambas cosas, modificando su adjetivación, como perfecto o imperfecto.

reparación de la lesión subjetiva producida en el patrimonio del perjudicado?

El equivalente que aquí nos interesa, insisto, es el que constituye una forma de ejecutar o cumplir una obligación cuya prestación ha devenido imposible o inidónea, a fin de satisfacer el interés que el acreedor tenía en su cumplimiento, sin prejuzgar el posible resarcimiento de los daños que esa situación eventualmente le pueda haber irrogado.

3.4. *Su absoluta autonomía respecto de la indemnización.* El problema que nos ocupa es determinar si ese equivalente forma parte del contenido de una nueva obligación de resarcimiento de daños y perjuicios, o si, por el contrario, como venimos sosteniendo, goza de autonomía e independencia respecto de dicha indemnización⁽⁸⁰⁾. Porque entre los defensores del concepto integral de la indemnización de daños y perjuicios, hay quien sostiene⁽⁸¹⁾ que cuando la imposibilidad se debe a hecho del deudor, éste no se libera, sino que “acontece lo que se ha dado en llamar *perpetuatio obligationis*” que significa “extinción de la relación y nacimiento de una obligación de indemnizar el interés contractual positivo (*id quod interest*)”. O sea, en el fondo, lo que se está discutiendo es si esa imposibilidad sobrevinida provoca una verdadera novación de la obligación, o si únicamente se produce una sustitución en el objeto de la subsistente obligación originaria, una transformación *res* por *aestimatio*.

Y nos gustaría saber en qué precepto legal se puede fundamentar que, dado el supuesto de hecho que contemplamos y sin necesidad de demostrar la existencia de daños al acreedor ni de relación

(80) Debe rechazarse de plano una tercera hipótesis, según la cual el equivalente pecuniario (de la prestación originaria) ni siquiera existe, pues sólo puede hablarse del mismo en relación con el daño. Así, señala ZOPPINI, A. *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milán, 1991, p. 114, que si se exceptúan las obligaciones pecuniarias y aquellas exigibles en forma específica, lo que el acreedor obtiene no es ni la prestación originariamente debida, ni su equivalente económico, sino el equivalente económico del daño que el incumplimiento ha causado y que constituye el objeto de la obligación resarcitoria.

(81) Para explicar esta idea, tan extendida hoy en nuestra doctrina, como es sabido, tomamos las palabras de ABRIL CAMPOY-AMAT LLARÍ, “La extinción de la relación obligatoria”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil, T. II, Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 387, donde además se interpreta la “culpa del deudor” del artículo 1182 del CC como falta de la diligencia debida en la conservación de la cosa, según el criterio más tradicionalmente admitido por nuestra doctrina contemporánea, hasta la obra de BADOSA, que vino a demostrar lo contrario.

de causalidad de éstos con la conducta del deudor, el Código Civil se inclina por la *extinción* del viejo vínculo y el *nacimiento* de uno nuevo. Porque más bien parece lo contrario: tanto la tradición de la *perpetuatio obligationis*, como la dicción literal de ciertos preceptos (el propio artículo 1182 a *sensu contrario*, pues si la obligación se extingue “cuando se perdiere sin culpa del deudor”, habrá que deducir, obviamente, que “no se extingue” cuando suceda lo contrario), como también necesidades de justicia material en el orden práctico (mantenimiento de las garantías y prestaciones accesorias, por ejemplo), vienen a apuntar hacia la *subsistencia* de la obligación, que no se extingue o nova⁽⁸²⁾.

Parece un poco excesivo, en ese afán unificador y globalizante de la indemnización de daños y perjuicios, afirmar que “*perpetuatio obligationis*” significa “extinción de la obligación” y nacimiento de una nueva. Porque aquella expresión indica justamente lo contrario: perpetuación, subsistencia, continuación, permanencia, o sea, no-extinción. Lo que “se ha dado en llamar” *perpetuatio*, y así se viene llamando desde las fuentes clásicas romanas, quiere decir, y dice, precisamente lo contrario de lo que cierta doctrina quiere entender. Ya lo apuntábamos en nuestro *Cumplimiento por equivalente...: no hay novación extintiva, sino a lo sumo modificación de la eadem obligatio: “quantum mutatus ab illo!, pero siempre el mismo Héctor”. En la novación extintiva (o sea, la única auténtica), la prior obligatio se transforma en otra nueva (in aliam obligationem), de modo que desaparece y de sus cenizas aparece la nueva⁽⁸³⁾, y nada de eso sucede cuando la obligación se perpetúa.*

(82) A ello nos referimos en el capítulo siguiente. Baste señalar aquí que, por ejemplo, POTHIER proclama el mantenimiento de tales garantías (*Traité... cit.* núm. 133), y que el propio GIORGIANNI, quien considera que la imposibilidad sobrevenida imputable produce la transformación de la obligación en otra de “resarcimiento del daño”, y que opera un cambio tan sustancial en la relación obligatoria como el que transforma la prestación originaria en una entidad económica absolutamente distinta, no tiene más remedio que aceptar que la ley evita conectar esa transformación de la relación obligatoria con la extinción del viejo vínculo y el nacimiento de un nuevo, por razones prácticas, constantemente aferradas a la tradición. Y que tales razones residen en la exigencia de asegurar al vínculo que queda tras la imposibilidad sobrevenida, las mismas garantías que acompañaban al viejo vínculo, y la persistencia de ciertos efectos, como por ejemplo, la prescripción, de modo que el cómputo del plazo iniciado mientras estaba “viva” la obligación originaria con su primitivo objeto, continúe contando a pesar de la sustitución de dicho objeto (*L'adempimento, cit.* ps. 172/173).

(83) *Ita nova constitutur ut prior perimatur*: ULPIANO en D. 46.2.1. pr., o en GAYO, III, 176.

No sirve decir⁽⁸⁴⁾ que hay “un cambio en el objeto de la obligación, de la prestación”, o que hay una “misma obligación con un objeto distinto”, pero que “no hay novación objetiva al faltar entre otras cosas el *animus novandi*”. Lo que habría que explicar, y a mi juicio no puede hacerse desde la teoría global del *id quod interest*, es cómo se transforma la conducta *cumplimiento* (forzoso o voluntario, específico o por equivalente) en conducta *resarcimiento* (indemnización de daños y perjuicios). Porque, desde luego, la obligación de prestar el *id quod interest* no puede ser la misma que la genuina que fue incumplida, que la originaria. En realidad, aquí tampoco hay verdadera novación, sino nacimiento de una obligación del *id quod interest* que tiene su fuente, no en la *prior obligatio*, sino en el daño, hecho ilícito o actuación injusta del deudor frente al acreedor, como consecuencia —en sí— del acto antijurídico que supone el incumplimiento. La obligación del *id quod interest*, como siempre, nace del daño (aquiliano, cabe decir).

Y tampoco se puede resolver la cuestión afirmando⁽⁸⁵⁾ que todo el proceso desencadenado, a saber, pretensión de cumplimiento en forma específica, cumplimiento por equivalente, y resarcimiento de daños y perjuicios, es una misma cosa; y que el cumplimiento del *id quod interest* coincide con el “cumplimiento forzoso por equivalencia o, lo que es lo mismo, por resarcimiento de daños y perjuicios”. Resarcir no es cumplir, y cumplir no es resarcir. El cumplimiento puede ser forzoso o voluntario, *in natura* o por equivalente. Y el resarcimiento es siempre una indemnización que sólo tiene lugar cuando hay un daño derivado de cualquier lesión del derecho de crédito. Podremos, incluso, considerar el equivalente pecuniario *absorbido* por la indemnización (posición que no compartimos, como es sabido). Pero lo que nunca podrá coincidir es la conducta *cumplimiento* con la conducta *resarcimiento*; ni al acreedor, ni al deudor, ni al propio ordenamiento jurídico, les parecerá nunca la misma cosa, ni les dará igual una que otra.

Además, salvo por el hecho de que ambos, el equivalente pecuniario de la prestación y la indemnización de daños y perjuicios, tengan por idéntico objeto el pago de una suma de dinero, no existe ningún otro motivo para explicar que los dos conceptos “tiendan a diluirse en *partida única*”⁽⁸⁶⁾. Y ello por más que en el terreno procesal la deman-

(84) BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P. *El incumplimiento de las obligaciones*, Edersa, Madrid, 1990, ps. 46/48.

(85) Ídem.

(86) Según las palabras de GIL RODRÍGUEZ, J. “Responsabilidad por incumplimiento”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*. Respon-

da pida y la sentencia conceda una cifra global que venga a representar la suma de ambas partidas.

3.5. La *perpetuatio obligationis* funciona, entonces, como un mecanismo de *asignación al deudor del riesgo* inherente a la eventual imposibilidad sobrevenida de realización específica de la prestación, y no como un instrumento de imputación de los daños seguidos del incumplimiento de la obligación⁽⁸⁷⁾. Imputación de riesgo y responsabilidad por daños constituyen dos problemas diferentes, que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento ni idéntica solución⁽⁸⁸⁾. Y por más esfuerzos doctrinales que se hagan en este camino, lo cierto es que no la reciben en el CC. El primero viene contemplado en los artículos 1096.3º y 1182, y el segundo en los artículos 1101 y 1108. El puro estado de *mora solvendi* o la imposibilidad debida a hecho del deudor, generan de suyo la *perpetuatio obligationis*, desplazando al deudor el riesgo; sin que para ello se requiera ni su culpa ni la existencia de daños.

Las reglas por las que se rige tal imputación de riesgos son bastante simples, de manera que la imposibilidad sobrevenida de la prestación repercute sobre el acreedor cuando la obligación se extingue, y reper-

sabilidad civil. Teoría general del contrato, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 292, donde, sin embargo, propugna acertadamente la total independencia conceptual entre prestación del equivalente (al servicio de la *perpetuatio obligationis*, y por tanto, problema de asignación de riesgos) e indemnización pecuniaria de los daños.

(87) La separación de ambos conceptos, propugnada por BADOSA, como sabemos, ha sido también seguida por GIL RODRÍGUEZ, ob. cit., ps. 292/293, donde señala que su independencia queda de manifiesto en el artículo 1096.1º, cuando establece la facultad del acreedor de *compeler al deudor a que realice la entrega* (de la cosa que debe o, caso de imposibilidad, su equivalente pecuniario) y *deja a salvo el derecho que le otorga el artículo 1101*, o sea, *la indemnización* de los daños y perjuicios, si el incumplimiento los hubiere causado y fueren imputables al deudor.

(88) Recuérdense cómo en el Derecho romano existe en las fuentes una acepción del término *periculum* para referirse al riesgo limitado que constituye la *custodia*, llegándose incluso a hablar de *periculum custodiae*, como sucede en el conocido fragmento de Gayo en D. 19.2.40: *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*. En el capítulo 2.1 analizábamos la polémica que se plantea en la doctrina romanista entre aquellos autores que defienden la existencia de una verdadera contraposición entre riesgo y responsabilidad (BETTI y KASER) y aquellos otros que consideran que, en la realidad romana, *periculum* y responsabilidad aparecen estrechamente unidos (ARANGIO RUIZ, MIQUEL, DAZA). Pese a todo, actuar diligentemente y custodiar o conservar forman a menudo en las fuentes una unión difícilmente escindible, que ha dado lugar, en nuestra opinión, a la categoría moderna de la *obligación de medios*. Por ejemplo, *custodiam et diligentiam praestare debet* (D. 19.1.36; Paulo 7 *ad Plantium*; D. 39.2.38. pr; Paulo L. 10 *Comm. ad Sabinum*).

cute sobre el deudor cuando se perpetúa. Y eso sucede tanto en los artículos 1182 y siguientes, como en la imputación de riesgo que contiene el párrafo 3º del artículo 1096⁽⁸⁹⁾. Lo que sucede es que tal perpetuación sólo puede operar, dada la imposibilidad de cumplimiento *in natura*, a través de la prestación de su equivalente pecuniario.

Así, dicha prestación no cumple en absoluto una finalidad resarcitoria sino de cumplimiento. Por eso, en la doctrina angloamericana —recuérdese la posición de Fuller-Perdue— se suele distinguir entre dos tipos de cumplimiento (*performance*): el que se realiza a través de la prestación debida (*specific*) y el que se realiza a través de algo distinto (*substitutional*)⁽⁹⁰⁾. Y análogamente, se ha distinguido⁽⁹¹⁾ entre dos tipos de ejecución forzosa: la ejecución *directa* a través del mismo objeto que tenía la ejecución voluntaria; y *excepcionalmente*, cuando ese objeto resulta imposible por hecho del deudor, la ejecución *por equivalente*. Así, ésta es ejecución subsidiaria, pero ejecución al fin y al cabo, y por lo tanto mantiene las mismas garantías que tuviese la ejecución directa. Con ello, el esquema de posibilidades-recursos que el ordenamiento establece para la satisfacción del derecho de crédito, podría ser el siguiente: 1º) En principio, la obligación tiende al cumplimiento voluntario. 2º) Ese cumplimiento debe recaer sobre el propio objeto de la obligación (ejecución directa). 3º) Si la ejecución directa no es ya posible o idónea para la satisfacción del derecho de crédito, se acude a la ejecución por equivalente. 4º) Así, la ejecución forzosa reemplaza a la ejecución voluntaria, pero tiene exactamente el mismo contenido: si es posible, de manera directa, y si no lo es, a través del equivalente. Con ello, la ejecución forzosa directa o por equivalente, viene a suplir la conducta del deudor, tratando de obtener lo que el deudor tenía que haber prestado, ni más, ni menos⁽⁹²⁾.

En efecto, la prestación del equivalente es una forma (subsidiaria, eso sí) de cumplimiento de la obligación por sustitución, cuando la prestación originaria resulta de imposible cumplimiento. El interés que satisface dicho remedio no es otro que el interés de cumplimiento

(89) BADOSA, *Comentario del Código Civil*, cit., II, p. 26.

(90) FARNSWORTH, E. "The History and Concept of Contract Law in the United States", en FARNSWORTH-MOZOLIN, *History and General Concept of Contract Law, in de URSS and the United States*, vol. I, Washington, 1987, ps. 299 y ss.; y *Contracts*, 2ª ed. Boston-Toronto-Londres, 1990, ps. 844 y ss.; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A comparative Account*, Oxford, 1988, ps. 1 y ss.

(91) DEKKERS, ob. cit., T. II, ps. 195 y ss.

(92) Ídem.

del acreedor⁽⁹³⁾, en la medida en que la prestación de la *aestimatio rei* viene a sustituir a la prestación misma⁽⁹⁴⁾. Por eso, y no por otra razón que sería inadmisibile en nuestro Derecho de obligaciones, se ha llegado a afirmar que “la obligación crediticia tiene dos formas o modos de cumplimiento, el primario⁽⁹⁵⁾, que es la prestación pactada, y el secundario, que es la indemnización en valor”⁽⁹⁶⁾. Evidentemente, ese segundo mecanismo de cumplimiento es, más que secundario, subsidiario, sustitutivo del primario, pues nunca puede verse en plano de igualdad con la ejecución directa de la prestación, ni las partes (ninguna de ellas) están facultadas para introducir libremente la sustitución. Ésta no es sino un remedio, un recurso, una solución que ofrece el ordenamiento jurídico cuando no es posible *cumplir* la obligación de otra manera. Es una cuestión bastante lógica: cuando la prestación es incumplida, pero todavía es posible e idónea, se acude a su ejecución forzosa (mas la correspondiente indemnización de daños, si los hubo); y cuando devino imposible no hay motivo para desviarse del mismo esquema, se acude a su sustitutivo en magnitud económica, mas el oportuno resarcimiento de los daños que tal subrogación acarrea.

Entendiendo así la *perpetuatio obligationis*, como factor de atribución del riesgo y no como elemento de asignación del daño contractual, puede responderse a las preguntas que llevan a Pantaleón⁽⁹⁷⁾ a afirmar que “no hay *perpetuatio obligationis* alguna”: ¿cómo podría explicarse que la imposibilidad sobrevenida fortuita libere al deudor?, se pregunta; y también ¿por qué razón va a quedar exonerado cuando dicho cumplimiento sea imposible por caso fortuito, siendo claro que el cumplimiento por equivalente siempre es posible y se mantiene que la acción de resarcimiento no es sino una auténtica acción de cumpli-

(93) Son tremendamente expresivas las palabras de PUIG BRUTAU: “Si alguien se ha obligado a entregar un objeto determinado, la entrega de este objeto constituye la prestación que resulta debida en virtud de la perfección del contrato. Esto es así, tanto si la prestación en forma específica se realiza por acto del deudor como por ejecución judicial. Pero, además, se tratará igualmente de la satisfacción del mismo interés del acreedor en la prestación debida, *tanto si se produce en dicha forma específica como si se realiza a base de poner a su disposición una cantidad que represente el equivalente pecuniario de su interés en la prestación concretamente debida*” (“Comentario final...”, cit., ps. 151/152).

(94) PUIG BRUTAU, “Comentario final...”, cit., p. 158; PINTÓ RUIZ, “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, en *R. J. Cat.*, 1964, p. 963.

(95) Recuérdese la terminología de DOMAT, que aquí vuelve a aparecer.

(96) ESPINAR, “Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Ed. Univ. Navarra, Pamplona, 1969, p. 126.

(97) PANTALEON, *Del concepto de daño...*, cit., ps. 618/619.

miento por equivalente? La respuesta a tales preguntas no está en que “el deudor no responde porque la obligación originaria se ha extinguido” pues, en efecto, ello equivaldría a incurrir en un sofisma. Más bien hay que encontrarla, como decimos, si consideramos la prestación del equivalente pecuniario (en caso de imposibilidad-inidoneidad sobrevenidas por hecho del deudor) como un factor de atribución al deudor del riesgo de la prestación: si ésta devino imposible por caso fortuito, queda exonerado el deudor, y soporta el riesgo el acreedor; si se debió a la conducta o hecho del deudor, éste soporta el riesgo y, puesto que no cabe cumplir de otra manera, presta el equivalente pecuniario. Hasta aquí el daño no ha hecho aparición, ni por lo tanto tampoco las acciones de resarcimiento; estamos, por el contrario, en sede de ejecución del contrato, de cumplimiento (o, si se prefiere, de reintegración o satisfacción del derecho de crédito lesionado).

Por todo ello, el TC tiene establecido⁽⁹⁸⁾ que el equivalente pecuniario satisface constitucionalmente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, del mismo modo que la ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo de la Sentencia. De donde se deduce que, al menos a los ojos de dicho Tribunal y a efectos de tutela judicial efectiva, la prestación del equivalente pecuniario no es más que una forma de cumplimiento de una obligación subsistente⁽⁹⁹⁾. Por esa razón se ha di-

(98) STC 29 junio 1984.

(99) Resulta muy interesante en este punto el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 6 Febrero 1998 (*Actualidad Civil*, 1998 (a) núm. 433), dictado en ejecución de Sentencia, y que viene a confirmar el anterior del Juzgado por el que se acordaba “sustituir la condena de hacer unas obras contenida en la... ejecutoria, por su equivalente pecuniario, que será determinado en la forma indicada...” Se trataba, por tanto, de un supuesto de obligación de hacer (la realización de unas obras de demolición de ciertos elementos de una edificación), diferente del de los artículos 926.3º en relación con el 928 de la LEC. Dicha obligación devino imposible como consecuencia de un verdadero *factum principis*: concretamente, el Ayuntamiento competente deniega la licencia para realizar las obras de demolición, pues ello “chocaba frontalmente con la normativa urbanística”. Y en consecuencia, el Juzgado y la Audiencia, estiman procede la ejecución por equivalencia con el siguiente argumento: “De llegar a la conclusión de imposibilidad de cumplimiento estricto, se impone acudir a otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento jurídico ofrece, para así respetar el principio de tutela judicial efectiva, extensivo también a las sentencias; y sin que tal sustitución por su equivalente suponga en modo alguno vulneración de tal derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la CE, al ser tan constitucional la ejecución que cumpla el principio de identidad total, como la que por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario (sic); lo que resulta confirmado por el artículo 18 de la L.O.P.J. y respaldado por copiosa jurisprudencia”.

cho⁽¹⁰⁰⁾ que el principio inspirador del régimen jurídico del incumplimiento es el de la tutela efectiva, que introduce un criterio de *efectividad*, de no fácil acomodo a aquellas relaciones obligatorias donde el cumplimiento por equivalente económico no resulta satisfactorio, pues no es capaz de corresponder al interés de reemplazo de la prestación⁽¹⁰¹⁾.

3.6. *La esencial subsidiariedad del cumplimiento por equivalente.* Lo antedicho no quiere decir, obviamente, que al acreedor le resulte del todo indiferente una u otra forma de cumplimiento, o que el deudor pueda elegir libremente si cumple *in specie* o lo hace por equivalente, como si de una obligación alternativa se tratase; ni siquiera en los términos de una obligación con facultad alternativa o facultativa. Ya hemos señalado que la ejecución específica tiene absoluta prioridad, y que ambos remedios no están en pie de igualdad. Lo contrario desnaturalizaría el propio concepto de obligación: el interés del acreedor se dirige al cumplimiento *in natura*, y sólo a éste; sin embargo, cuando el mismo no es posible, siempre tiene ocasión de satisfacer dicho interés a través de la prestación del equivalente pecuniario de la prestación, o sea, la justa y precisa valoración económica de tan repetido interés.

No se nos oculta que, seguramente, la articulación de tal mecanismo supondrá para el acreedor, *además*, un perjuicio, que deberá ser objeto del oportuno resarcimiento a través de la indemnización. Ahí, pero no antes, entra en juego la genuina responsabilidad. Eso, y no la sustitución prestación por equivalente, es “reparar el daño causado” (artículo 1902 del CC) o “indemnizar los daños y perjuicios causados” (artículo 1101). Sin embargo, en tal caso estamos en presencia de un remedio diferente, que exige la demostración del perjuicio y de un criterio de imputación (el dolo o negligencia que menciona dicho artículo 1101). Lo que, según hemos dicho, no es necesario para exigir el cumplimiento, tanto en forma específica como, si no queda otra solución, por equivalente.

(100) DORAL, “Reparación y sanción. El cumplimiento de las obligaciones en forma específica”, en *A.D.C.*, 1993, p. 592.

(101) Sin embargo, dicho DORAL también señala que “colocar en el mismo plano la prestación *in specie* o por equivalente dejándolo a la elección del deudor no excluye la consecuencia absurda de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de una obligación válida, y entendida como alternativa no es indiferente a la *utilitas* del acreedor” (*loc. ult. cit.*). No obstante, a esta aparente objeción a la autonomía del equivalente pecuniario, nos referimos precisamente en el párrafo siguiente.

De donde se deduce, con toda claridad, que propugnamos la absoluta compatibilidad entre el remedio “prestación del equivalente pecuniario” y la indemnización de daños y perjuicios. El primero es cumplimiento —con todos los matices que se quieran— y el segundo es resarcimiento. No sólo son compatibles, sino que muy a menudo aparecerán simultáneamente, dado que, como acabamos de expresar, el mero hecho de sustituir la prestación originaria por su equivalente, dará lugar muy frecuentemente a la causación de daños al acreedor, que deberán ser indemnizados, si se cumplen las demás condiciones para la efectividad de tal remedio resarcitorio.

Sólo hay un supuesto en que, al menos aparentemente, puede identificarse cumplimiento por equivalente e indemnización de daños y perjuicios: el de la obligación pecuniaria. En tal caso, como se ha señalado⁽¹⁰²⁾, es obvio que la obligación primaria permanece inalterada en su manifestación indemnizatoria o resarcitoria, y se puede decir que el “resarcimiento en forma específica” tiene aquí por objeto el dinero y, por tanto, tiene el mismo contenido que la obligación primaria. En realidad, también aquí hay que distinguir cumplimiento (pago del principal) de resarcimiento (pago de los intereses en que, por ministerio del artículo 1108 del CC, consiste siempre la indemnización por daños derivados de la mora). Lo que sucede es que, en puridad, no cabe hablar de cumplimiento por equivalente de las obligaciones pecuniarias: dicho remedio lo hemos venido reservando a los supuestos de imposibilidad-inidoneidad de la prestación, y por virtud del principio *genus numquam perit* (nacido de los comentaristas medievales, *genus perire non censetur*), nunca podrán darse tales supuestos en las obligaciones pecuniarias.

3.7. *Su radical diferencia con el concepto de daño.* Como dice la doctrina⁽¹⁰³⁾, no es nunca daño la no-prestación considerada en cuanto tal, la ausencia del deber de entrega, de cumplimiento en general. Y por este motivo, como decimos, el cumplimiento por equivalente, e incluso la *aestimatio rei*, no son partidas verdaderamente indemnizatorias. E igualmente, cuando en el contrato bilateral el acreedor acude al remedio resolutorio, no puede cifrar los daños en la falta de recepción de la prestación del deudor, pues él se ha librado de la propia. Si el dueño de la obra no paga al contratista, y éste resuelve el contrato, no podrá pedir en concepto de daño la remunera-

(102) VALENTE, *La liquidazione materiale del danno per equivalente pecuniario*, Jovene, Nápoles, 1963, p. 211.

(103) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, p. 676.

ción pactada; nada hay que remunerar, puesto que no realiza la obra (STS 4 julio 1988). Cuestión diferente es que demuestre la existencia de verdaderos perjuicios derivados del impago o de la resolución: por acopio de materiales o herramientas no utilizadas, por contratos no realizados, etc.⁽¹⁰⁴⁾

3.8. *El criterio de fungibilidad de la conducta.* En lugar del criterio imposibilidad-inidoneidad⁽¹⁰⁵⁾, en ocasiones se ha trasladado la sede del equivalente pecuniario al criterio de *fungibilidad* de la conducta del deudor. Así, señala Pintó⁽¹⁰⁶⁾ que “cuando el deudor se resiste a cumplir la obligación contractual, el Derecho, según los casos, podrá satisfacer con mayor o menor perfección el interés del acreedor. Si la obligación es fungible, o sea, que su prestación puede ser substituida por otra idéntica (pone como ejemplo la de entregar cosa genérica, o la de hacer cuando la acción no se concierta en atención a la personalidad o dotes del ejecutor), el acreedor *obtendrá*, si quiere, efectivamente tal prestación por los medios que el Derecho efectivamente establece. Pero si no lo es, de suerte que su cumplimiento exija la actividad personalísima del deudor, o, en fin, por su índole no pueda ser exactamente substituida por otra (y señala como ejemplo la de dar cosa determinada, o de hacer algo que sólo el deudor puede realizar), *entonces el Derecho no tiene otro remedio que substituir la prestación genuina por otra equivalente*, que es dinerario y que la doctrina seña-

(104) Así, la STS 23 marzo 1992 (RJ Aranzadi 2277) establece claramente que “en cuanto al derecho de una parte contratante a ser indemnizada por los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra, no existe precepto legal alguno que justifique la limitación de su importe económico al valor del objeto del contrato cuando tales perjuicios se están produciendo en tanto no se dé real cumplimiento al contrato; otra cosa supondría cercenar el derecho del perjudicado a obtener un total y pleno resarcimiento”.

(105) Así hemos configurado la prestación del equivalente pecuniario más arriba. Con distinta terminología, es el criterio que establece GIORGIANNI, cuando señala que la ejecución forzosa denominada por equivalente presupone que el acreedor haya renunciado al cumplimiento tardío o que el deudor sea incumplidor en modo definitivo, lo que le lleva a pensar en una simple transformación de la obligación en el resarcimiento del daño (*L'inadempimento*, cit., p. 181).

(106) Sin duda, por la idea y también por la terminología, sigue dicho autor el pensamiento de BETTI, quien en caso de incumplimiento distingue dos hipótesis: 1) Que la prestación tenga carácter fungible y, por tanto, puede subrogarse la cooperación que viene a faltar, en cuanto que la típica utilidad que aquélla estaba destinada a proporcionar al acreedor puede obtenerse también mediante la actividad de un tercero. 2) Que la prestación sea infungible, y por tanto no sea subrogable, en cuyo caso debe concederse al acreedor la posibilidad de satisfacerse mediante una compensación pecuniaria (*Teoría generale...*, cit., I, p. 51).

la con el nombre del *id quod interest*⁽¹⁰⁷⁾. Pero este *id quod interest* es distinto de la indemnización de daños y perjuicios, aunque ambos se traduzcan, en definitiva en el pago de una determinada cantidad en metálico. El *id quod interest* es el substitutivo del valor económico de la prestación, que por no ser fungible y exigir la intervención personal del deudor, el derecho no puede hacerla efectiva; y la indemnización de daños y perjuicios contiene los conceptos que expresa el artículo 1106, o sea, el daño y el lucro cesante⁽¹⁰⁸⁾.

Como queda dicho, no aceptamos ni tal terminología, ni la inejecutabilidad de las obligaciones de dar cosa determinada, pues contundentemente ofrece al acreedor el artículo 1096 del CC la posibilidad de *compulsión* al deudor para la ejecución forzosa de tales obligaciones *independientemente* de la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101. Sin embargo, debe observarse, en todo caso, que el criterio de la fungibilidad no es tan diferente como puede parecer a primera vista, pues coincide con el esquema que hemos expuesto en cuatro cuestiones fundamentales: 1º) La absoluta prioridad de la ejecución forzosa, como remedio preferente, siempre que sea posible. 2º) El recurso al equivalente pecuniario sólo procede cuando *no sea posible* la realización *in natura*, siquiera por ejecución forzosa. 3º) La prestación del equivalente pecuniario no es sino una forma de satisfacer el interés de cumplimiento del acreedor, cuando no es posible hacerlo de otra manera⁽¹⁰⁹⁾. 4º) La radical diferencia conceptual y de contenido que existe entre la prestación del equivalente pecuniario y la indemnización de daños y perjuicios.

3.9. *Reflexión en torno a la patrimonialidad de la prestación.* Por último, debemos hacer notar que la posibilidad de cumplimiento por equivalente pecuniario es, además, una consecuencia directa de la patrimonialidad de la prestación objeto de la obligación. No es éste, obviamente el lugar adecuado para examinar tan polémica cuestión⁽¹¹⁰⁾,

(107) A esa prestación del equivalente la denomina PINTÓ *id quod interest*, terminología que ya hemos explicado no nos parece correcta, aunque se debe a una confusión históricamente justificable. *Vid.*, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., apdo. 1.4.2.b).

(108) PINTÓ RUIZ, "La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios, durante el año 1957", en *R. J. Cat.*, 1958, p. 205.

(109) Así, el propio PINTÓ RUIZ, en "El incumplimiento de las obligaciones civiles", cit., ps. 962 y ss., estudia la prestación del equivalente pecuniario a propósito de las *acciones de cumplimiento*.

(110) Es bien sabido que, a partir de la posición de SAVIGNY, quien (sobre la base de D. 40.7.9.2: *ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique*

que por otra parte no cuenta en nuestro derecho positivo con los problemas del Código italiano. Pero debe admitirse que, si bien la opinión dominante viene rechazando tal pecuniariedad de la prestación como requisito de la obligación, “lo que sí hay es que, en un sistema —como el de nuestro Código— en el que, frente al acreedor, la responsabilidad del deudor que no cumple la prestación es sólo responsabilidad patrimonial (artículo 1911) es necesario que, de un modo u otro, sea fijable una cifra para la responsabilidad, pues, de no serlo, no habría posibilidad de concretar ésta, y, en tal caso, tampoco habría posibilidad de constreñir (no existiría la *necessitas* que ha de encerrar el vínculo obligatorio), sino cuando el deudor pudiese ser compelido al cumplimiento forzoso en forma específica”⁽¹¹¹⁾. En definitiva, lo que se propugna es que la reparación puede ser pecuniaria aunque la prestación no lo sea.

Sin embargo, hay que reconocer que, excepcionalmente, en aquellos casos en los que la prestación en sí misma tenga un valor extrapatrimonial⁽¹¹²⁾, lo que en general se viene admitiendo por la mayoría

possunt, lo que obedece sin dudas a las exigencias del procedimiento formulario) mantuvo que sólo los actos susceptibles de valoración en dinero pueden ser objeto de obligación, se abre una larga polémica, desde que WINDSCHEID y, sobre todo, IHERING vienen a sostener justamente lo contrario, propugnando la existencia de verdaderas obligaciones extrapatrimoniales. Más tarde se acude a una posición llamada “intermedia” distinguiendo entre la prestación, que debe ser susceptible de valoración económica, y el interés del acreedor, que puede no ser patrimonial; criterio que llega a tener entrada en el Código italiano (artículo 1174), lo que ha dado lugar a un sinnúmero de trabajos y teorías en la doctrina de aquel país (por todos, *vid.*, GIORGIANNI, *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, I, Giuffrè, Milán, 1968, ps. 29 y ss.), y que, por el contrario, es expresamente rechazado por el Código Civil portugués (artículo 398.2º). En España, tras los minuciosos estudios de HERNÁNDEZ GIL, radicalmente opuesto a la exigencia de la patrimonialidad (también BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P. *La obligación*, Edersa, Madrid, 1989, p. 68), la cuestión ha venido resolviéndose en sede de responsabilidad, y no de débito, dado que la responsabilidad sí es siempre patrimonial con arreglo al artículo 1911, si bien la prestación misma no necesariamente tiene que serlo. Para la doctrina española, puede verse CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., T. III, ps. 65 y ss.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., I, vol. 2º, ps. 24 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil, II*, cit., ps. 29 y ss.; LACRUZ, *Elementos...*, cit., II, vol. 1º, ps. 22 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., ps. 83 y ss.; MARTÍN PÉREZ, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, ps. 20 a 39.

(111) ALBALADEJO, *loc. ult. cit.* En sentido muy similar, DE LOS MOZOS, J. L. *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1988, ps. 325/328.

(112) Señala DíEZ-PICAZO que ello sucederá muy a menudo con las obligaciones de no hacer, como por ejemplo, el deber de guardar secreta la filiación verdadera de una persona, asumido por contrato, por quien, en otro caso, no tendría obligación de reservar la noticia (*Fundamentos...*, cit., p. 87).

de nuestra doctrina⁽¹¹³⁾, y compartimos, es que por definición ello hará imposible la prestación de un “equivalente pecuniario”.

En tal caso, tampoco es necesario acudir a dicho equivalente (inexistente, insisto), porque, en realidad, la única reacción posible del ordenamiento será cubrir el “interés de indemnidad” del acreedor, de forma análoga a lo que sucede con la responsabilidad extracontractual y la reparación del daño moral, cuya cuantificación nada tiene que ver con ninguna clase de equivalencia, sino que queda al arbitrio de los jueces y tribunales. En consecuencia, no es que aquí el equivalente pecuniario se confunda con la indemnización, sino que sencillamente *no hay equivalente*, sino sólo indemnización.

4. LA RESOLUCIÓN Y OTROS REMEDIOS PROPIOS DEL CONTRATO SINALAGMÁTICO

4.1. *Los efectos especiales del contrato bilateral.* Cuando el derecho de crédito lesionado se inserta dentro de una relación obligatoria sinalagmática⁽¹¹⁴⁾, el acreedor tiene a su disposición algunos instrumentos jurídicos específicos: además de las especialidades que la mora presenta en este tipo de relación⁽¹¹⁵⁾, también aparece alguna otra a la hora

(113) No falta quien sostiene que “en la obligación en sentido técnico se da siempre, al menos como posibilidad tenida necesariamente en cuenta (posibilidad actuante), la prestación subsidiaria en valor abstracto (dinero), y ha de existir un procedimiento para la valuación (cobertura concreta), o si el valor no fuese directamente cuantificable, para una compensación equitativa (cobertura abstracta). Es un error ver en esta prestación subsidiaria tan sólo una sanción, es decir, una especie de pena” (ESPINAR, ob. cit., p. 126).

(114) *Vid.*, ALONSO PÉREZ, M. *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Acta Salamanticensis, Salamanca, 1967; VATTIER FUENZALIDA, *Sobre la estructura de la obligación*, cit., ps. 241 y ss., capítulo dedicado a “Apuntes en tema de bilateralidad en las obligaciones”.

(115) Particularmente dos: 1º) La cuestión de si, para la existencia de la mora en las obligaciones recíprocas, es precisa la intimación o requerimiento al deudor, es objeto de una amplia polémica doctrinal y jurisprudencial, que ha sido objeto de estudio monográfico (por todos, en una dirección, ALBALADEJO, *La mora en las obligaciones recíprocas*, cit., ps. 9 y ss.; “De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas”, cit., ps. 29 y ss.; y en su comentario al artículo 1100, de los *Comentarios al Código Civil...*, cit., T. XV, vol. 1º, ps. 364 y ss.; y en la otra, CRISTOBAL-MONTES, *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984; etc.): a) Por un lado, y desde una interpretación absolutamente literal del último inciso del artículo 1100, se sostiene que para poner en mora al otro contratante en las obligaciones recíprocas, no es necesario el requerimiento, sino que basta cumplir la propia prestación, y desde tal momento nace dicha mora. “Desde que uno... cumple..., empieza la mora para el otro”, puede leerse en el precepto, y quienes se atienen estrictamente a su letra, eximen de realizar la intimación,

pues tan pronto uno cumple, el otro está en mora. En la jurisprudencia, así lo establecen las SSTS 2 diciembre 1898, 15 febrero 1905, 31 mayo 1916, 24 octubre 1941 (RJ Aranzadi 1158), 9 noviembre 1944 (RJ Aranzadi 1183), 22 marzo 1950 (—RJ Aranzadi 710—, “en las obligaciones recíprocas es innecesaria toda interpelación”), 1 mayo 1950 (—RJ Aranzadi 728—, “en las obligaciones recíprocas, la mora empieza para el incumplidor desde que el otro contratante cumplió su obligación, sin necesidad de previa interpelación del acreedor”), 17 marzo 1956 (RJ Aranzadi 1168), 17 enero 1967 (RJ Aranzadi 77), 12 mayo 1976 (RJ Aranzadi 2040), 17 mayo 1976 (RJ Aranzadi 2186), 27 enero 1978 (RJ Aranzadi 16, “sin el menor género de dudas”), 29 marzo 1980 (RJ Aranzadi 1143), 24 mayo 1980 (RJ Aranzadi 1963), 29 noviembre 1982 (RJ Aranzadi 6938), 26 febrero 1985 (RJ Aranzadi 775), 29 marzo 1985 (RJ Aranzadi 1256), 27 mayo 1985 (RJ Aranzadi 2814), 26 febrero 1985 (RJ Aranzadi 775), 13 marzo 1987 (RJ Aranzadi 1478), 21 abril 1987 (RJ Aranzadi 2719), 1 junio 1987 (RJ Aranzadi 4021), 23 marzo 1992 (RJ Aranzadi 2277) y 2 noviembre 1994 (RJ Aranzadi 8364). b) Por el contrario, y acudiendo al resto de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC, se ofrecen toda una serie de argumentos —hasta diez enumera ALBALADEJO—, según los cuales la interpretación correcta del último párrafo del artículo 1100 es la siguiente: Cuando se trata de obligaciones recíprocas, dada su interdependencia, y siempre que no se haya pactado su cumplimiento no simultáneo, para que uno de los deudores incurra en mora no basta la simple llegada del momento del cumplimiento (si se trata de obligación en la que la mora se produce automáticamente) o el requerimiento del acreedor (si éste es preciso para constituir en mora al obligado), sino que además hace falta que el otro contratante cumpla o se allane a cumplir lo que le incumbe. O sea, el hecho de que la obligación sea bilateral, según esta posición, no afecta a la necesidad de requerimiento, que sigue siendo necesario para la constitución en mora del deudor, fuera de los dos casos previstos en el párrafo segundo del propio artículo 1100. Parecen inclinarse por esta tesis, y así lo señala ALBALADEJO respecto de algunas, aunque desde luego todas ellas lo hacen con mucha más timidez que las que sostienen lo contrario, las SSTS 17 octubre 1924, 13 abril 1931, 15 marzo 1934 (RJ Aranzadi 462), 20 febrero 1950 (RJ Aranzadi 550), 26 mayo 1966 (RJ Aranzadi 2745), 26 febrero 1970 (RJ Aranzadi 1013), 22 octubre 1971 (RJ Aranzadi 4724), 26 marzo 1974 (RJ Aranzadi 452), 28 noviembre 1978 (RJ Aranzadi 4293), 2 enero 1980 (RJ Aranzadi 77), 9 junio 1986 (RJ Aranzadi 3298), 2 julio 1994 (RJ Aranzadi 6422). En buena parte de estas sentencias, el TS se está refiriendo más bien al requisito de la culpa que propiamente al de la intimación, entendiéndose que, o bien el retraso no era imputable al deudor, o bien, al tratarse de obligaciones recíprocas, se aplicó la compensación de la mora. Todo lo antedicho se encuentra sometido a un régimen especial cuando de la compraventa de bienes inmuebles se trata, por imperativo del artículo 1504 del CC, según un buen número de SSTS, que nuevamente aquí vienen a diluir la frontera entre mora, que siempre puede admitir el cumplimiento tardío, e incumplimiento definitivo. La STS 1 junio 1987 (RJ Aranzadi 4021) viene a recoger la doctrina plasmada ya en las SSTS 29 noviembre 1982 (RJ Aranzadi 6938), 9 noviembre 1984 (RJ Aranzadi 5372), 26 febrero 1985 (RJ Aranzadi 775), 25 mayo 1985 (RJ Aranzadi 2814), etc.: “Es doctrina reiterada la de que el precepto general del artículo 1100 del CC, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, y de no ser necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato,

de calcular el *quantum* indemnizatorio dentro del remedio responsabilidad *strictu sensu*, pues parece razonable⁽¹¹⁶⁾ tener en consideración en dicho cálculo el valor patrimonial que el acreedor se ahorra al no tener que cumplir su propia prestación⁽¹¹⁷⁾; pero fundamentalmente, entre los llamados “remedios sinalagmáticos”⁽¹¹⁸⁾ deben mencionarse la *exceptio non adimpleti contractus*, y la opción resolutoria que con-

cede ante el precepto más específico del artículo 1504 del CC cuando sea inmueble el objeto de la venta, según el cual, aun a falta de pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que no es sino un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir, salvo que medie el aludido requerimiento, concebido por la jurisprudencia en el sentido de constituir una notificación del deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, mas no un requerimiento o intimación para el pago del precio”. Es, por tanto, como si el acreedor —el contratante que cumplió lo que le incumbía— tuviera la posibilidad de decidir a su voluntad si la falta de cumplimiento del deudor es sólo constitutiva de mora, a cuyo fin le bastaría con no requerirle, o produce los efectos resolutorios derivados del incumplimiento definitivo, para lo cual necesita practicar el requerimiento. Es decir, según la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer, la práctica del requerimiento tiene justamente los efectos contrarios de los que produce normalmente: no constituye en mora al deudor, sino que impide el cumplimiento tardío o moroso. *Vid.*, nuestro comentario al artículo 1100 en *Jurisprudencia Civil Comentada*, cit.

2º) Aparte de todo ello, y para las obligaciones recíprocas, el primer inciso del último párrafo del artículo 1100 establece la llamada “*compensatio mora*”, que exige de toda explicación la propia claridad de las SSTS 4 noviembre 1963 (RJ Aranzadi 4398) y 2 enero 1980 (RJ Aranzadi 77): Para la primera, “*en las obligaciones bilaterales, sinalagmáticas y recíprocas, opera la exceptio non adimpleti contractus cuando el actor no cumplió su prestación ni ha ofrecido realizarla, existiendo en tal supuesto la compensación de la mora*”; y para la segunda, “*al declarar la sentencia recurrida que el incumplimiento del contrato ha sido recíproco, no cabe hablar de mora, ni del comprador ni del vendedor, pues en tal supuesto, tanto uno como otro han incurrido en mora*”. Insistiendo las SSTS 29 noviembre 1966 (RJ Aranzadi 5552) y 13 abril 1992 (RJ Aranzadi 3100) en que dicha “*compensatio mora sólo se da en las obligaciones recíprocas, es decir, entre las que existe mutua correspondencia*”. En similares términos se pronuncian otras numerosísimas SSTS, que recogemos en nuestro citado comentario al artículo 1100 del CC. En efecto, muchas sentencias cifran el fundamento de la compensación de la mora en las obligaciones recíprocas en la *exceptio non adimpleti contractus*, cuando en realidad ambas, la excepción de contrato no cumplido y la compensación de la mora, son dos consecuencias o efectos distintos de un mismo principio general consistente en el cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. Es decir, ambos son efectos especiales del contrato bilateral (*vid.* ALONSO PÉREZ, *loc. ult. cit.*).

(116) Así lo indica DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 692.

(117) Ello, se entiende, siempre que el acreedor opte por la resolución, recuperando la prestación que hizo, o ejercite la *exceptio non adimpleti contractus*, pues si opta por el cumplimiento nada hay que deducir.

(118) PANTALEÓN, “Las nuevas bases...”, cit., ps. 1727.

templa el artículo 1124 del CC para el caso de incumplimiento, a favor del contratante perjudicado por el mismo⁽¹¹⁹⁾.

4.2. En cuanto a *la excepción de incumplimiento contractual* (y paralelamente la *exceptio non rite adimpleti contractus* para los casos de cumplimiento defectuoso en cantidad, calidad, manera o tiempo), poco interés tiene a los efectos delimitadores de la autonomía del equivalente pecuniario que aquí nos ocupan, pues nos coloca justamente en la hipótesis opuesta: se da por consumado, y en cierto modo se asume, el incumplimiento de la otra parte, para rechazar (temporalmente, mientras tanto) el cumplimiento propio. Pero no se exige, al menos de forma directa, cumplimiento de ninguna clase, ni específico ni por equivalente⁽¹²⁰⁾.

4.3. Mayor utilidad puede ofrecernos una breve reflexión en torno a *la facultad resolutoria del artículo 1124*, aunque obviamente no podemos ni intentamos estudiar aquí a fondo la misma. Es bien sabido que cuando la obligación incumplida⁽¹²¹⁾ es fruto de un contrato bilateral,

(119) OGAYAR y AYLLÓN, T. *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1983, ps. 16 y 17, señala que las consecuencias de la interdependencia de las respectivas prestaciones que caracterizan el vínculo de reciprocidad típico de la obligación bilateral son: a) Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, de cuya exigencia deriva la *compensatio mora* y la *exceptio non adimpleti contractus*. b) La posibilidad de resolver el contrato cuando uno de los contratantes incumple su obligación. c) *Teoría de los riesgos*, según la cual, cuando se produce la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones por caso fortuito o fuerza mayor, la obra parte queda liberada de cumplir la suya. Y por su parte, la STS de 3 diciembre 1955 (RJ Aranzadi 3604) establece que las consecuencias jurídicas del sinalagma las recoge el artículo 1124 (¿?) “regulando como efectos propios de estas obligaciones la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio mora* y la resolución del contrato en caso de incumplimiento por una de las partes”. Sobre la cuestión *vid.*, también VATTIER, *Sobre la estructura de la obligación*, cit., ps. 272 y ss.

(120) Sobre la cuestión, por todos, puede verse ESPÍN CÁNOVAS, D. “La excepción de incumplimiento contractual”, en A.D.C. 1964, ps. 543 y ss.; OGAYAR y AYLLÓN, ob. cit., ps. 33 y ss.; PÉRSICO, G. *L'eccezione d'inadempimento*, Milán, 1955, sobre todo, ps. 14 y ss.; GRASSO, B. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profilo generali)*, Camerino, 1973.

(121) Respecto el incumplimiento susceptible de dar lugar a la resolución contractual, y su correcta tipificación, se han escrito ríos de tinta, pero ello, obviamente, escapa al objeto de estas páginas. Me remito a los estudios sobre la cuestión de MOSCO, L. *La resolución de los contratos por incumplimiento* (con un interesante apéndice de PINTÓ RUIZ), trad. esp., Dux, Barcelona, s.f., ps. 25 y ss.; PALMIERI, D. *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1994; Díez PICAZO, *Fundamentos...*, cit., ps. 710 y ss.; OGAYAR y AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1983, ps. 80 y ss.; DELL'AQUILA, E. *La resolución*

el acreedor —que cumplió lo que le incumbía— puede obtener la resolución del contrato. El artículo 1124 del CC precisamente configura dicha facultad como una opción, alternativa al cumplimiento forzoso, y que se concede al acreedor “perjudicado”, considerándole como el mejor árbitro de la situación⁽¹²²⁾, quien sabrá valorar la mejor forma de satisfacer su interés lesionado.

Pues bien, en cuanto a su relación con el resto de los remedios frente al incumplimiento, expresamente se pueden obtener del precepto dos importantes conclusiones: 1º) La absoluta incompatibilidad entre la pretensión de cumplimiento y la pretensión resolutoria, pues optar por una equivale automáticamente a descartar la otra. Esto es fácil de entender. 2º) La esencial compatibilidad entre cualquiera de los dos mecanismos, y el “resarcimiento de daños y abono de intereses”⁽¹²³⁾, y por tanto, entre la resolución y dicho resarcimiento.

Y la combinación de ambas afirmaciones tiene una incidencia crucial en el tema que nos ocupa, en virtud del siguiente razonamiento: si se admite que la prestación del equivalente pecuniario es una forma subsidiaria de cumplimiento, cuando el acreedor perjudicado opte por la resolución, ya no podrá obtener ni pedir dicho equivalente, pues la incompatibilidad entre cumplimiento y resolución se lo impide; si, por el contrario, se decide que la prestación de la *aestimatio rei* es indemnización de daños y perjuicios, como componente que forma parte de un concepto integral del *id quod interest*, además de la resolución del contrato bilateral, el acreedor podrá aspirar a obtener ese equivalente pecuniario, pues la compatibilidad entre resolución e indemnización

del contrato bilateral por incumplimiento (Prólogo de J. L. DE LOS MOZOS), Acta Salamanticensis, Salamanca, 1981, ps. 169 y ss.; MOLINA GARCÍA, A. *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Montecorvo, Madrid, 1981. MONTÉS PENADÉS, V. L. “Comentario al artículo 1124 del CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., T. XV, vol. 1º, ps. 1230 y ss.; JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1992, ps. 57 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992; ALVAREZ VIGARAY, R. “Comentario al artículo 1124 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, cit., T. II, ps. 97 a 99.

(122) Así lo expresa gráficamente DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 696.

(123) Por si existe alguna duda, las SSTS 3 diciembre 1920 y 6 mayo 1911 establecen que “la frase resarcimiento de daños y abono de intereses empleada en este artículo equivale y es sinónima en el espíritu de la Ley a la indemnización de daños y perjuicios, porque de otra suerte, resultaría una diferencia inexplicable entre los artículos 1101 y 1124”. En el mismo sentido, las SSTS 28 enero 1961 (RJ Aranzadi 296), 17 marzo 1964 (RJ Aranzadi 1441) y 27 marzo 1972 (RJ Aranzadi 1497).

así se lo permite. Es preciso, por tanto, examinar las dos conclusiones anteriormente mencionadas.

4.4. La absoluta *incompatibilidad entre cumplimiento y resolución* puede argumentarse desde el tenor literal del artículo 1124 del CC, desde razonamientos puramente procesales, o desde el más elemental sentido común que impregna ambos criterios. Así, el artículo 1124 faculta para “escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación”, lo que semánticamente ya indica la alternatividad de ambas soluciones, a elección del acreedor. Se trata de dos acciones antitéticas o contrarias entre sí. Cumplimiento es ejecutar la obligación, y resolución es dejarla sin efecto.

Procesalmente⁽¹²⁴⁾, ello impide la posibilidad de acumular ambas, pues si bien los artículos 71.1 y 72 de la LEC faculta al actor para acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, ello sólo cabe “siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí”; y tal cosa sucede, según el artículo 71.3 de la misma “cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra”. Parece como si este precepto estuviese aludiendo precisamente a las acciones de cumplimiento y resolución. Y por ello la jurisprudencia unánimemente y desde siempre ha declarado la incompatibilidad de ambas opciones cuando se solicita *al mismo tiempo* el cumplimiento de la obligación y su resolución⁽¹²⁵⁾.

Sí se admite, en cambio, tanto por la doctrina como en la jurisprudencia, el ejercicio alternativo o subsidiario de ambas pretensiones, si bien no cabe limitar la opción subsidiaria o alternativamente formulada al supuesto de la imposibilidad de cumplimiento, como declara la STS 4 febrero 1959. Y es que la facultad que el artículo 1124 concede al tribunal para “señalar plazo” obliga a razonar en los térmi-

(124) Aunque el artículo 1124 del CC no lo menciona, junto a la resolución dictada por declaración judicial, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo también la posibilidad de realizar la resolución de forma convencional, o por declaración unilateral del acreedor. Sin embargo, la resolución por vía judicial viene siendo la más frecuentemente utilizada. *Vid.*, ALVAREZ VIGARAY, R. *Comentario del Código Civil*, cit., T. II, p. 98.

(125) SSTs 23 septiembre 1899, 22 junio 1911, 11 enero 1949 (RJ Aranzadi 89), 12 mayo 1955 (RJ Aranzadi 1695), 10 febrero 1956 (RJ Aranzadi 698), 4 febrero 1959 (RJ Aranzadi 453), 17 marzo 1964 (RJ Aranzadi 1441), 30 noviembre 1965 (RJ Aranzadi 5538), 6 octubre 1967 (RJ Aranzadi 3752), 2 febrero 1973 (RJ Aranzadi 401), 24 febrero 1978 (RJ Aranzadi 589), 9 octubre 1981 (RJ Aranzadi 3731), etcétera.

nos de Alvarez Vigaray: “Si se ejercita la acción de cumplimiento, el Tribunal no podrá conceder la resolución, sin incurrir en incongruencia, en cambio, si lo que se ejercita es la acción de resolución, el Tribunal, en virtud de las facultades discrecionales que le otorga el artículo 1124, puede no declarar la resolución y condenar al cumplimiento, o conceder un plazo al deudor para que cumpla y declarar condicionalmente la resolución para el caso de que el deudor deje transcurrir ese plazo sin efectuar el pago. Se podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento cuando se pruebe que éste ha resultado imposible”⁽¹²⁶⁾.

4.5. Afirmábamos también la *esencial compatibilidad entre la acción de resolución y la de resarcimiento*. Compatibilidad que no deriva sólo del hecho de venir así establecida explícitamente en el artículo 1124, sino de razones más profundas que inciden en su *ratio legis*. Y es que ambas pretensiones son diferentes entre sí, tanto en lo concerniente a los intereses del acreedor que satisfacen, como en lo relativo a los requisitos de una y otra —como sucedía con la acción de cumplimiento—. Veamos ambas cosas por separado.

4.6. Desde el punto de vista de los intereses del acreedor, no existe unanimidad en la doctrina española sobre la *función que cumple la indemnización de daños y perjuicios en los casos de resolución contractual*, e incluso se ha llegado a negar el derecho al resarcimiento al contratante que opta por la resolución⁽¹²⁷⁾. Las distintas posiciones son, muy resumidamente, las siguientes:

a) Negar la compatibilidad entre resolución y resarcimiento, dado que la resolución tiene efectos retroactivos, y su eficacia *ex tunc* deja ya absolutamente indemne al contratante que opta por dicho remedio: en la medida en que recupera su prestación y queda liberado de cumplimiento, ya no existe, se dice, desde el concepto diferencial del daño que hemos visto páginas atrás, nada que resarcir; el contratante que resuelve regresa a la situación que tenía antes del contrato y, por tanto, ningún daño adicional puede sufrir. Este planteamiento es el que acepta en el BGB por influencia de la pandectística. Pero es obvio que debe ser olvidado en nuestro Derecho si nos atenemos al tenor literal del artículo 1124.

(126) ALVAREZ VIGARAY, *Comentario del Código Civil*, cit., T. II, p. 99. En el mismo sentido, *vid.*, DELGADO, *ob. cit.*, p. 274.

(127) El estado de la cuestión en la doctrina y las diferentes posiciones al respecto han sido sintéticamente expuestas por DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., ps. 726/727; y por VERDERA, *ob. cit.*, p. 134, nota 187.

b) Afirmar que la indemnización debida al contratante que resuelve no puede dirigirse más que al interés contractual negativo, excluyendo que la misma alcance al interés positivo⁽¹²⁸⁾. Y ello por entender que, dados los efectos retroactivos de la resolución, la indemnización ha de colocar al contratante en aquella situación patrimonial en que se habría encontrado si el contrato no se hubiese concluido, y no como si el contrato se hubiese cumplido debidamente, pues a ello se ha renunciado al resolver. Se trata de resarcir los daños que a la parte perjudicada le ha producido la celebración de un contrato sobrevenidamente ineficaz, por causa imputable a la parte incumplidora.

c) Conceder al contratante que resuelve la indemnización del interés positivo, colocándole en la misma situación económica y patrimonial que tendría si el contrato se hubiera ejecutado perfectamente, al entender que tal indemnización no tiene otros límites que los establecidos en el artículo 1106 del CC⁽¹²⁹⁾. La principal base argumental

(128) Este planteamiento fue sostenido por CARNELUTTI, "Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto per inadempimento", en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, II, ps. 321 y ss. Y más recientemente, en nuestro país, por JORDANO FRAGA, "Comentario a la STS 26 noviembre 1987", en *CCJC*, 1987, ps. 5191 y ss.; "Comentario a la STS 23 Octubre 1990", cit., ps. 643 y ss.; y por DELGADO, ob. cit., p. 277, donde cita también a ALVAREZ VIGARAY y OGAYAR y AYLLÓN; asimismo, en "Comentario a la STS 3 octubre 1985", en *CCJC*, 1985, ps. 2949 y ss.; y "Comentario a la STS 17 junio 1986", en *CCJC*, 1986, ps. 3773 y ss. Por su parte, Díez-PICAZO-GULLÓN, señalan: "Otras consecuencias de la resolución son las referentes al abono de daños y perjuicios. El párrafo 2º del artículo 1124 se los concede al legitimado para ejercitar la facultad de exigir el cumplimiento o la resolución, opte por la que opte. Sin embargo, es más que dudoso que, si elige la resolución, pueda pretender otra cosa que no sea la devolución de lo entregado y la aplicación de la normativa vista en el párrafo anterior; concretamente el lucro cesante. No se olvide que la resolución tiende a colocar a las partes en la misma posición que tuvieron al contratar, que opera retroactivamente hasta ese momento borrando lo ocurrido. El lucro cesante, por propia definición, implica que el acreedor se quiere colocar en la misma situación patrimonial que si el contrato (cuya resolución se pide) hubiese llegado a buen término, lo que exigiría obviamente que él cumpliera (que es lo que no quiere con la resolución)" (*Sistema...*, cit. II, p. 271). En todo caso, ésta es también la posición más extendida en nuestra jurisprudencia, que sigue entendiendo la resolución del artículo 1124 con eficacia *ex tunc*.

(129) Es la posición que mantienen PANTALEÓN, "Resolución por incumplimiento e indemnización", en *A.D.C.*, 1989, ps. 1143 y ss.; "Las nuevas bases...", cit., ps. 1734 y 1735; y pese a la opinión del *Sistema* anteriormente transcrita, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 727, donde se afirma además que ésta es la regla generalmente admitida en la doctrina francesa, en el sector mayoritario de la doctrina italiana, y también en la nuestra, afirmación esta última que, a la vista de lo señalado en notas anteriores es bastante dudosa. El primero de los mencionados trabajos del Prof. PANTALEÓN se dedica íntegramente al estudio de la cuestión, a partir de

de esta posición se centra en la idea de que la resolución no es una forma de ineficacia con retroactividad absoluta y que la restitución no tiene alcance indemnizatorio. Evidentemente, pues lo contrario daría lugar a resultados manifiestamente injustos, dada la liberación/restitución de la propia prestación del acreedor; por ello, se limita el valor del interés positivo a la diferencia entre el valor de la contraprestación en el momento del contrato y el que tuviera en el momento de la resolución⁽¹³⁰⁾.

d) Dejar a la libre elección del acreedor que su pretensión resarcitoria alcance la cuantía del interés contractual positivo, o la medida del interés contractual negativo⁽¹³¹⁾, en función del carácter resolutorio (propio o impropio) de la acción emprendida. Si el acreedor perjudicado por el incumplimiento del otro contratante ejercita una acción de “resolución impropia”, es decir, aquella que recae más que sobre el contrato, sobre la transferencia de la propiedad de la cosa, pero con mantenimiento del valor del contrato, y en la que, por lo tanto, bajo la calificación resolutoria se esconde una auténtica acción de cumplimiento por equivalente, habrá que admitir la posibilidad de que obtenga el interés positivo o de cumplimiento. Si, por el contrario, el perjudicado ejercita una acción de resolución propia, o sea, dirigida a la resolución del contrato mismo que conduce por tanto a una reposición causal *ante contractum*, la indemnización sólo podrá alcanzar la medida del interés contractual negativo, por los argumentos lógicos expresados más arriba.

4.7. Los intereses del acreedor tutelados por los diferentes remedios. En mi opinión, sin desconocer que efectivamente existen argumentos en apoyo de todas las posiciones que acabamos de resumir, la cuestión ha de resolverse desde la necesaria incompatibilidad que existe entre resolución y cumplimiento, punto en el que existe absoluta concordancia doctrinal y jurisprudencial. Y ello nos conduce inevitablemente a negar la posibilidad de que el contratante que resuelve obtenga, *además*, la medida de su interés positivo. La propia terminología, que viene tradicionalmente denominando “interés de cumplimiento” ha dicho interés positivo, lo expresa claramente: el interés

un nuevo examen de la STS 26 noviembre 1987, que como queda dicho más arriba, es la misma que utiliza el Prof. JORDANO FRAGA en su comentario de los CCJC para sostener la opinión favorable al interés negativo y excluyente del interés positivo.

(130) DÍEZ-PICAZO, *loc. ult. cit.*

(131) En esta dirección se definen ESPINAR, *ob. cit.*, ps. 151/153; y CARRASCO, *Comentarios...*, *cit.*, T. XV, vol. 1º, ps. 389 y ss.

de *cumplimiento* no puede compatibilizarse con la opción resolutoria, dados los términos de la *opción* que contempla el artículo 1124.

En definitiva, si un contratante ha optado por la resolución del contrato (o sea, por su no-ejecución), la única manera de satisfacer su interés positivo será a través del equivalente pecuniario de la prestación cuyo cumplimiento específico “rechaza” (justificadamente, pero lo rechaza desde el momento en que no opta por el cumplimiento), lo que supone un contrasentido: obtiene, por la vía de la resolución, la liberación y la restitución de la prestación que le incumbe; y obtiene, por el medio de la indemnización, lo que no es sino el cumplimiento por equivalente de la de adverso. Y ello concuerda mal con la idea de sinalagma que informa la facultad resolutoria del contrato bilateral. En todo caso, la ruptura de la incompatibilidad entre resolución y cumplimiento es evidente: admitir la “indemnización” en la medida del interés positivo del acreedor que ha resuelto el contrato, equivale a dar entrada a la compatibilidad entre cumplimiento y resolución “por la puerta de atrás”.

Adicionalmente, tal solución todavía convence menos, si además conduce a privar al contratante que resuelve de la obtención de la medida del interés contractual negativo. Porque no se puede negar que, cuando un contratante resuelve, los daños y perjuicios de los que se hace acreedor consistirán, sobre todo, en la lesión del interés de confianza; y no parece justo que, en aras de satisfacer su interés de cumplimiento (al que, insisto, renuncia desde el momento en que resuelve), se prive de la indemnización de los verdaderos perjuicios: la frustración de la confianza que tenía depositada en el contrato. Si la resolución está implícita en el sinalagma (artículo 1124.1) y la utiliza el contratante cumplidor, ya elegimos este camino, y no nos vale “indemnizar” por el *iter* del cumplimiento. Lo contrario supondría no sólo lesionar la reciprocidad e interdependencia del sinalagma, sino provocar la sombra o el fantasma del *enriquecimiento injustificado*.

Por lo demás, frente a los indiscutibles argumentos de Derecho comparado que ofrece el Prof. Pantaleón en favor de la indemnización del interés positivo, se levanta el criterio de nuestro TS; para comprobarlo, basta examinar las SSTs comentadas en los CCJC por Jordano, Delgado y Carrasco a las que nos hemos referido.

Cuestión distinta es que si, *como consecuencia de la propia resolución*, que no olvidemos fue motivada por el incumplimiento de adverso, al perjudicado se le ocasiona (y acredita) un lucro cesante, éste deba ser objeto de indemnización, lo que me parece innegable. Esa sí es, con seguridad, una partida de los daños e intereses que menciona

el artículo 1124. Pero tal pérdida de ganancias o beneficios debe ser consecuente a la propia resolución, y no al mero incumplimiento de la otra parte. Afirmación que viene corroborada, sin género de duda, por nuestra jurisprudencia. En efecto, muy frecuentemente se faculta al acreedor para resolver el contrato, y a la vez recibir el cobro de los beneficios que le correspondían en virtud de dicho contrato; y ello, se dice, no constituye compatibilizar la resolución con el cumplimiento, sino reputar la falta de cobro como un lucro cesante indemnizable. En palabras de las SSTs 28 enero 1961 y 17 marzo 1964, “el texto del artículo 1124 faculta a pedir por quien opta por la resolución de un contrato, que se resarzan los daños y se le abonen intereses, frase que, sinónima a la indemnización de daños y perjuicios, implica en cuanto a éstos una falta de aumento de patrimonio de quien ha instado y obtenido la resolución contractual, que no se hubiere producido con el exacto cumplimiento de la obligación, o sea, un *lucrum cessans*, como ganancia que ha dejado de obtener”. Claramente señala la STS 24 noviembre 1981 que “ante un contrato bilateral, la petición de resarcimiento de daños puede ser secuela tanto de súplica de cumplimiento como de resolución, y no supone la sustitución o equivalente del cumplimiento”.

Por último, no dejaría de ser convincente la última de las corrientes que hemos expuesto, la solución “electiva” del contratante perjudicado, si no fuera porque esa “resolución impropia” no es una auténtica resolución del contrato, sino justamente una acción de *cumplimiento*, y además, de cumplimiento por equivalente, como es lógico, dirigida entonces a la satisfacción del interés positivo. Pero entonces no hemos solucionado el problema, simplemente lo eliminamos llamando resolución a lo que no lo es.

4.8. Resolución e indemnización son compatibles, como señalamos, debido a que, además, *sus requisitos, y no sólo los intereses que satisfacen, también son distintos*: para el ejercicio de la resolución contractual *ex* artículo 1124 del CC, no es necesario que el deudor que incumple su obligación incurra en culpa⁽¹³²⁾, como han señalado las SSTs

(132) No se nos oculta que esta afirmación ha de entenderse matizadamente. De hecho, según JORDANO, la jurisprudencia persiste en la afirmación de la culpa como presupuesto de la resolución, y curiosamente, citaba en apoyo de esta afirmación alguna doctrina y no sentencias del TS (*La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 309), si bien el tristemente fallecido jurista era profundo conocedor del contenido de nuestra jurisprudencia sobre la materia, minuciosa y sabiamente expuesta en su obra *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Civitas,

25 noviembre 1946, 9 diciembre 1983, 27 octubre 1986, y otras posteriores. Y tampoco es necesario probar el daño, como ineludiblemente sucede para que prospere la indemnización: La STS 30 junio 1972 se refiere a un supuesto en el que, estimada la resolución del contrato basada en el incumplimiento, no se concede indemnización de daños y perjuicios “porque de acuerdo con el resultado de la prueba practicada no fueron acreditados ni en cuanto a su realidad ni en cuanto a su alcance, lo que constituye base indispensable de lo que se solicita”.

Por el contrario, si cualquier incumplimiento culpable que genera daños y perjuicios hace nacer la obligación de indemnizar, no todo incumplimiento faculta para la resolución del contrato, sino que, como hemos dicho, ésta requiere que el mismo recaiga sobre las obligaciones principales del contrato, no meramente accesorias o secundarias, y que frustre la economía —el fin— de éste (SSTS 5 mayo 1953, 4 noviembre 1958, 2 enero 1961, 20 septiembre 1965, 9 diciembre 1966, 7 noviembre 1983, etc.). La STS 22 febrero 1997, contempla un supuesto de *aliud pro alio* en el que el contratista entrega unos depósitos inhábiles para el uso propio de su destino, y ello justifica la resolución del contrato de obra, pues implica la verdadera frustración de su economía; y como además se acreditó el daño emergente y el lucro cesante, se declara procedente también la indemnización de daños y perjuicios.

Análogamente, y ya fuera del ámbito de la resolución contractual *ex* artículo 1124, establece la STS 30 abril 1997 que el error en la cau-

Madrid, 1992. Lo cierto es que la doctrina, y en buena medida también el TS, han hablado ocasionalmente de “imputabilidad” del incumplimiento, de “causas imputables” al incumplidor, pero ello se ha hecho siempre en vía de máxima, paralelamente a otras afirmaciones en que se ha admitido la acción resolutoria frente a incumplimientos fortuitos o debidos a fuerza mayor. Y por otra parte, durante años el TS ha venido insistiendo en la necesidad de una “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento”, junto a unos “hechos obstativos que de modo absoluto impidan el cumplimiento”, doctrina que hoy se encuentra en entredicho. Por eso, acertadamente ha señalado DÍEZ-PICAZO que en este tema “coexisten tres líneas de pensamiento del Tribunal, que son inarmónicas entre sí: la que mantiene todavía la máxima de la voluntad deliberadamente rebelde; la que introduce una simple suavización o mitigación del rigor que al máxima supone en el enjuiciamiento de la voluntad de incumplimiento; y la que, finalmente, busca la objetivación en el tratamiento del incumplimiento resolutorio con independencia de la indicación de la voluntad del incumplidor, encontrando las condiciones objetivas que justifican la resolución en el mero hecho del incumplimiento o en la frustración del fin del contrato. De todo ello se puede extraer la conclusión de que, aunque no se puede todavía levantar el acta de defunción de la máxima sobre la voluntad deliberadamente rebelde, se pueda certificar una indudable crisis de tal doctrina” (*Fundamentos...*, cit., p. 718).

sa del contrato puede conllevar el ejercicio de acciones resolutorias, anulatorias o de desistimiento contractual, pero no la atribución del incumplimiento contractual a una de las partes ni por lo tanto la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con todos los remedios del acreedor anteriormente mencionados, dada la idéntica naturaleza resarcitoria de ambas indemnizaciones, la prevista por la normativa laboral a favor del trabajador para el caso de resolución del contrato de trabajo basado en el incumplimiento empresarial, resulta incompatible con la establecida por el artículo 1101 del CC: STS 3 abril 1997.

4.9. Retomando la pregunta que nos hacíamos en el párrafo 4.3, podemos extraer una importante *conclusión* de todo lo antedicho: puesto que la prestación del equivalente pecuniario constituye una forma subsidiaria de cumplimiento de la obligación, es lógica y, sobre todo, justa, su incompatibilidad con la resolución del contrato bilateral. Incompatibilidad que, por tanto e invirtiendo el argumento, demuestra que tal equivalente es cumplimiento y no indemnización. Aquel contratante que resuelve, siempre puede reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento (y, por ende, la resolución) le irroga; pero no la *aestimatio rei*, no el valor de la prestación que la otra parte incumplió: no es justo que además de obtener la liberación o la restitución de la prestación propia, se consiga también el valor de la prestación que incumbía al otro contratante, pues ello supondría una clara forma de legitimar un enriquecimiento sin causa. La resolución del contrato, fruto de la “acusada reciprocidad de las prestaciones” que integran el vínculo bilateral, obliga a conectar la liberación-restitución de una obligación con el *incumplimiento* de la otra, y nunca puede abocar a obtener, junto a dicha liberación-restitución, un cumplimiento forzoso de aquella que inicialmente fue infringida, por más que ese cumplimiento sea por equivalente, o se disfrace de indemnización de daños y perjuicios⁽¹³³⁾.

(133) Con vehemencia, pero también con toda claridad, lo ha expresado JORDANO FRAGA, pese a que el mismo mantiene un “concepto integral” de la indemnización de daños y perjuicios, comprensivo del equivalente pecuniario (que llama, erróneamente a mi juicio, *id quod interest*): “Mientras la pretensión de responsabilidad contractual postula, con arreglo al artículo 1101 del CC, el incumplimiento, esto es: una obligación *subsistente e infringida*... y sobre tal base es posible exigir tanto el cumplimiento no realizado (la prestación absolutamente insatisfecha, la parte que falta, la remoción de las inexactitudes descubiertas), *in natura o por equivalente* (esto último, en el caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor no cumplidor, en el que la obligación *también subsiste*, aunque con un contenido

5. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: LA PRESTACIÓN DEL “ID QUOD INTEREST”

5.1. *Su esencia conceptual.* Esta es la genuina responsabilidad civil, la “indemnización de los daños y perjuicios causados” al deudor como consecuencia de la mora o contravención de la obligación, y a la que está sujeto el acreedor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1101 del CC, siempre que se den determinadas condiciones de imputabilidad.

Hay algo que conviene dejar claro desde el principio⁽¹³⁴⁾: Lo que no es la responsabilidad contractual ni contiene el artículo 1101, en contra de lo que en ocasiones se ha dicho, es “la regulación legal de los efectos del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato”. O al menos, aquélla no es, y éste no contiene *todos* los efectos, sino que el precepto sólo se refiere a uno de los múltiples efectos del incumplimiento de las obligaciones: la responsabilidad civil *strictu sensu*, el resarcimiento del daño causado. En efecto, ya hemos visto cómo en caso de cada una de las diferentes lesiones del derecho de crédito, el ordenamiento jurídico ofrece al acreedor toda una serie de remedios o instrumentos, ora alternativos, ora cumulativos; y el derecho a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, cuando éstos existen, es uno más de esos remedios, casi siempre compatible con todos los demás; al menos, siempre compatible tanto con la pretensión de cumplimiento como con la resolución de la relación sinalagmática.

Como expuse en su día⁽¹³⁵⁾, este remedio indemnizatorio se produce siempre que se constata la contravención de la obligación con daño para el acreedor (y se cumple el necesario elemento de imputación al deudor), aunque es variable, según el tipo de lesión del derecho de

diverso al originario), como los demás daños que causalmente deriven del cumplimiento. En cambio, la resolución del contrato, al significar la ineficacia sobrevinida de éste, pero retrotraída al momento de su celebración (*ex tunc*), impide a la parte resolvente articular cualquier pretensión apoyada en el contenido obligacional del contrato, que, desde el momento de la resolución, se considera como no celebrado. Resuelto el contrato, decaídas *ab origine* las obligaciones que en él tenían su fuente, no resulta ya posible, con fundamento en una obligación *ahora* inexistente, pretender la prestación o su valor a que inicialmente (antes de resolver) se tenía derecho. Con la resolución, con la ineficacia sobrevinida del contrato sinalagmático, desaparecen tanto las obligaciones que éste generó como la posibilidad de actuarlas coactivamente, por ende” (“Comentario a la STS 23 octubre 1990”, cit., p. 1103).

(134) Así lo poníamos de relieve en nuestro comentario al artículo 1101 del CC en *Jurisprudencia Civil Comentada*, cit.

(135) Me remito de nuevo a mi *Cumplimiento por equivalente...*, cit., apdos. 3.5 y 3.6.

crédito, y también en función de la clase de interés del acreedor afectado y la decisión de éste a la hora de satisfacerlo, su compatibilidad-acumulabilidad respecto de cada uno de los otros remedios. Unas veces vendrá acompañando a la ejecución forzosa en forma específica, otras al cumplimiento por equivalente, y otras a la resolución del contrato sinalagmático; pero, como vemos y hemos venido argumentando en los epígrafes anteriores, la indemnización de daños y perjuicios es compatible con todos ellos.

5.2. *Su función resarcitoria.* Precisamente por ese motivo, debe quedar aquí clara cuál es la función de esta responsabilidad: el resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento. Como he venido expresando con reiteración⁽¹³⁶⁾, la función de la responsabilidad contractual es pura y exclusivamente indemnizatoria. Lo que excluye la función preventivo-punitiva de la misma⁽¹³⁷⁾. Así, en palabras de la STS 28 abril 1955, “la indemnización de los perjuicios no es una pena que se imponga a su causante y en cuya determinación influyan circunstancias personales ni objetivas, sino que es el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, y por ello, si el causante del perjuicio debe repararlo, tiene que hacerlo en su totalidad para que al restablecerse el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación”. También excluye, como vimos, la función de evitar el enriquecimiento del deudor por efecto de su incumplimiento.

Y, lo que para nosotros es más importante, tampoco tiene la responsabilidad contractual, se dice con acierto, función de reintegración por equivalente del derecho de crédito lesionado, ni una función sustitutiva o subrogatoria de la prestación incumplida, ni es una forma de cumplimiento equivalente de la prestación⁽¹³⁸⁾. Esa función sustitutiva, tan necesaria para el significado del concepto de obligación y que magníficamente cumple la estimación (artículos 482, 861, 863,

(136) *Vid.*, mi reciente trabajo *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, *passim*.

(137) Ya vimos cómo, desde la interpretación más extendida hoy en la doctrina y la jurisprudencia, los artículos 1103 y 1107 del CC no son ya una objeción a tal afirmación, excluyente de toda finalidad punitiva en la responsabilidad civil. Del tema me ocupé en “Prevención y reparación. Las dos caras del Derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.

(138) Así lo ha demostrado sobradamente PANTALEÓN, *Del concepto de daño...*, cit., p. 585.

886, 1062, 1136, 1147, 1150, 1185, etc. del CC), nunca puede ser satisfecha por la indemnización de daños y perjuicios. Ésta es inidónea para dicha función, y para la perpetuación obligatoria. Y ello, como se ha señalado agudamente⁽¹³⁹⁾, porque la subsistencia de la obligación supone: a) la permanencia del vínculo, con un único cambio del objeto (devenido imposible o inidóneo) por su valoración económica; b) la intangibilidad de la fuente obligatoria, y c) el mantenimiento del objeto; y la indemnización no cumple ninguno de ellos, pues tiene su fuente propia en los daños y en el factor de atribución, tampoco puede ocupar el lugar del objeto de la prestación, y además esa no es su función, sino la de compensar los daños que se han seguido del incumplimiento de la primitiva obligación.

Mientras los remedios que tienden al cumplimiento y a la resolución “garantizan” el crédito y, sobre todo los primeros, persiguen la satisfacción del interés de prestación del acreedor, la solución resarcitoria tiende a restablecer la economía del acreedor, a eliminar los efectos negativos que el incumplimiento (en el sentido más amplio de la palabra) ha acarreado sobre su patrimonio, intenta satisfacer su interés de indemnidad.

5.3. *La unidad funcional de la indemnización.* No podemos compartir la opinión⁽¹⁴⁰⁾ conforme a la cual la prestación del *id quod interest* cumple funciones diferentes, según que haya cumplimiento (tardío o defectuoso), en cuyo caso se le asigna una función *accesoria o adicional*, o que haya incumplimiento definitivo, en cuyo caso lleva aparejada una función *sustitutiva*. Éste es el problema. La indemnización de daños y perjuicios tiene siempre la misma naturaleza y función (lo que sí puede cambiar, y de hecho siempre es variable, es su contenido). La prestación del *id quod interest* es siempre de carácter adicional y resarcitoria, y nunca de cariz sustitutivo (respecto de la prestación incumplida, se entiende). Y ello porque la esencia de la obligación indemnizatoria no está en el incumplimiento, sino en el daño. Por eso, para definir tal obligación, importa poco que tal incumplimiento fuera de carácter transitorio o definitivo, que hubiera o no cumplimiento tardío, que fuese defectuoso o imposible. Lo importante es que haya un daño acreditado, que el mismo sea objetivamente imputable a la mora o contravención de la obligación, y

(139) BADOSA, *La diligencia...*, cit., ps. 864, 891 y 893.

(140) Sostenida por DELGADO, *Elementos...*, cit., *passim*, y ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., p. 206, y suscrita, al menos parcialmente, por DE ANGEL YAGÜEZ, *Comentario...*, cit., T. II, p. 46.

subjetivamente imputable —por el criterio de atribución que mejor nos parezca— al deudor.

5.4. *La extensión jurisprudencial del alcance funcional del resarcimiento.* Pese a todo lo que acabamos de señalar, y siguiendo a Carrasco⁽¹⁴¹⁾, cabe afirmar que la específica función resarcitoria de los daños consecuentes al incumplimiento de la obligación, que expresamente desarrolla el precepto, ha sido objeto de una importante extensión por la jurisprudencia:

Así, por una parte, esa función meramente indemnizatoria se ha visto ampliada para conceder al acreedor una verdadera acción de reparación *in natura*, cuando de la aplicación de la norma *ad hoc* sólo podría derivarse una acción de daños o de saneamiento. Frecuentemente, canalizando por el artículo 1101 las pretensiones dirigidas a la obtención de un determinado resultado externo obligando al deudor al cumplimiento correcto de aquello que hizo defectuosamente (STS 28 junio 1982). Y a tal fin, se contempla el contrato de compraventa como si de uno de obra se tratase, obligando al vendedor a garantizar un resultado útil de la cosa vendida, y por tanto a reparar o sustituir la misma hasta alcanzar el mismo; tal es el caso de la STS 29 enero 1983. Bien es cierto que, en otras ocasiones, por exigencia de las circunstancias, y para el caso de vicios ruinógenos en el contrato de obra, en lugar de condenar a la reparación *in natura* de los defectos constructivos, se concede —*ex art. 1101*— una indemnización de daños y perjuicios, cifrada justamente en el coste de las obras de reparación de tales defectos⁽¹⁴²⁾.

Otra vía de extensión funcional del artículo 1101 por la jurisprudencia se refiere a los casos en que la norma sólo concede una acción de saneamiento por vicios ocultos y, sobre la base del citado artículo, se concede la acción de resarcimiento integral, e incluso la resolución del contrato. Como señala la doctrina mencionada, unas veces se llega a dicha conclusión declarando la compatibilidad entre las acciones de saneamiento y las generales (STS 20 diciembre 1985), otras veces considerando lo que en principio no es más que entrega de cosa defectuosa como un verdadero *aliud pro alio*, y por tanto, un incumplimiento contractual (SSTS 10 junio 1983 y 14 diciembre 1983).

(141) CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, ps. 394 y ss. *Vid.*, también nuestro citado comentario al artículo 1101, y la jurisprudencia que allí se analiza.

(142) Es el caso, entre otras muchas, de la STS 8 noviembre 1993 (RJ Aranzadi 8971), que contemplaba la defectuosa impermeabilización de unas terrazas.

5.5. *La indemnización no es nunca cumplimiento.* Por mucho que, como hemos visto en el epígrafe anterior, se quiera ampliar el concepto funcional de la indemnización de daños y perjuicios, lo que indudablemente no se puede considerar es ésta como una forma más de cumplimiento (llámese subrogado, sustituto, equivalente o como se quiera) de la obligación. La prestación del *id quod interest*, o sea, la reparación de los daños y perjuicios causados (en el ámbito contractual, a consecuencia del incumplimiento de la obligación imputable al deudor) ni se parece a la realización de la prestación originaria. No tiene nada que ver con el cumplimiento (forzoso o voluntario, específico o por equivalente) de la obligación. Se trata de una nueva obligación, de contenido absolutamente diferente a la originaria, que nace precisamente a causa de la generación de unos daños, a su vez debidos al incumplimiento.

Al menos a partir de las ideas de Puig-Brutau, no se puede sostener ya una concepción de la responsabilidad contractual según la cual ésta parece verdadero *cumplimiento*, a menudo por equivalente, al estilo de la que mantenía el viejo *common law*: el *breach of contract* daba lugar *siempre* a la indemnización de daños, porque así se había prometido, porque en realidad el único contenido de la obligación contractual era precisamente indemnizar esos daños.

Por el contrario, la esencia de la prestación del *id quod interest* es muy otra. La causación de un perjuicio, del daño injusto, antijurídico, imputable objetivamente a la falta de cumplimiento, cuando, además, tal incumplimiento es subjetivamente imputable al deudor⁽¹⁴³⁾, constituye la base del nacimiento de una nueva obligación, diferente y añadida a la infringida⁽¹⁴⁴⁾, y cuyo contenido es únicamente el resarcimiento de dicho perjuicio. El pago de la indemnización es el cumplimiento de esta nueva obligación, y no una forma “equivalente” de cumplimiento de la obligación originaria, ni un subrogado de la misma.

Es bien sabido que estas últimas afirmaciones no son pacíficas en la doctrina, pues han sido muy variadas las explicaciones que los autores han venido dando al fundamento de la responsabilidad contrac-

(143) Ya hemos mostrado más arriba nuestra total coincidencia con esta idea, que exige la imputabilidad subjetiva del incumplimiento, sea por culpa-negligencia, sea por otros factores de atribución. Se trata de la posición más extendida en la doctrina (magníficamente representada en este punto por PANTALEON) y la unánimemente defendida por la jurisprudencia. No obstante, autorizadas voces, como la de JORDANO FRAGA, vienen propugnando lo contrario.

(144) BADOSA, *La diligencia...*, cit., p. 864.

tual, y las explicaciones que se han ofrecido respecto a la relación que existe entre incumplimiento y responsabilidad, así como las bases que fundamentan la obligación de responder⁽¹⁴⁵⁾: desde quienes cifran dicho fundamento en la propia realización del vínculo preexistente⁽¹⁴⁶⁾, o sea, en el propio incumplimiento, hasta quienes lo hacen en una supuesta obligación tácitamente pactada dirigida a la propia responsabilidad, pasando por quienes se basan en la culpa, o en el principio *pacta sunt servanda*, en la propia fuerza vinculante del contrato⁽¹⁴⁷⁾.

Huelga decir que éste no es el lugar adecuado para analizar la cuestión o pronunciarse sobre la misma. Y ello no ya por razones de espacio, sino además porque no es necesario a los efectos que nos interesan. Porque lo cierto es que la jurisprudencia, de manera prácticamente unánime⁽¹⁴⁸⁾, ha venido señalando que la obligación de indem-

(145) Puede verse un buen resumen de las mismas en CARRASCO, *Comentarios...*, cit., T. XV, vol. 1º, ps. 402 y ss., bajo la rúbrica “Naturaleza de la acción de indemnización”.

(146) JORDANO, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 30, donde precisamente distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual en que ésta supone la constitución de una nueva obligación que antes no existía, y la primera la realización de un vínculo obligatorio preexistente.

(147) PANTALEON, *Del concepto de daño*, cit., ps. 616 y ss., donde afirma: “La fuente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios contractuales es el contrato mismo, no la conducta culposa del deudor. Esta es la diferencia esencial entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Consecuencias:

-Respecto al *an respondatur*: el incumplimiento *dañoso* (¡es precisa la prueba del daño, como con toda corrección reitera nuestra jurisprudencia!) es por sí solo presupuesto constitutivo de la obligación de indemnizar. El acreedor no tiene que probar culpa alguna del deudor. Es éste el que tiene que probar su no-culpa para quedar exonerado de una obligación (¡la de indemnizar!) a que de otra forma quedaría sujeto sobre la base del principio *pacta sunt servanda* (ahí está la fuerza vinculante del contrato por la que con tanta razón clamaba PUIG BRUTAU). Caso fortuito (no-culpa, en el sentido de nuestro Código) existe únicamente cuando el incumplimiento se debe a un suceso con el que, *en el momento de la conclusión del contrato* y atendida la naturaleza de éste y las circunstancias de las personas, lugar y tiempo, el deudor no debía contar (imprevisible) o no le era exigible impedir o superar. Es en el momento de la celebración del contrato cuando se efectúa el reparto de riesgos de incumplimiento entre las partes (otra prueba más de la fuerza vinculante del contrato). Si culpa se interpreta en el sentido propio de la doctrina dominante, tiene toda la razón el profesor Díez-PICAZO cuando habla de una “zona intermedia” entre caso fortuito y culpa.

-Respecto al *quantum respondatur*: Este debe limitarse al *quantum* de daños y perjuicios previstos o previsibles al momento de celebración del contrato. Esto es, aquellos daños que en el momento de contratar pudieron entrar en consideración de personas razonables en situación idéntica a la de las partes”.

(148) Así lo he constatado en mi comentario al artículo 1101 en *Jurisprudencia Civil Comentada*.

nizar, la prestación del *id quod interest*, no puede basarse en el mero incumplimiento contractual, sino más bien en el daño derivado de dicho incumplimiento. Son expresivas las palabras de la STS 13 mayo 1997⁽¹⁴⁹⁾: “la indemnización de daños y perjuicios no necesariamente va unida al incumplimiento o cumplimiento anormal del contrato..., es necesario probar su existencia”⁽¹⁵⁰⁾. Y tan reiterada y clara doctrina jurisprudencial sólo se ve alterada en algunas ocasiones aisladas, en las que al TS aparentemente le basta con el incumplimiento para determinar la obligación de indemnizar, como si dicha contravención del contrato constituyese en sí misma un daño⁽¹⁵¹⁾. Pero en tales casos lo que sucede, más bien, a mi juicio es que cabe aplicar el principio *res ipsa loquitur*, por lo que del cumplimiento se deduce la existencia del daño sin necesidad de prueba adicional. Y ello no significa hacer abstracción o prescindir del daño, sino considerarlo “probado”, sobreentendido, y de innecesaria alegación⁽¹⁵²⁾.

5.6. *La esencial diferencia funcional entre aestimatio rei e id quod interest*. De las pocas ideas anteriormente expuestas en relación con la indemnización de daños y perjuicios, podemos ya extraer alguna im-

(149) RJ Aranzadi 3842.

(150) Análogamente, y por citar sólo algunas, se pronuncian las SSTS 8 febrero 1996 (RJ Aranzadi 1345), 19 noviembre 1996 (RJ Aranzadi 7923), 6 abril 1995 (RJ Aranzadi 3416), 4 octubre 1994 (RJ Aranzadi 7447), 3 mayo 1966 (RJ Aranzadi 2882), 3 marzo 1966 (RJ Aranzadi 1996), 28 octubre 1963 (RJ Aranzadi 2426), 16 enero 1962 (RJ Aranzadi 41), 30 noviembre 1961 (RJ Aranzadi 4446), 8 julio 1952 (RJ Aranzadi 1663), 12 junio 1947 (RJ Aranzadi 632), 2 junio 1931 (RJ Aranzadi 2063/1930-31), 2 julio 1926, etc. Incluso, la STS 24 enero 1959 (R.440), entre otras, razona la cuestión señalando que al deducir la existencia del perjuicio del incumplimiento por sí solo, “perdería la indemnización su natural carácter, adquiriendo el de una sanción penal”.

(151) Es el caso de las SSTS 24 enero 1975 (RJ Aranzadi 95), 9 mayo 1984 (RJ Aranzadi 2403), 24 junio 1984 (RJ Aranzadi 3438), 5 junio 1985 (RJ Aranzadi 3094), 30 septiembre 1989 (RJ Aranzadi 6393), 7 diciembre 1990 (RJ Aranzadi 9900), 22 octubre 1993 (RJ Aranzadi 7762) y 18 diciembre 1995 (RJ Aranzadi 9149). En esta última, “en los casos de incumplimiento contractual, *con lesiones patrimoniales* para la parte, y que ha sido provocado exclusivamente por una parte, efectivamente beneficiaria, tal incumplimiento ya determina, por sí mismo, la obligación de reparar, que surge así como una consecuencia natural e inevitable”. Luego la sentencia, en este caso, da por probada la existencia de “lesiones patrimoniales”, o sea, de daños.

(152) En palabras de las SSTS 15 junio 1992 (RJ Aranzadi 5136), 3 junio 1993 (RJ Aranzadi 4383) y 22 julio 1995 (RJ Aranzadi 5598), hay casos en que los daños y perjuicios —nótese que se refiere a éstos, y no a la responsabilidad contractual misma— derivan de modo necesario de la fuerza vinculante de los contratos, pues en ocasiones la existencia del daño resulta *ex re ipsa* del propio incumplimiento, como un fatal o necesario agravio de los intereses del acreedor.

portante conclusión en aras de la autonomía del equivalente pecuniario. Partiendo del concepto expresado, es inevitable afirmar la esencial diferencia funcional entre la prestación del equivalente pecuniario y la prestación del *id quod interest*.

Hemos podido demostrar, creo, que ambos remedios satisfacen intereses distintos del acreedor, y cumplen funciones diferentes. Por eso, no tiene sentido afirmar que cuando el deudor *cumple* la obligación a través del equivalente pecuniario —por no quedar otro remedio al haber devenido imposible la prestación principal, o ser ésta ya inidónea para el interés del acreedor—, estamos en presencia del remedio *responsabilidad* y no del remedio *cumplimiento*. Como ya hemos señalado, si se sostiene que cumplimiento e indemnización constituyen instrumentos distintos al servicio del acreedor, y que ambos —pretensión de cumplimiento forzoso, tardío o por equivalente y responsabilidad— son compatibles entre sí, necesariamente hay que concluir que el cumplimiento por equivalente debe incardinarse en el primero y no en la responsabilidad. Y es que ninguna utilidad tiene sostener un concepto de responsabilidad reducido a sus estrictos contornos indemnizatorios, y diferente del resto de remedios frente al incumplimiento, si luego se amplía su contenido hasta comprender en el mismo el *cumplimiento* por equivalente de la prestación devenida imposible o inidónea.

Si hemos negado la función “reintegradora” de la prestación del *id quod interest*, y descartado que la pretensión indemnizatoria sea un “subrogado” del derecho subjetivo lesionado, lo coherente será extraer de la indemnización lo que sí es reintegración, subrogación o equivalente. De lo contrario, todo el esfuerzo y el camino recorrido para depurar y filtrar la esencia funcional de la responsabilidad contractual, hasta llegar a su exclusiva finalidad resarcitoria, acaba resultando inútil, pues el empeño por fundir y confundir la *aestimatio* dentro de un global concepto de indemnización, vuelve a difuminar la verdadera función de la responsabilidad contractual.

La indemnización, ciertamente, no es un subrogado de la prestación que se ha tornado imposible. Pero la prestación de la *aestimatio rei* sí lo es. Y desde el momento en que consideremos a ésta como “parte” de un “todo”, que vendría constituido por esa global indemnización, y consideremos el equivalente pecuniario como una partida del *id quod interest*, la primera afirmación se viene abajo. La cuestión está bien clara: mientras se valore tal equivalente monetario (que no hace sino sustituir, subrogar el contenido de la prestación por su valor eco-

nómico) como una suerte de “indemnización parcial”⁽¹⁵³⁾, difícilmente podrá negarse o dejarse de atribuir a la indemnización una función (al menos) *parcialmente* reintegradora, o en cierto modo perpetuadora de la obligación⁽¹⁵⁴⁾. Y en suma, como decíamos, si queremos depurar el concepto estrictamente resarcitorio de la responsabilidad contractual, no podemos seguir llamando “indemnización” al equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible o inidónea.

(153) No otra cosa hay que entender cuando la doctrina señala que la *aestimatio rei* es la parte de un todo (el *id quod interest*). Recuérdese el pensamiento al respecto de PANTALEÓN y DELGADO.

(154) Por más que, como hace PANTALEÓN, se niegue la utilidad y vigencia de la *perpetuatio obligationis*.

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⁽¹⁾

SUMARIO: Introducción. 1. Los supuestos de lesión del crédito. 1.1. Hipótesis de “situaciones de no prestación”. 1.1.1. La imposibilidad sobreviniente de la prestación. 1.1.1.1. Imposibilidad originaria y sobreviniente. 1.1.1.2. Imposibilidad definitiva y temporal. 1.1.1.3. Imposibilidad total y parcial. 1.1.1.4. La prestación imposible. 1.1.1.5. La llamada teoría del riesgo. 1.1.2. El incumplimiento y el retardo. 1.1.2.1. Incumplimiento anticipado. 1.1.2.2. El retardo. 1.2. Hipótesis de “situaciones de prestación inexacta”. 1.2.1. Cumplimiento defectuoso. 1.2.1.1. La integridad material o ausencia de vicios. 1.2.1.2. Cualidades esenciales o prometidas. 1.2.1.3. Integridad jurídica y regularidad legal. 1.2.2. Cumplimiento parcial. 1.2.3. Cumplimiento tardío. 2. Los remedios frente a la lesión del crédito. Los remedios para el caso de retardo (o mora) y para el caso de incumplimiento. 2.1. La pretensión de cumplimiento. 2.2. La resolución por incumplimiento. Plazo suplementario para el cumplimiento. 2.3. El resarcimiento de daños.

INTRODUCCIÓN

Recientemente se han dado diversas tentativas de unificación internacional del derecho. Algunas han propugnado la elaboración de un *restatement* internacional de los principios generales del derecho de contratos. Así, podemos encontrar por un lado, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y, por el otro,

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Ha sido Director de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima.

los Principios de Derecho Europeo de los Contratos elaborado por la Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos.

El objetivo de los Principios de UNIDROIT “es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengán aplicados”⁽²⁾.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos son “un proyecto de código del contrato y de las obligaciones, que entiende proporcionar una disciplina común a los ciudadanos europeos, equidistante de cada una de las partes de un contrato, cualquier que sea su ordenamiento de origen”⁽³⁾.

El presente ensayo, escrito en homenaje al profesor Ricardo Lorenzetti, es un análisis comparativo de los remedios de tutela del contrato regulados en el Código Civil peruano, en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

1. LOS SUPUESTOS DE LESIÓN DEL CRÉDITO

La prestación está dirigida a satisfacer el interés del acreedor, que no es otra cosa que la necesidad de bienes y servicios⁽⁴⁾. Como señala Bianca “El interés que entra en el contenido de la relación es aquel que resulta del título. A falta de específicas indicaciones se pone de manifiesto el interés típico, es decir el normal interés directamente vinculado a la prestación”⁽⁵⁾. Así, por ejemplo, el interés típico de una prestación de dar es el de adquirir la posesión y la titularidad de un derecho

(2) Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Roma, 2001, p. viii.

(3) *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*. Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti. Parte I e II. Edizione italiana a cura di Carlo Castronovo. Milano: Giuffrè, 2001, p. xiii.

(4) Al respecto NICOLÓ señala: “el concepto de interés no es de por sí un concepto jurídico, sino que es un *prius* respecto al Derecho, un dato preexistente al ordenamiento, que será tomado de la Economía para ser más o menos considerado. Para definir el concepto de interés, es necesario, por ende recurrir a los conceptos de la ciencia económica” (NICOLÓ, Rosario. “Las situaciones jurídicas subjetivas”. En: *Advocatus*. N° 12, p. 106).

(5) BIANCA, Máximo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 41. En el mismo sentido CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Civile. II Le Obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 54.

sobre un bien que reúne las cualidades prometidas que lo hacen apto para la finalidad de la adquisición.

Se produce una lesión del interés creditorio cuando el comportamiento del deudor, apreciado desde una óptica objetiva, independiente de cualquier valoración o calificación de dicho comportamiento, no se ajusta al programa de prestación⁽⁶⁾.

Siguiendo a Díez-Picazo⁽⁷⁾ consideramos que son dos las formas básicas de la lesión del derecho de crédito: la primera es la situación de “no prestación” que es aquella en la cual el deudor no ejecuta la prestación debida (inejecución); y, la segunda, es la situación de “prestación inexacta”, donde el deudor realiza una conducta pero ésta no coincide con la prestación debida.

Como hipótesis de “situaciones de no prestación” identificamos: la “imposibilidad sobreviniente”, el “retardo” y el “incumplimiento”; como hipótesis de “prestación inexacta”, en cambio, identificamos: el cumplimiento parcial, el tardío y el defectuoso⁽⁸⁾.

La categorización anteriormente esbozada la encontramos recogida en el Código Civil. Así, por ejemplo, en el artículo 1314:

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Cuando el Código Civil habla de “inejecución” comprende todos las hipótesis de situaciones de no prestación, vale decir, la “imposibilidad sobreviniente”, el “retardo” y el “incumplimiento”. En estricto, entonces, “inejecución” no es sinónimo de “incumplimiento”; puede haber “inejecución” de la prestación que no suponga “incumplimiento”, tal es el caso del retardo.

Los “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales” del UNIDROIT⁽⁹⁾ (en adelante Principios UNIDROIT) utilizan la expresión “incumplimiento” en un sentido amplio que abarca todas las hipótesis de situaciones de “no prestación” y de situaciones de prestación inexacta. Así, el artículo 7.1.1 señala:

(6) Se habla de “programa de prestación” por cuanto la prestación es la programación ideal o intelectual de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Madrid: Civitas, 1996, p. 236).

(7) *Ibid.*, p. 569.

(8) *Ibid.*, ps. 673/674.

(9) Inst. Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT.

“El incumplimiento consiste en la falta de ejecución de una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío”.

Al respecto en los comentarios del artículo transcrito se dice: “... la definición de “incumplimiento” incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total. Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso”⁽¹⁰⁾.

En los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (en adelante Principios del Derecho Europeo) ocurre lo mismo. Así en los comentarios se señala: “En el sistema de los Principios se tiene incumplimiento cada vez que el deudor no cumple una de las obligaciones nacidas del contrato. El incumplimiento puede consistir en una prestación inexacta o en la falta de la prestación en el término previsto para el cumplimiento, sea que se trate de una prestación ejecutada anticipadamente, en retardo o nunca”⁽¹¹⁾.

1.1. Hipótesis de “situaciones de no prestación”

1.1.1. La imposibilidad sobreviniente de la prestación⁽¹²⁾

La prestación es posible cuando ella es abstractamente susceptible de ejecución, en tal sentido, será imposible cuando el obstáculo no se personalice exclusivamente en la persona del deudor, sino que lo sea para toda persona y en cualquier circunstancia⁽¹³⁾. La posibilidad debe ser física y jurídica, en el sentido que no deben subsistir ni impedimentos de hecho ni impedimentos de derecho al cumplimiento.

Exigir que la prestación sea posible supone reconocer restricciones a la libertad del hombre: la prestación debe ser físicamente posible pues una de las restricciones del hombre son las leyes de la física, en tal sentido, nadie puede obligarse a realizar una conducta que viole dichas leyes. La prestación debe ser jurídicamente posible pues otras

(10) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 159.

(11) *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, ob. cit., p. 403.

(12) Un sector de la doctrina italiana ha configurado la imposibilidad sobreviniente solamente como un límite a la responsabilidad del deudor. Ver al respecto CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Civile. II Le Obligazioni*, ob. cit., p. 371.

(13) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 650.

restricciones del hombre son las leyes del propio hombre. Hay conductas que siendo físicamente posibles encuentran restricciones en las leyes del propio hombre; en tal sentido, nadie puede obligarse a realizar una conducta que viole dichas leyes.

La imposibilidad, de acuerdo al momento de su ocurrencia, puede ser: originaria o sobreviniente. De acuerdo con su duración puede ser: definitiva o temporal. Conforme con su amplitud: total o parcial.

1.1.1.1. Imposibilidad originaria y sobreviniente

Se habla de imposibilidad originaria cuando la prestación es imposible al momento de constituirse (o mejor dicho de pretender constituirse) la relación obligatoria. En tal caso, de conformidad con el artículo 219 inciso 3 del Código Civil⁽¹⁴⁾, el acto (o negocio) jurídico (acto constituyente de la relación obligatoria), es nulo.

Se habla de imposibilidad sobreviniente cuando la prestación es posible al momento de constituirse la relación obligatoria pero se torna imposible antes de su ejecución.

1.1.1.2. Imposibilidad definitiva y temporal

Si la imposibilidad es definitiva (por causas no imputables a las partes) la relación obligatoria se extingue. Al respecto el primer párrafo del artículo 1316 del Código Civil señala:

“La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causas no imputables al deudor”.

Sin duda el primer párrafo del artículo 1256 del Código Civil italiano es más claro y preciso:

“La obligación se extingue cuando, por una causa no imputable al deudor, la prestación se torna imposible [...]”.

Si la imposibilidad de la prestación (por causas no imputables a las partes) es sólo temporal, el deudor incurre en retardo pero mientras se mantenga la imposibilidad no es responsable. La relación obligatoria perdura hasta que:

a) El deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o.

(14) “Artículo 219: El acto jurídico es nulo: [...] 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable...”.

b) El acreedor pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. En este caso la falta de interés del acreedor deberá ser evaluada según criterios de objetiva razonabilidad, en relación al contenido y a las circunstancias concretas del contrato.

La extinción opera de pleno derecho cuando se presenta cualquiera de las situaciones antes descritas. Mientras tanto, la relación obligatoria se suspende y el acreedor puede rehusar ejecutar la contraprestación, oponiendo la excepción de incumplimiento. En el caso de los contratos de duración, periódica o continuada, la imposibilidad temporal es imposibilidad parcial y deberá aplicarse la regla correspondiente a ésta última⁽¹⁵⁾.

Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1316 del Código Civil:

“[...] Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que el deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil [...]”.

Al respecto el segundo párrafo del artículo 1256 del Código Civil italiano señala:

[...] Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, mientras ella perdura, no es responsable por el retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta cuando, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no pueda mantenerse obligado a ejecutar la prestación o bien el acreedor no tenga más interés en conseguirla”.

Sacco y De Nova, en Italia, equiparan la imposibilidad temporal a la imposibilidad parcial y, por tanto, consideran que la resolución no se produce de manera automática sino que depende de un acto de recesso⁽¹⁶⁾. Trimarchi considera que la extinción de la relación obligatoria se produce de manera automática salvo cuando la pérdida del interés

(15) Ver en este sentido TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 227.

(16) SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. Tomo secondo. Torino: UTET, 1996, p. 653.

del acreedor en el cumplimiento no sea manifiesta, en tal caso, será necesaria una declaración de receso⁽¹⁷⁾ del acreedor⁽¹⁸⁾.

Bianca, en cambio, distingue según la imposibilidad temporal “1) extinga la obligación porque hace intolerable la prolongación del empeño debitorio o porque viene a menos el interés del acreedor al cumplimiento: en cuyos casos el contrato se resuelve automáticamente; o bien 2) haga venir menos un apreciable interés del acreedor al mantenimiento del contrato. En tal caso se impone la aplicación analógica de la norma que consiente a la parte de recesar el contrato seguido de la imposibilidad parcial de la prestación”⁽¹⁹⁾. El autor italiano pone el siguiente ejemplo: *Primus* debe realizar un viaje en un plazo dado, a causa de un impedimento sobreviniente el viaje puede ser realizado con seis meses de retardo. Corresponderá a *Primus* decidir si espera los seis meses o si recesa el contrato.

1.1.1.3. Imposibilidad total y parcial

La imposibilidad total hace completamente irrealizable el interés creditorio; la imposibilidad parcial impide en parte la realización de tal interés. La imposibilidad parcial da lugar a una *inexactitud cuantitativa* de la prestación⁽²⁰⁾.

Cuando la prestación del deudor deviene parcialmente imposible (por causas no imputables a las partes), el acreedor tiene derecho a la reducción de la contraprestación o a recesar el contrato en caso no tenga interés en la ejecución parcial o la prestación parcial no le sea útil. Si la cantidad que queda posible es despreciable, la hipótesis se asimila a la imposibilidad total y, por tanto, da lugar a la resolución del contrato. Como señala Trimarchi: “La línea de confín entre imposibilidad total e imposibilidad parcial se traza ahí donde no es razonable

(17) Respecto al receso ver BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786”. En: *Advocatus*, N° 19, 2009, ps. 291/321.

(18) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 228.

(19) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994, ps. 376/377.

(20) Debe distinguirse la imposibilidad parcial sobreviniente del deterioro del bien debido que supone una inexactitud cualitativa. Respecto al deterioro ver artículo 1138 del Código Civil. El último párrafo del artículo 1316 del Código Civil no distingue el caso cuando la imposibilidad parcial es imputable a las partes del caso en que no lo es, en tal sentido habrá que aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 1138 relativo al deterioro. Ver también respecto a la imposibilidad parcial el artículo 1433 del Código Civil.

que la parte que resulta aún posible pueda realizar, aún en parte, los fines del contrato”⁽²¹⁾.

El tercer párrafo del artículo 1316 del Código Civil señala:

“[...] También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiera”.

La contraprestación se reduce en la misma medida en la cual se ha reducido la prestación afectada por la imposibilidad.

Si bien el artículo citado no se refiere expresamente a la facultad de receso, parece claro que la resolución no se produce de manera automática sino sólo cuando el acreedor tome la iniciativa para hacerlo.

El artículo 1464 del Código Civil italiano es bastante explícito respecto a la facultad de receso a favor del acreedor:

“Cuando la prestación de una parte deviene sólo parcialmente imposible, la otra parte tiene derecho a una correspondiente reducción de la prestación por ella debida, y puede también recesar el contrato en caso que no tenga un apreciable interés al cumplimiento parcial”.

De acuerdo con Trimarchi la facultad de receso no puede ser ejercitada por el acreedor a su arbitrio, la razonabilidad puede quedar sujeta a control judicial, ello en la medida en que para recesar el contrato el acreedor no debe tener un apreciable interés al cumplimiento parcial⁽²²⁾.

Ni la imposibilidad temporal ni la parcial, por causas no imputables, a las que se refiere el artículo 1316 del Código Civil da lugar a problemas resarcitorios⁽²³⁾.

1.1.1.4. La prestación imposible

La prestación puede tornarse físicamente imposible como en el caso de la pérdida del bien tratándose de una relación obligatoria con

(21) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 224.

(22) *Ibid.*, p. 225.

(23) Igual ocurre en la doctrina italiana respecto a los artículos 1256 y 1464 del Código Civil italiano. Ver al respecto SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*, T. secondo, ob. cit., p. 655.

prestación de dar bien cierto⁽²⁴⁾. Así conforme al inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil:

“La pérdida del bien puede producirse:

1) Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial [...]”.

También se considera imposible (imposibilidad jurídica) la prestación de dar un bien cierto cuando de manera sobreviniente por ley o por disposición de la autoridad pública el bien queda fuera de comercio⁽²⁵⁾. Así en conforme al inciso 3 del artículo 1137 del Código Civil:

“La pérdida del bien puede producirse:

[...]

3) Por quedar fuera del comercio”.

Como señala Trimarchi “...el concepto de “imposibilidad” no puede ser entendido de manera absurdamente rigurosa, por tanto, la prestación de dar bien cierto también se torna imposible cuando su ejecución requeriría medios y esfuerzos que no serían razonables de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato (como, por ejemplo, la búsqueda de un reloj que debía ser entregado, pero se perdió en el fondo de un lago)”⁽²⁶⁾. En este aspecto también pueden jugar consideraciones de naturaleza ética o social, así el caso del trabajador con fiebre cuya asistencia al centro de labores puede ser físicamente posible, pero que su ausencia es considerada justificada y no genera responsabilidad⁽²⁷⁾. En el caso peruano lo encontramos en el numeral 2 del artículo 1137 del Código Civil⁽²⁸⁾:

“La pérdida del bien puede producirse:

[...]

(24) El automóvil debido queda destruido como consecuencia de un accidente automovilístico.

(25) Así la obligación de entregar un fármaco determinado que, de manera sobreviniente, por disposición de la autoridad administrativa, queda fuera de comercio.

(26) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 9.

(27) Loc. cit.

(28) Al respecto el artículo 1257 del Código Civil italiano establece:

“La prestación que tiene por objeto una cosa determinada se considera que deviene imposible también cuando dicha cosa ha desaparecido sin que pueda ser probado su perecimiento.

En caso que posteriormente sea reencontrada la cosa, se aplican las disposiciones del segundo párrafo del artículo precedente”.

2) Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él, o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar [...].”

Se considera un supuesto de imposibilidad sobreviniente el caso de la desaparición del bien que no pueda demostrarse su perecimiento; es decir, que la cosa desaparecida de la cual no pueda demostrarse su existencia es como si no existiera. A esta disposición se asimila el caso del hurto previa demostración de haber empleado los mecanismos de cautela aptas para prevenirlo⁽²⁹⁾. Si el bien es reencontrado posteriormente se aplican las reglas de la imposibilidad temporal⁽³⁰⁾.

El mismo Trimarchi advierte que “con el fin de evaluar la eventual imposibilidad de la prestación es fundamental en cada caso, la referencia a la definición contractual de la prestación debida. Si el taxista se ha obligado a transportarme hoy a una cierta ciudad de montaña y la única carretera posible ha sido interrumpida por un alud, la prestación se ha tornado imposible, aún si el transporte podría ser ejecutado por helicóptero; debida es, en efecto, la prestación contractualmente definida, y no cualquier otra prestación idónea a realizar el mismo resultado, pero que sea de naturaleza radicalmente distinta”⁽³¹⁾.

Como lo señala Trimarchi la imposibilidad “es manifiestamente una noción objetiva, independiente de dificultades, impedimentos subjetivos o circunstancias desafortunadas relativas a la programación y a la organización del deudor”⁽³²⁾ y luego agrega “el impedimento personal del deudor puede tener relevancia liberatoria sólo en el caso en el que la referencia a la persona del deudor sea elemento definidor de la prestación debida: por tanto puede ser liberatoria, por ejemplo, la enfermedad de quien se ha obligado a realizar una presentación artística o una prestación profesional personal”⁽³³⁾.

Se suele señalar que la imposibilidad debe ser absoluta y objetiva⁽³⁴⁾. La imposibilidad de la prestación se dice objetiva cuando no

(29) CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Civile. II Le Obligazioni*, ob. cit., p. 378.

(30) Ver en este sentido el artículo 1257 del Código Civil italiano.

(31) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 9.

(32) TRIMARCHI, Pietro. “Incentivi e rischi nella responsabilità contrattuale”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno LIV. N° 3. Maggio-Giugno, 2008, Padova: CEDAM, p. 350.

(33) *Ibid.*, p. 351.

(34) Ver BRECCIA, Umberto. “Le obbligazioni”. En: *Trattato di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 1991, ps. 463 y ss. RUSCELLO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Privato*. Volume Secondo. Le obbligazioni. Milano: Giuffrè, 2003, p. 28. *Diritto Civile*

sólo es imposible para el particular deudor, sino también lo es para cualquier otra persona en su lugar y en las mismas circunstancias. La objetividad de la imposibilidad determina que son irrelevantes las causas que conciernen sólo a la persona del deudor; es decir, son irrelevantes los casos de imposibilidad meramente subjetiva. La imposibilidad subjetiva es la que se personaliza en el deudor.

Sin embargo, hay excepciones. Son los casos en los cuales exista una conexión estrecha e indisoluble entre la persona del deudor, como ocurre comúnmente en el caso de los contratos *intuitu personae*⁽³⁵⁾. En tales supuestos, dado que el cumplimiento está estrechamente ligado a las cualidades personales de deudor⁽³⁶⁾, no pueden dejar de asumir relevancia las vicisitudes que interesan directamente al deudor.

La imposibilidad debe ser absoluta en el sentido “que el impedimento no puede ser superado de ninguna manera, cualquiera sea el esfuerzo que el deudor pueda hacer”⁽³⁷⁾, el carácter “absoluto” de la imposibilidad niega la relevancia de la simple *difficultas praestandi*.

1.1.1.5. La llamada teoría del riesgo

Para la economía el riesgo equivale a exponerse a la probabilidad de un resultado negativo. Para el Derecho el riesgo es la probabilidad de la ocurrencia de un hecho que cause consecuencias negativas; de tal manera que “asumir el riesgo” significa asumir las consecuencias negativas de dicho hecho en caso ocurra.

Para la doctrina jurídica peruana la “teoría del riesgo”⁽³⁸⁾ no supone un estudio unitario del riesgo en los contratos. De los muchos riesgos,

directo da Nocoló Limpari e Pietro Rescigno. Volume III Obbligazioni. I Il rapporto obbligatorio. Milano: Giuffrè, 2009, ps. 318 y ss.

(35) IACONO QUARANTINO, Maurizio. “L'impossibilità sopravvenuta”. En: *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale*, T. II. A cura di Pasquale Fava. Milano: Giuffrè, 2008, p. 948.

(36) “Artículo 1149. La prestación puede ser ejecutada por persona distinta al deudor, a no ser que del pacto o de las circunstancias resultara que esta fue elegida por sus cualidades personales”.

(37) CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di Diritto Civile. II. Le Obbligazioni*, ob. cit., p. 372.

(38) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984”. En: *Para Leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, ps. 177 y ss.

que pueden afectar una relación obligatoria, sólo se refiere al riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación⁽³⁹⁾.

El artículo 1316 del Código Civil se refiere a la única consecuencia que se genera de la imposibilidad sobreviniente de la prestación por causas no imputables a las partes en el caso de un contrato con prestación a cargo de una sola de las partes: la extinción de la relación obligatoria y la consecuente liberación del deudor. En tal caso acreedor asume el riesgo puesto que no recibirá la prestación.

Pero ¿Cuales son las consecuencias cuando estamos frente a relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas? Es decir, cuando existen prestaciones a cargo de ambas partes y una de ellas se torna imposible de manera sobreviniente.

El Código Civil se ocupa del tema en el Libro VI (Las Obligaciones) y en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones). En el Libro VII lo encontramos tanto en la Sección Primera (Contratos en General) como la Sección Segunda (Contratos Nominados), concretamente en el Título I relativo al contrato de compraventa⁽⁴⁰⁾.

En el Libro VI (Las Obligaciones) lo encontramos a propósito de las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto (artículo 1138 del Código Civil), de las relaciones obligatoria con prestación de hacer (artículos 1154, 1155 y 1156 del Código Civil) y en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer (artículo 1160 del Código Civil, que remite a los artículos 1154, primer párrafo, 1155 y 1156).

En el Libro VII lo encontramos tanto en la Sección Primera (Contratos en General) respecto a los contratos con prestaciones recíprocas (artículos 1431, 1432 y 1433 del Código Civil). Al ocuparse del contrato de compraventa se refiere a la transferencia del riesgo (artículos 1567, 1568, 1569 y 1570).

Acerca de las relaciones obligatorias con prestaciones recíprocas debe determinarse las consecuencias: (i) Respecto a la prestación que

(39) Esto también es advertido por Haro Seijas, José Juan. “¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada”. En: *Thémis, Revista de Derecho*. N0. 49, p. 1884.

(40) En nuestra opinión esto sólo muestra una pésima técnica legislativa. Es totalmente innecesario que el Código regule la llamada “teoría del riesgo” tantas veces, hubiera bastado hacerlo en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) en la Sección Primera (Contratos en General). Resulta por lo demás interesante tener en cuenta que ni los Principios UNIDROIT ni los Principios del Derecho Europeo se refieren al tema.

se torna imposible; (ii) Respecto a la prestación que aún es posible; y (iii) Respecto a los daños que causa la imposibilidad.

(i) Consecuencias respecto a la prestación que se torna imposible (riesgo de la prestación)

Al tornarse imposible la prestación el deudor queda liberado.

(ii) Consecuencias respecto a la prestación que aún es posible (riesgo de la contraprestación)

La prestación que aún es posible (la contraprestación) ¿debe ser ejecutada? Si la contraprestación debe ser ejecutada significaría que el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación es asumida por el acreedor de la prestación imposible (*periculum est creditoris*) puesto que el acreedor de la prestación imposible deberá ejecutar la prestación a su cargo a pesar que no recibirá la prestación a la que tiene derecho. Si la contraprestación no debe ser ejecutada significaría que el riesgo de la imposibilidad sobreviniente de la prestación es asumida por el deudor de la prestación imposible (*periculum est debitoris*) puesto que el deudor de la prestación imposible no recibirá la prestación a la que tiene derecho.

Para determinar quién asume el riesgo de la imposibilidad de la prestación lo usual es atribuir el riesgo con un factor subjetivo: la culpa.

Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por causas imputables al deudor de dicha prestación, el deudor de la prestación imposible pierde el derecho a la contraprestación (*periculum est debitoris*).

Si la imposibilidad sobreviniente de la prestación se produce por causas imputables al acreedor de dicha prestación, el deudor de la prestación imposible mantiene el derecho a la contraprestación; es decir, el acreedor debe ejecutar la prestación a pesar que no recibirá la prestación que se tornó imposible (*periculum est creditoris*).

El segundo párrafo del artículo 795 del Código Civil portugués señala⁽⁴¹⁾:

(41) Texto similar al inciso 3 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1155 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer. Segundo párrafo del artículo 1432 del Código Civil referido a los contratos con prestaciones recíprocas.

“[...]”

1. Si la prestación se torna imposible por causas imputables al acreedor, no queda éste desobligado de la contraprestación; pero si el deudor tuviera algún beneficio con la exoneración, será el valor del beneficio descontado de la contraprestación”.

¿Qué criterio se utiliza cuando la prestación se torna imposible por causas no imputables a las partes?

El legislador atribuye las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente a quien se encuentra en mejor posición para evitar la imposibilidad. En tal sentido, en principio, es el deudor quien está en mejor posición para evitar la imposibilidad de la prestación. Por ello el deudor de la prestación imposible pierde el derecho a la contraprestación (*periculum est debitoris*).

El primer párrafo del artículo 795 del Código Civil portugués dispone⁽⁴²⁾:

“1. Cuando en el contrato bilateral una de las prestaciones se torna imposible, queda el acreedor desobligado de la contraprestación y tiene el derecho, si ya la hubiere realizado, de exigir su restitución en los términos prescritos para el enriquecimiento sin causa.

[...]”.

(iii) Consecuencias respecto a los daños que causa la imposibilidad.

Al tornarse imposible de manera sobreviniente la prestación, se produce un supuesto de lesión de crédito, por tanto si la imposibilidad se genera por causas imputables al deudor, éste queda obligado al resarcimiento de los daños que dicha lesión cause al acreedor.

El artículo 801 del Código Civil portugués establece lo siguiente⁽⁴³⁾:

(42) Texto similar al inciso 5 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1156 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer. Artículo 1431 del Código Civil referido a los contratos con prestaciones recíprocas.

(43) Texto similar al inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto. Artículo 1154 del Código Civil referido a las relaciones obligatorias con prestación de hacer y no hacer. Primer párrafo del artículo 1432 del Código Civil referido a los contratos con prestaciones recíprocas.

“1. Tornándose imposible la prestación por causa imputable al deudor, es éste responsable como si faltase culposamente al cumplimiento de la obligación.

2. Teniendo la relación obligatoria como fuente un contrato bilateral, el acreedor, independientemente del derecho a la indemnización, puede resolver el contrato y, si ya hubiera ejecutado su prestación, a exigir la restitución de ella por entero”.

1.1.2. El incumplimiento y el retardo

La distinción entre “incumplimiento” y “retardo” está determinada por la subsistencia del interés del acreedor en la ejecución, si bien tardía, de la prestación. Si la prestación no se ejecuta oportunamente (es decir si se inejecuta) y el acreedor mantiene interés en su ejecución, aún si tardía, entonces, el deudor incurre en “retardo”. Si el acreedor ya no tiene interés en la ejecución tardía de la prestación, entonces el deudor incurre en “incumplimiento”.

1.1.2.1. Incumplimiento anticipado

El legislador peruano ha previsto la hipótesis en la cual el deudor “manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación” sólo a propósito de la constitución en mora, incluyéndola dentro de los casos en que ésta se produce de manera automática (inciso 3 del artículo 1333 del Código Civil⁽⁴⁴⁾). La jurisprudencia italiana, teniendo en cuenta el numeral 2 del artículo 1219 del Código Civil italiano⁽⁴⁵⁾, se ha pronunciado en el sentido que el acreedor puede recurrir a la resolución del contrato por incumplimiento, cuando el deudor manifieste su voluntad de no querer cumplir⁽⁴⁶⁾. Al respecto Giorgianni señala: “El problema en nuestra opinión, puede ser puesto sobre más amplias bases, hasta comprender no sólo la “declaración” de no querer cumplir, sino en general el comportamiento del deudor apto para indicar que no quiere

(44) “Artículo 1333. [...]”

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

[...] 3. *Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación...*”.

(45) “Artículo 1219. [...]”

No es necesaria la constitución en mora:

[...] 2) *Cuando el deudor ha declarado por escrito que no quiere cumplir la obligación...*”.

(46) Para DE LA PUENTE y LAVALLE en el Perú el caso en que el deudor declara que no ejecutará la prestación a su cargo no puede tomarse como un incumplimiento prematuro (DE LA PUENTE y LAVALLE. *El Contrato en General*, T. II. Lima: Palestra, 2007, p. 386).

o no puede cumplir. En dichas hipótesis el deudor puede considerarse incumpliente de manera definitiva”. Y luego añade: “A igual conclusión debe arribarse también en el caso en el cual tal declaración o tal comportamiento se hubieran manifestado antes del vencimiento del plazo: no nos parece, en efecto, justificado que el acreedor deba esperar el vencimiento del plazo para poner en marcha los remedios frente al incumplimiento (la resolución del contrato) que le consienten de sustraerse de un vínculo ya inútil. Tal situación permite, además, de no agravar ulteriormente la posición del mismo deudor”⁽⁴⁷⁾.

En cuanto a la resolución del contrato el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante Convención) establece:

“La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a las partes”.

Sin perjuicio del texto citado, debe tenerse en cuenta que la Jurisprudencia relativa a la Convención ha señalado, con relación al artículo 26 de la Convención lo siguiente:

[...] la comunicación de la resolución no es necesaria cuando un vendedor ha declarado “inequívoca y definitivamente” que no cumplirá sus obligaciones, dado que, en esa situación, la comunicación sería una “mera formalidad”, la fecha de la resolución podría establecerse a partir de la declaración de la intención de no cumplir, y la exigencia de una comunicación de resolución contravendría la disposición del párrafo 1 del artículo 7 de interpretar la Convención de modo que se promueva la observancia de la buena fe en el comercio internacional”⁽⁴⁸⁾ (el subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse de acuerdo con la Convención la declaración “inequívoca y definitiva” que no cumplirá sus obligaciones, conlleva un supuesto de incumplimiento y da lugar a la resolución automática del contrato.

El Artículo 7.3.3 de los Principios UNIDROIT, se refiere al “incumplimiento anticipado” y al respecto dispone:

“Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato”.

(47) GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 179.

(48) Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/digests/article026.pdf.

En los comentarios del artículo citado se dice: “Una ilustración de incumplimiento anticipado se presenta cuando una parte declara que no cumplirá el contrato. Las circunstancias también pueden indicar que se ha de tratar de un incumplimiento esencial”⁽⁴⁹⁾.

Del mismo modo el artículo 9:304 de los Principios del Derecho Europeo establece:

“Una parte puede resolver el contrato también cuando antes del vencimiento, sea evidente que la otra parte incumplirá de manera esencial”.

1.1.2.2. El retardo

Para poder hablar de retardo es necesario que la prestación sea susceptible de cumplirse tardíamente. Esta susceptibilidad está supe-
ditada a la posibilidad de la prestación y al mantenimiento del interés del acreedor. Así, por ejemplo, en el caso de una prestación sujeta a plazo esencial subjetivo⁽⁵⁰⁾, llegado el término sin que el deudor ejecute la prestación, habrá incurrido en incumplimiento y no en retardo. El término se considera esencial cuando la ejecución tardía de la prestación resulta inútil para el acreedor luego de su vencimiento.

El inciso 2 del artículo 1333 del Código Civil parece contradecir lo señalado. En efecto, el inciso y el artículo citado señalan:

[...] No es necesaria la intimación para que la mora exista:

[...]

3. Cuando la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. [...].”

Este inciso tiene como fundamento el numeral 2 del artículo 1,100 del Código Civil español⁽⁵¹⁾. Díez-Picazo advierte la aparente contra-

(49) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 193.

(50) Es aquel plazo donde la esencialidad es explícitamente prevista y querida por las partes. Ver al respecto PROTO, Massimo. *Termine essenziale e adempimento tardivo*. Milano: Giuffrè, 2004. SARACINI, Eugenio. *Il termine e le sue funzioni*. Milano: Giuffrè, 1979.

(51) “*Incurrer en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.*

No será, sin embargo, necesaria la intimidación del acreedor para que la mora exista:

[...]

2.jj Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación....”.

dicción y señala: "...no se puede referir a los casos de "término esencial", entre otras razones porque en tales casos no es ni siquiera posible la mora, ya que para que la mora exista, como hemos dicho, es menester que el deudor no haya cumplido, y que la prestación continúe siendo posible y útil para satisfacer el interés del acreedor. En los casos de término esencial, pasado el término, la prestación no es ya posible y, por consiguiente, no hay mora"⁽⁵²⁾ y luego agrega: "Más probable parece por ello sostener que el art. 1.100. 2º se refiere a supuestos en que, pactado de forma expresa o instituido tácitamente, el cumplimiento debe hacerse sin dilación, sin tardanza"⁽⁵³⁾.

La mora supone un retardo pero no todo retardo supone mora. En efecto, la "mora" conlleva un juicio de responsabilidad; es decir, una valorización de la conducta del deudor. El retardo constituye sólo el elemento objetivo, la mora es un retardo imputable al deudor. Como señala Bianca: "La mora es por lo tanto una noción distinta respecto a la de retardo, en el sentido que el retardo indica la *fattispecie* objetiva de la inobservancia del término mientras la mora indica el retardo del cual el deudor es responsable"⁽⁵⁴⁾.

La doctrina clásica, defendiendo la mora "*ex persona*", ha considerado que si el acreedor no requiere la ejecución de la prestación; es decir, no intimida al deudor, es debido a que el retardo no le causa perjuicio. Se considera en ese caso que tácitamente se ha prorrogado el plazo. Al respecto Osterling Parodi señala: "Vencida la obligación, si el acreedor no la exige, demuestra con ello que el retardo no lo afecta. Se estima, por tanto, que tácitamente está prorrogando el plazo"⁽⁵⁵⁾. No compartimos esta posición. Para nosotros, bajo el sistema de la mora "*ex persona*", si el deudor no ejecuta la prestación al vencimiento del término incurre, objetivamente, en una situación de retardo, no hay prórroga del plazo, se ha producido una lesión del crédito.

En los supuestos de mora automática, en cambio, la situación de mora se produce al vencimiento del plazo. En este caso no es posible distinguir la situación de retardo de la situación de mora: automáticamente habrá mora.

(52) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 634.

(53) *Ibid.*, p. 635.

(54) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*, ob. cit., p. 83.

(55) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. 8ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 257.

El artículo 1333 del Código Civil adopta como regla la mora *ex persona* y excepcionalmente la mora automática. Algunos juristas, sin embargo, sostienen que el artículo 63 del Código de Comercio, que consagra la mora automática para las obligaciones sujetas a plazo, mantiene su vigencia. En este sentido, Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan: “El Derecho Peruano mantiene una doble regulación en torno al tema de la mora, ya que la misma se halla legislada en el Código de Comercio, promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984... Los preceptos citados del Código de Comercio se encuentran vigentes, ya que no han sufrido modificatoria ni derogatoria alguna a lo largo de más de un siglo desde que promulgaron”⁽⁵⁶⁾.

De la misma opinión es Morales Acosta que refiriéndose a los artículos 62 y 63 del Código de Comercio y luego de un detenido análisis concluye: “En consecuencia, estas disposiciones no habrían sido derogadas por el artículo 1353 del Código Civil, como que en efecto, no existe norma alguna en la sección de reglas generales de contratos que sustituya la regulación de aquellos supuestos”⁽⁵⁷⁾.

El artículo 63 del Código de Comercio establece:

“Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

1. En los contratos que tuvieran día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.
2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intime la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público”.

Entre quienes consideran que el artículo 1353 del Código Civil ha derogado tácitamente toda la materia de las disposiciones generales de la Sección Cuarta del Libro I del Código de Comercio, y por tanto, el artículo 63, encontramos a De la Puente y Lavalle quien señalaba: “Dado que el Derecho comercial es una rama del Derecho privado, y refiriéndose al artículo 1353 del Código Civil a los contratos de De-

(56) OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE; Mario. “Tratado de las Obligaciones”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Volumen XVI. Cuarta Parte, T. XIV. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, ps. 2049/2050.

(57) MORALES ACOSTA, Alonso. *Los grandes cambios en el Derecho privado Moderno*. Lima: Revista de Derecho de la Empresa. Asesorandina Editores, 1990, ps. 238 y ss.

recho privado en general, sin prever excepción alguna respecto a la naturaleza de éstos, pienso que se ha producido una derogación tácita de la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio, tanto más cuanto que el artículo I del Título Preliminar del Código Civil dispone que la derogación de una ley se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta está íntegramente regulada por aquélla”. Y agrega: “Es evidente que si el Código Civil establece que sus disposiciones generales sobre contratos son aplicables a todos los contratos de Derecho privado, existe no sólo incompatibilidad entre estas disposiciones y las de los contratos comerciales, que en los casos mencionados en el párrafo anterior difieren de aquéllas, sino también, y muy especialmente, la materia de las disposiciones generales sobre los contratos de comercio ha sido íntegramente regulada por las disposiciones generales de los contratos civiles, que son aplicables a todos los contratos de Derecho privado, de tal manera que todos estos contratos tienen ahora las mismas disposiciones generales”. Y concluye: “Esto determina que no sólo sean ineficaces aquellas disposiciones generales sobre los contratos de comercio que se opongan a las disposiciones generales de los contratos civiles, sino que la ineficacia abarca a toda la materia de las disposiciones generales de la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio, que ha quedado derogada tácitamente por el artículo 1353 del Código Civil, en aplicación de la última parte del artículo I del Título Preliminar de este Código”⁽⁵⁸⁾.

Comparte esta posición Hundskopf Exebio: “Para un sector importante de los juristas nacionales, posición que el suscrito comparte, se ha producido una derogación tácita de los artículos 50 al 63 del Código de Comercio, teniéndose en consideración que de conformidad con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la derogación de una ley se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla”⁽⁵⁹⁾.

En nuestra opinión debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil:

“La ley se deroga sólo por otra ley.

(58) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, T. I, Lima: Pa-lestra, 2003, ps. 174/175.

(59) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Derecho Comercial. Nuevas Orientaciones y Temas Modernos*, T. II. Lima: Universidad de Lima, 1994, p. 22.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

Teniendo en cuenta la norma citada, es evidente que no se ha producido una derogación del artículo 63 del Código de Comercio por declaración expresa tal como sí ocurrió respecto a los artículos del Código de Comercio señalados en el artículo 2112 del Código Civil. En tal sentido debe determinarse si la derogación se produjo: i) por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior; o ii) porque la materia de la ley anterior está íntegramente regulada por la nueva ley.

Respecto a la derogación tácita Cárdenas Quirós señala: “...es más propio considerar que la derogación tácita sólo resulta de la existencia de una incompatibilidad absoluta entre la norma nueva y la antigua, que determina la supresión de ésta, sin mediar un pronunciamiento explícito en torno a la derogación de la misma”⁽⁶⁰⁾. Ducci en este mismo sentido dice: “...la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley. Lo anterior determina la dificultad de establecer a veces si ha existido derogación tácita, porque para ello debe existir incompatibilidad entre preceptos cuyos presupuestos coinciden, es decir, es necesario determinar si existe contradicción entre ellos y no una simple discrepancia”⁽⁶¹⁾.

Se da incompatibilidad entre normas como advierte Espinoza Espinoza citando a Tarello: “...cuando los efectos jurídicos que las dos normas imputan al mismo supuesto de hecho son incompatibles”⁽⁶²⁾.

Los autores que consideran que se ha producido una derogación tácita del artículo 63 del Código de Comercio señalan que esta se ha producido por el artículo 1353 del Código Civil el cual establece lo siguiente:

(60) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Modificación y derogación de las normas legales*. Lima: ARA, 1999, p. 46.

(61) DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Tercera Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 55.

(62) TARELLO, Giovanni citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 46.

“Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resultan incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

El artículo citado señala expresamente que todos los contratos de derecho privado, típicos o atípicos, se encuentran regulados por “las reglas generales contenidas en esta sección”, la sección a la que se refiere el artículo bajo comentario es la Sección Primera (“Contratos en General”) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones).

En tal sentido, resulta claro que las reglas generales contenidas en la Sección Primera (“Contratos en General”) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones) del Código Civil habrán derogado aquellas reglas generales que se encuentran en el Código de Comercio y que resulten siendo *incompatibles*. Esto significa, entonces, siguiendo las ideas de Cárdenas Quirós y Ducci Claro anteriormente citados, que las reglas generales contenidas en el Código de Comercio que no resulten siendo incompatibles con las reglas de la Sección Primera (“Contratos en General”) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones) del Código Civil se mantienen vigentes. Se habría producido así no una derogación total sino una parcial de la Sección Cuarta (Disposiciones Generales de los Contratos de Comercio) del Libro Primero del Código de Comercio.

En efecto, el artículo 63 del Código Comercio no tiene incompatibilidad alguna o, en otras palabras, no entra en pugna con ningún artículo de la Sección Primera (“Contratos en General”) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones) del Código Civil. El artículo 1333 del Código Civil, que regula la mora del deudor, se encuentra en el Capítulo Segundo, del Título IX, de la Sección Segunda del Libro VI del Código Civil.

En nuestra opinión, entonces, no se ha producido una derogación del artículo 63 del Código de Comercio sobre la base de considerar que “la materia de la ley anterior, Código de Comercio, ha sido íntegramente regulada por la nueva ley; es decir, la Sección Primera (“Contratos en General”) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones) del Código Civil”, ello porque esta Sección Primera, precisamente, no regula la mora del deudor.

Coincidimos pues con Osterling Parodi y Castillo Freyre para quienes en el ordenamiento jurídico peruano existe una doble regulación en torno al tema de la mora: la prevista en el Código Civil y la prevista en el Código de Comercio.

Por tanto será de aplicación el artículo 63 del Código de Comercio cuando estemos frente a un acto de comercio, es decir, frente a un contrato celebrado por comerciantes en el sentido del artículo 1 del Código de Comercio.

Los Principios UNIDROIT y los Principios del Derecho Europeo consagran la mora automática. En efecto, respecto a las relaciones obligatorias con prestación dineraria el párrafo (1) del artículo 7.4.9 de los Principios UNIDROIT establece:

“Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago [...]”.

Como se señala en los comentarios a dicho artículo: “Los intereses deben ser abonados siempre que el retardo en el pago se atribuya a la parte incumplidora y a partir del momento en que la deuda es exigible, sin ninguna necesidad de que la parte perjudicada notifique la falta de dicho pago”⁽⁶³⁾.

Siempre respecto a las relaciones obligatorias con prestación dineraria el párrafo (1) del artículo 9:508 de los Principios del Derecho Europeo señala:

“En caso de retardo en el pago de una suma de dinero, el acreedor tiene derecho a los intereses sobre dicha suma al vencimiento de la deuda al momento del pago [...]”.

1.2. Hipótesis de “situaciones de prestación inexacta”

Para determinar si se ha producido el pago y por tanto, sus plenos efectos liberatorios debe establecerse en cada caso concreto si se ha ejecutado la prestación debida, por lo que debe confrontarse la conducta prevista en el programa de prestación y la conducta realizada u ofrecida por el deudor.

De acuerdo con Díez-Picazo para que el pago “despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, debe concurrir una serie de requisitos, que se refieren a los sujetos que lo realizan, al objeto y a las circunstancias de tiempo y lugar que lo rodean”⁽⁶⁴⁾. Así podemos señalar:

(63) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 214.

(64) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. Segundo, ob. cit., p. 478.

1) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (*solvens*⁽⁶⁵⁾) y en la persona que lo recibe (*accipiens*⁽⁶⁶⁾).

2) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.

3) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

La inexactitud cuando se refiere al objeto de la prestación supone una contravención al principio de identidad, indivisibilidad o integridad del pago.

1.2.1. *Cumplimiento defectuoso*

El deudor debe entregar la misma cosa o ejecutar la misma conducta prevista en el programa de prestación. Al respecto el artículo 1132 del Código Civil establece:

“El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque sea de mayor valor”.

Como puede apreciarse el acreedor puede rechazar justificadamente el ofrecimiento de pago si existe una divergencia entre el bien debido (la prestación debida) y el bien ofrecido (la prestación ofrecida), incluso si éste fuera de mayor valor. Como advierte Díez-Picazo: “El valor económico de la prestación es intrascendente. El requisito necesario es la identidad”⁽⁶⁷⁾.

Cuando se trata de una obligación genérica, es decir, aquella relación obligatoria con prestación de dar en la cual el bien que es objeto de la prestación se encuentra determinado únicamente a través de su pertenencia a un género y a la cantidad⁽⁶⁸⁾, el cumplimiento del principio de identidad se dará cuando se entregue el bien correspondiente a ese género que haya sido elegido por quien goza de dicha facultad⁽⁶⁹⁾.

(65) Los legitimados para realizar el pago.

(66) Los legitimados para recibir el pago.

(67) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 500.

(68) “Artículo 1142. Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad”.

(69) Ver el artículo 1143 del Código Civil.

Si bien el artículo 1132 del Código Civil está ubicado dentro de las relaciones obligatorias con prestación de dar bien cierto, debe tenerse en cuenta que el principio de identidad comprende cualquier tipo de prestación. En tal sentido resulta más apropiado el artículo 1.166 del Código Civil español:

“El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

Si el acreedor acepta recibir una prestación distinta a la debida estaríamos dentro del supuesto de la dación en pago conforme lo previsto en el artículo 1265 del Código Civil:

“El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.

El deudor debe ejecutar la conducta prevista en el programa de prestación y en el caso de las relaciones obligatorias con prestación de dar esto se traduce en la entrega del bien debido. Como señala Bianca “el bien debido es el bien que el deudor debe entregar al acreedor en propiedad o en goce. El bien debido constituye objeto de la prestación y su determinación concurre por tanto a determinar la prestación debida”⁽⁷⁰⁾. El principio de identidad comprende:

1.2.1.1. La integridad material o ausencia de vicios

El vicio es una imperfección material que incide en el valor o en la utilidad del bien⁽⁷¹⁾. El deudor está obligado a entregar al acreedor los bienes sin vicios que disminuyan su valor o que no los hagan idóneos al uso que son destinados. La idoneidad al uso es la normal adecuación de los bienes a su función.

Ahora bien, la aceptación es el acto mediante el cual el *accipiens* recibe la prestación con efecto liberatorio para el deudor. De acuerdo con Bianca es requerida cuando el cumplimiento implica la entrega de un bien o la realización de un servicio en la esfera personal o patrimonial del acreedor. En estos casos la necesidad de la aceptación responde a una exigencia de control pero también de libertad del acreedor, el

(70) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*, ob. cit., p. 100.

(71) Loc. cit.

cual no puede ser constreñido para adquirir bienes y servicios contra su voluntad⁽⁷²⁾.

La aceptación se perfecciona con la voluntaria aprehensión del bien o del servicio ofrecido por el *solvens*. No se requiere declaración y mucho menos una declaración por escrito. La declaración de aceptación por escrito tiene relevancia como prueba documental de que el pago ha sido realizado y aceptado y en este caso constituye un recibo.

La aceptación de la prestación está usualmente precedida por la verificación. La verificación es la operación por la cual se confirma que la prestación ofrecida se ajusta a la prestación debida. Como señala Giorgianni en cualquier tipo de obligación el acreedor, al momento del cumplimiento, tiene el derecho a verificar la prestación ofrecida para comprobar que ésta corresponde a la debida y que no tiene imperfecciones o vicios⁽⁷³⁾. El *solvens* tiene el deber de permitir la verificación por el *accipiens*.

El control preventivo de la prestación por el *accipiens* es tutelado mediante un *derecho de verificación*, el cual es, en algunos casos, previsto por la ley, ejemplo: en el artículo 1777 del Código Civil referido al contrato de obra⁽⁷⁴⁾.

La verificación es además una carga del *accipiens*, es éste quien tiene el interés de realizar la verificación puesto que es la manera que conocerá las eventuales inexactitudes de la prestación ofrecida⁽⁷⁵⁾. Realizar la verificación le permite al *accipiens* rechazar legítimamente la prestación⁽⁷⁶⁾. La falta de diligencia del acreedor determina que éste pierda la facultad de rechazar la prestación y que, correlativamente, se produzca la liberación del deudor⁽⁷⁷⁾.

(72) *Ibid.*, p. 369.

(73) GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, ob. cit., p. 82.

(74) "Artículo 1777. El comitente tiene derecho a inspeccionar, por cuenta propia la ejecución de la obra..."

(75) En este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1988, p. 224. También considera que es una carga DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 667.

(76) Es una facultad del acreedor la de rehusar los cumplimientos inexactos (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., p. 104).

(77) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, ob. cit., ps. 224/225.

La aceptación de la prestación cualitativamente inexacta tiene el valor de aquiescencia si el acreedor es consciente de su inexactitud o si ésta es fácilmente advertible, vale decir, cuando la inexactitud es aparente. La aquiescencia es en general la tolerancia definitiva de un pago inexacto⁽⁷⁸⁾. Esta tolerancia se presume cuando el *accipiens* acepta siendo consciente de la inexactitud de la prestación. Tal aceptación significa que el acreedor se contenta con la prestación y no la contestará. La aceptación sana los vicios y hay un cumplimiento liberatorio, ello importa la pérdida de los remedios frente a la lesión del crédito.

Es necesaria una reserva del acreedor para excluir la presunción de aquiescencia.

El deudor queda exonerado de responsabilidad, si el acreedor acepta sin protesta ni reserva alguna prestación que él conocía como inexacta o cuya inexactitud debió descubrir actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias (no verifica pudiendo hacerlo).

En síntesis, la aceptación, sin protesta ni reserva, de una prestación conocida inexacta, o cuyo carácter defectuoso debió diligentemente descubrirse, vale como aquiescencia y exonera de responsabilidad al deudor⁽⁷⁹⁾.

No hay aquiescencia cuando el *accipiens* acepta no siendo consciente de la inexactitud de la prestación, en tal caso estamos ante vicios ocultos y de acuerdo con el artículo 1503 del Código Civil:

“El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia”.

En razón del saneamiento el acreedor puede pedir la resolución del contrato (acción redhibitoria) o la reducción de la contraprestación (acción estimatoria).

El artículo 1511 del Código Civil establece al respecto:

“El adquirente puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato”.

La resolución como remedio extremo sólo procederá en la medida en que se trate de un cumplimiento defectuoso grave o como señalan los Principios UNIDROIT un incumplimiento esencial; es decir, subs-

(78) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*, ob. cit., p. 373.

(79) En este sentido también DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. Segundo, ob. cit., p. 667.

tancial y no de poca importancia. En tal sentido los defectos deben ser de tal naturaleza que el bien no pueda ser empleado para los fines proyectados o si el comportamiento del deudor ha sido tal que se debería permitir a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato.

Y, a su vez, el artículo 1512 señala:

“La resolución a que se refiere el artículo 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente:

1. El valor que tendría el bien al momento de la resolución, si es que no existiera vicio que lo afecta, teniendo en cuenta la finalidad de la adquisición.
2. Los intereses legales desde el momento de la citación con la demanda.
3. Los gastos o tributos del contrato pagados por el adquirente.
4. Los frutos del bien estuviesen pendientes al momento de la resolución.
5. La indemnización de daños y perjuicios, cuando el transferente haya incurrido en dolo o culpa respecto de la existencia de los vicios”.

El artículo 1513 del Código Civil dispone:

“El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512 inciso 5”.

De acuerdo con Bianca “la reducción del precio es el remedio contra la inexactitud cualitativa de la prestación: ello consiste en la disminución de la contraprestación en medida proporcional al menor valor de la prestación inexacta”⁽⁸⁰⁾. Este remedio prescinde del juicio de responsabilidad del deudor, pero si la inexactitud es imputable al deudor, el acreedor puede pretender la indemnización de daños y perjuicios.

El Código Civil sólo prevé la “acción redhibitoria” y la “acción estimatoria”, no prevé expresamente la posibilidad de la reparación, de la sustitución o del reemplazo de la prestación defectuosa como si lo hace el artículo 7.2.3 de los Principios UNIDROIT:

“El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo y otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda”.

(80) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità*, ob. cit., p. 325.

En los Comentarios a este artículo en los Principios UNIDROIT se dice: “En los Principios, la subsanación del incumplimiento denota el derecho de la parte incumplidora a corregir su prestación (Art. 7.1.4), como el derecho de la parte perjudicada a reclamar la tal enmienda a la parte incumplidora”⁽⁸¹⁾. En efecto, en los Principios UNIDROIT no sólo el acreedor puede pedir la subsanación de la prestación defectuosa sino que el deudor puede hacerlo siempre que se den los supuestos del artículo 7.1.4.

Por otro lado la Convención en el párrafo 2 y 3 del artículo 46 señala:

“[...]”

2) Si las mercaderías no fueren conforme al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro del plazo razonable a partir de ese momento”.

En efecto, respecto a la reparación o sustitución Bianca señala: “la reparación y la sustitución de la prestación pueden constituir remedios más ventajosos para el mismo deudor”⁽⁸²⁾. En efecto, cuando se trata de bienes transferidos por el vendedor-fabricante es normalmente su interés proveer la reparación del bien defectuoso puesto que su organización es usualmente idónea para reparar el bien producido. Cuando el bien no se presta a ser convenientemente reparado la sustitución puede representar un remedio más ventajoso para el deudor, si se trata de bienes que éste produce y que puede reemplazar con costos menores.

El Código Civil, salvo por el artículo 1515, no prevé expresamente el derecho del deudor de regularizar la prestación, pero tal derecho puede considerarse basado en el principio de buena fe conforme al artículo 1362. Como señala Bianca: “Si el deudor ofrece reparar o sus-

(81) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 181.

(82) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità*, ob. cit., p. 244.

tituir la prestación y estas intervenciones son idóneos para satisfacer adecuadamente el interés del acreedor, si el acreedor se rehusara sería contrario a la buena fe, en cuanto agravaría la posición del deudor sin que tal agravio sea justificado por una apreciable exigencia del acreedor”⁽⁸³⁾.

En los comentarios a los Principios UNIDROIT, también se señala: “Muchas de las excepciones del derecho a reclamar el cumplimiento que se encuentran el art. 7.2.2 pueden ser aplicables a las diversas formas de subsanación. Sólo la aplicación del inciso (b) requiere un comentario particular. En muchos supuestos que involucran defectos pequeños e insignificantes, se excluye la necesidad de reclamar un reemplazo o una reparación que podría implicar un esfuerzo o gastos no razonables”⁽⁸⁴⁾.

De acuerdo con el inciso (b) del artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT la subsanación no procede si ésta resulta demasiado onerosa, así se pone el siguiente ejemplo: “Se vende un vehículo nuevo con un pequeño defecto de pintura que deprecia su valor en un 0.01% del precio de compra. Repintarlo, ocasionaría un costo equivalente al 0.5% de su precio de compra. En este supuesto no cabe reclamar la reparación de la prestación defectuosa, esto es, que el vendedor repinte el automóvil, pero el comprador está facultado para reclamar una reducción en el precio de compra”⁽⁸⁵⁾.

El Código Civil si se refiere a la subsanación para el caso de vicios ocultos en el artículo 1515 que establece:

“Cuando se trata de vicios de poca importancia, el transferente puede ofrecer subsanarlos, si esto es posible. Si la oferta es rechazada por el adquirente, éste puede intentar sólo la acción estimatoria, perdiendo la redhibitoria”.

2) El deudor de obligaciones genéricas debe entregar los bienes teniendo en cuenta la regla acordada por las partes en relación a la calidad. En caso no se hubiera determinado la regla sobre la calidad, entonces resultará de aplicación supletoria el artículo 1143 del Código Civil:

“[...] Si la elección corresponde al deudor, debe escoger bienes de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, debe escoger

(83) *Ibid.*, p. 245.

(84) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 182.

(85) Loc. cit., p. 182.

bienes de calidad no superior a la media. Si la elección corresponde a un tercero, debe escoger bienes de calidad media”.

En el sentido señalado el artículo 1.167 del Código Civil español dispone:

“Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior” (el subrayado es nuestro).

Debe tenerse en cuenta que el precio puede ser utilizado como un criterio de interpretación puesto que el precio brinda información sobre la calidad del bien.

De acuerdo con el artículo 35 de la Convención:

“1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destina mercadería del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió o no era razonable que confiara en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades o las muestras o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato”.

De la Convención se desprende la noción de “idoneidad” del bien; es decir, que el bien debe ser apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o apto para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato. Como señala el artículo 1486 del Código Civil:

“Si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal

de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar”.

1.2.1.2. Cualidades esenciales o prometidas

El bien debe tener las cualidades esenciales necesarias para el uso al cual está destinado. Como señala Bianca “cualidades esenciales de los bienes son los atributos de materia, estructura y medida en que hacen a los bienes normalmente adecuados a su función”⁽⁸⁶⁾.

Al lado de las cualidades esenciales se encuentran las cualidades prometidas, es decir las cualidades de los bienes que resultan debidos sobre la base del contrato.

1.2.1.3. Integridad jurídica y regularidad legal

Los bienes deben ser jurídicamente íntegros, es decir, libres de otros derechos que limiten la titularidad o la disponibilidad. Como señala Bianca “en las obligaciones contractuales la obligación del deudor se determina en relación a la situación del bien que el acreedor conocía o habría debido conocer al momento de la celebración del contrato. Si, por ejemplo, el acreedor sabía de la existencia de una servidumbre de paso sobre el fundo, el deudor no está obligado a entregar el fundo libre de tal servidumbre”⁽⁸⁷⁾.

De acuerdo con el artículo 41 de la Convención:

“El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derecho o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42”.

Por otro lado el artículo 42 de la Convención dispone:

“1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

a) En virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto en el momento de la cele-

(86) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*, ob. cit., p. 100.

(87) *Ibid.*, p. 101.

bración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o

b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2) La obligación del vendedor conforme al párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionadas por el comprador”.

Respecto de las relaciones obligatorias con prestación de dar el deudor no sólo debe entregar bienes que se encuentren libres de derechos ajenos sino que también deben ser legalmente regulares. Como señala Bianca “la regularidad legal (o jurídica) es la conformidad de los bienes a los requisitos legales obligatorios. El deudor, precisamente, debe entregar bienes exentos de irregularidades jurídicas que prohíban el uso normal o den lugar a la aplicación de sanciones”⁽⁸⁸⁾.

1.2.2. Cumplimiento parcial

La tutela del acreedor que, en lugar de la ejecución íntegra, le sea ofrecida sólo una parte de la prestación debida, se articula, desde un punto de vista cronológico, en dos momentos: al momento en que se efectúa el ofrecimiento de pago parcial y cuando la prestación inexacta entra en la esfera jurídica del acreedor.

En el primer momento se pone de relieve el poder del acreedor de rehusar el ofrecimiento de pago parcial contemplado en el primer párrafo del artículo 1221 del C. C. (piénsese en el caso del ofrecimiento de pago parcial del deudor que paralelamente prometa ejecutar la parte restante de la prestación en un momento posterior o aquel ofrecimiento de pago parcial efectuado con el fin de reducir su responsabilidad en caso de incumplimiento; es decir, sin el ofrecimiento de ejecutar el saldo). En este sentido a continuación que el acreedor rehúse el pago parcial, la situación será considerada, según el caso, como de retardo o de incumplimiento⁽⁸⁹⁾.

(88) *Ibid.*, p. 102.

(89) En este sentido también GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, ob. cit., p. 41.

“Artículo 1221. No puede compelerse al acreedor a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación, a menos que la ley o el contrato lo autoricen.

Sin embargo, cuando la deuda tiene una parte líquida y otra ilíquida, puede exigir el acreedor el pago de la primera, sin esperar que se liquide la segunda”.

En caso que el acreedor haga uso del poder de rehusar el pago parcial, ello lo libera de responsabilidad por el retardo, por cuanto, se trata de un motivo legítimo para negarse a aceptar la prestación ofrecida; es decir, no hay mora del acreedor⁽⁹⁰⁾.

Giorgianni considera que el poder de rehusar el pago parcial conferido al deudor es una particular forma de tutela del interés del acreedor al total cumplimiento. Y, asimismo, el poder de rehusar el pago parcial se ejerce prescindiendo de la imputabilidad del deudor⁽⁹¹⁾.

Se desprende del artículo 1221 del Código Civil que la prestación debida, una vez vencida, debe ser ejecutada en un solo acto y no hay posibilidad para el deudor de ejecutar inicialmente *pro parte* y de pagar sucesivamente el saldo sin el consentimiento del acreedor⁽⁹²⁾.

De acuerdo con Tranquillo si el ordenamiento no previera expresamente la posibilidad de rehusar el ofrecimiento de pago parcial (artículo 1181 del Código Civil italiano), el acreedor que rehusara la parte de la prestación ofrecida incurriría en la sanción prevista en el segundo párrafo del artículo 1227⁽⁹³⁾ del *Codice Civile* que señala:

“El resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la ordinaria diligencia”.

(90) “Artículo 1338. El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

(91) GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento*, ob. cit., p. 41. Igualmente para FONDRIESCHI, refiriéndose al artículo 1181 del Código Civil italiano que permite al acreedor rehusar la ejecución parcial, señala: “La norma es esencialmente y estructuralmente dirigida a la tutela del interés del acreedor (FONDRIESCHI, Alba. *La prestazione parziale*. Milano: Giuffrè, 2005, p. 243).

(92) Así TRANQUILLO comentando el artículo 1181 del Código Civil italiano (TRANQUILLO, Claudio. *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 19). “Artículo 1181. El acreedor puede rehusar un pago parcial aún si la prestación es divisible, salvo que la ley o los usos dispongan lo contrario”.

(93) TRANQUILLO, Claudio. *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, ob. cit., ps. 27 y ss.

El artículo 1327 del Código Civil, tiene un texto similar al segundo párrafo del artículo 1227 del Código Civil italiano, y señala lo siguiente:

“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

El artículo citado impone al acreedor la carga de mitigar sus daños. Al respecto Bianca señala “el deber del dañado de cooperar para limitar la responsabilidad del dañador ingresa en el deber general de corrección, cual empeño de solidaridad que impone a la parte de salvaguardar la utilidad de la otra dentro de los límites de un apreciable sacrificio. La imputación total o parcial del daño al dañado es la sanción por la violación de tal empeño de solidaridad”⁽⁹⁴⁾. El acreedor debe actuar diligentemente, es decir, de manera adecuada, para evitar el daño, pero no al punto de sacrificar sus propios intereses personales y patrimoniales⁽⁹⁵⁾.

Como puede apreciarse la carga de mitigar los daños se basa en la buena fe, como obligación de salvaguardia, entendida como la obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra siempre que ello no suponga un apreciable sacrificio.

En tal sentido, una primera interpretación llevaría a concordar el artículo 1221 y el 1327 del Código Civil de tal manera que si bien el acreedor goza del poder de rehusar el ofrecimiento de pago parcial ello no lo liberaría de su carga de mitigar los daños. Así, por ejemplo, si la deuda derivada de un mutuo dinerario es de 100 y el deudor le ofrece 60. El acreedor tendría el poder de rehusar el ofrecimiento parcial, pero el artículo 1327 del Código Civil le impediría pretender los intereses moratorios sobre la suma que hubiera podido recibir (es decir 60), debiendo limitar su pretensión a los intereses respecto a la parte no ofrecida. Para Tranquillo, en cambio, al gozar del poder de rehusar el ofrecimiento de pago parcial, el acreedor puede rehusarlo y mantener inalterado el derecho al resarcimiento integral, es decir sobre 100.

Para el autor italiano, en opinión que compartimos, si se concuerdan los dos artículos, cualquier potencial deudor asumiría obligaciones que no está en grado de cumplir exactamente si supiera que puede obligarse por cierta suma pero ser responsable por un monto menor, es decir, incurrir en una sanción menor para aquella prevista en caso

(94) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità*, ob. cit., p. 143.

(95) *Ibid.*, p. 144.

de un incumplimiento total. Así, aumentaría el número de sujetos dispuestos a obligarse por una prestación que saben, de manera anticipada, no podrán cumplir íntegramente⁽⁹⁶⁾.

Como dijimos, el segundo momento se da cuando la prestación inexacta entra en la esfera jurídica del acreedor; este supuesto, supone que la prestación ha sido ejecutada parcialmente pero no íntegramente, sea porque la partes pactaron que la prestación sería ejecutada *pro parte* o porque el acreedor no rehusó el ofrecimiento de pago parcial quedando el deudor obligado por el saldo.

Frente a un cumplimiento parcial el contratante puede pretender la resolución parcial del contrato. El Código Civil no prevé expresamente la resolución parcial. Bianca en Italia señala que cuando se trata de una prestación divisible “...el interés de la parte no incumpliente a limitar la resolución del contrato es un interés apreciable, correspondiente con la general exigencia de conservación del contrato”⁽⁹⁷⁾.

Respecto al cumplimiento parcial el artículo 6.1.3 de los Principios UNIDROIT señala:

“(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial ha de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor”.

Resulta interesante tener en consideración que de acuerdo con los comentarios a este artículo: “Pueden presentarse situaciones en que el interés legítimo del acreedor de recibir el cumplimiento total no sea evidente, y que la aceptación momentánea de un cumplimiento parcial no ocasione ningún daño al acreedor. Si el deudor prueba este supuesto, el acreedor no puede rechazar el cumplimiento parcial (sujeto a lo dispuesto en el párrafo (2), en cuyo caso no puede hablarse de incumplimiento de la obligación”⁽⁹⁸⁾.

(96) TRANQUILLO, Claudio. *L'esecuzione parziale del rapporto obbligatorio*, ob. cit., p. 28.

(97) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità*, ob. cit., p. 303. Ver también TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., ps. 80 y ss.

(98) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 118.

1.2.3. *Cumplimiento tardío*

El cumplimiento tardío supone que previamente el deudor ha incurrido en retardo (o mora). En efecto, respecto a la oportunidad de la ejecución de la prestación, ésta puede ser temporalmente exacta o temporalmente inexacta. Habrá una ejecución temporalmente inexacta en los casos de ejecución tardía; es decir, cuando la prestación se ejecuta luego del vencimiento de la obligación momento en el cual el deudor se encuentra en situación de retardo (o de mora). Si el deudor se encuentra en mora el cumplimiento tardío produce la cesación de la mora (*purgatio morae*).

Debe tenerse en cuenta que la situación de retardo (o mora) no conlleva necesariamente al cumplimiento tardío puesto que el retardo (o mora) deja abierta la posibilidad al incumplimiento. En efecto, como señalan Natoli y Bigliuzzi Geri el retardo “es una situación provisoria de incumplimiento, caracterizada por el inútil vencimiento del término en el cual la prestación habría debido ser ejecutada; y, por consiguiente, como ha sido puesto en evidencia, una situación de incertidumbre...”⁽⁹⁹⁾, es incierto puesto que el deudor no ha ejecutado la prestación y no se sabe si lo hará.

El deudor podrá ejecutar la prestación, si bien tardíamente, mientras que el acreedor mantenga interés en ella. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1428 del Código Civil:

“[...] A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

La resolución judicial (o arbitral) por el incumplimiento es la resolución del contrato pronunciada por sentencia de la autoridad judicial (o por laudo arbitral) pretendida por la parte no incumpliente. La sentencia (o el laudo arbitral) tiene efecto constitutivo. Como señala Bianca: “Si se dan los presupuestos el juez debe proceder a la resolución conforme a la demanda del acreedor. Puede decirse que el acreedor tiene un derecho potestativo judicial de resolución del contrato. La resolución tiene efecto inmediato del pronunciamiento del juez, pero tiene efecto mediato del derecho ejercitado por el acreedor”⁽¹⁰⁰⁾. Roppo al respecto dice: “La resolución se producirá con la sentencia que acoja la demanda del actor; y propiamente en cuanto el efec-

(99) NATOLI, Ugo y BIGLIAZZI GERI, Lina. *Mora accipiendi e mora debendi*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 226. En este sentido también Giorgianni, Michele. *L'inadempimento*, ob. cit., p. 88.

(100) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*, ob. cit., p. 267.

to resolutorio deriva de la sentencia, a esta se le atribuye naturaleza constitutiva”⁽¹⁰¹⁾.

Si bien es cierto la resolución del contrato opera con la sentencia (o del laudo arbitral), como señala Roppo la demanda señala fuertemente el camino hacia la resolución⁽¹⁰²⁾. Esto se aprecia de la doble preclusión que emana de la demanda.

En efecto, conforme al segundo párrafo del artículo 1428 del Código Civil a partir de la fecha de la citación de la demanda de resolución⁽¹⁰³⁾, la parte demandada ya no podrá ejecutar la prestación.

Al respecto Bianca señala: “La proposición de la demanda de resolución produce el efecto inmediato de precluir al deudor el cumplimiento de su obligación” y luego añade: “Se trata de un efecto legal de la demanda, que responde a una elemental exigencia de certeza de las posiciones de las partes”⁽¹⁰⁴⁾. Esto significa que luego de la citación con la demanda de resolución el acreedor puede rehusar legítimamente la ejecución de la prestación. Esta preclusión tutela a la víctima del incumplimiento, con ella se evita que se vea en la eventualidad de tener que recibir una prestación en la que ya no tiene interés; de mantenerse vinculada en una relación contractual de la que ya mostró su intención de quererse liberar.

Como lo precisa Bianca: “El efecto preclusivo de la demanda de resolución está subordinado a que se declare fundada la misma. La posibilidad de un cumplimiento sucesivo a la demanda permanece firme si al tiempo de la demanda la contraparte no era incumpliente”⁽¹⁰⁵⁾.

Otro efecto de la pretensión de resolución es el de precluir al acreedor la pretensión de cumplimiento⁽¹⁰⁶⁾. En efecto, si se pretende la resolución del contrato no puede luego requerirse la ejecución de la prestación. Lo que se pretende es proteger el interés del incumpliente. La pretensión de resolución le advierte a la parte incumpliente que a la contraparte ya no le interesa la ejecución de la prestación. Esto significa que la parte incumpliente tiene que asumir las consecuencias

(101) ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: *Trattato di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 971.

(102) Loc. cit.

(103) En caso de arbitraje ver la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1017.

(104) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*, ob. cit., ps. 284/285.

(105) *Ibid.*, p. 285.

(106) *Ibid.*, p. 286.

de su incumplimiento pero también que es justo que pueda enfocar la propia actividad y orientar sus recursos en dirección distinta al cumplimiento a favor de dicho acreedor renunciando a crear o mantener la organización preestablecida a tal fin, u obligándose con otros sujetos con prestaciones incompatibles con dicho cumplimiento, “Exponerlo al sucesivo requerimiento de cumplir significaría lesionar su confianza, o paralizar sus iniciativas”⁽¹⁰⁷⁾.

Si bien nuestro Código Civil no se refiere expresamente a la imposibilidad de modificar la pretensión de resolución por la de cumplimiento, de la Puente y Lavalle consideraba que, conforme al artículo 1428 del Código Civil “es obvio que el demandante de resolución no podrá variar su demanda en el sentido de exigir al demandado el cumplimiento de su prestación, desde que la ley no permite a éste hacerlo”⁽¹⁰⁸⁾.

No existe impedimento, en cambio, para que quien ha pretendido la ejecución de la prestación pueda cambiar de opinión y pretender la resolución del contrato. Respecto al cambio voluntario de remedio deben distinguirse dos situaciones: (i) cuando la parte perjudicada ha requerido el cumplimiento, pero cambia de opinión antes de la ejecución de la sentencia a su favor, por ejemplo, porque ha descubierto la incapacidad de la otra parte para cumplir, y (ii) “...cuando la parte perjudicada ha intentado sin éxito hacer cumplir la sentencia judicial o el laudo arbitral que impone el deber de cumplir. En este caso, es obvio que la parte perjudicada puede recurrir inmediatamente a otros remedios”⁽¹⁰⁹⁾.

En tal sentido el artículo 7.2.5 de los Principios UNIDROIT señala:

“(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio”.

(107) ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: ob. cit., ps. 956/957.

(108) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*, ob. cit., p. 378.

(109) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 186.

2. LOS REMEDIOS FRENTE A LA LESIÓN DEL CRÉDITO

Ante las diversas hipótesis de lesión del derecho de crédito el Derecho de Contratos otorga al acreedor, diversos “remedios”. A través de ellos, se pretende brindar seguridad para el intercambio de bienes y servicios en el mercado.

Frente a la lesión del derecho de crédito el acreedor puede recurrir a los remedios que el ordenamiento jurídico le brinda. Los remedios frente a la lesión del derecho de crédito o los medios de tutela del crédito “son un conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para preservar o realizar su interés en la relación obligatoria, cuando éste se ha visto insatisfecho totalmente, ha recibido una satisfacción incompleta o defectuosa o existe la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción puedan producirse. Se trata de una reacción del ordenamiento jurídico frente a una serie de actos de contravención del derecho...”⁽¹¹⁰⁾. O como señala Bianca: “...son los medios de tutela de las posiciones jurídicas” para luego precisar: “Los remedios contra el incumplimiento son los medios de tutela del crédito”⁽¹¹¹⁾.

Los remedios pueden ser “remedios generales de tutela del crédito” y “remedios específicos de tutela del contrato”⁽¹¹²⁾. Los “remedios generales” son aquellos que tutelan contra la violación de cualquier situación creditoria sin importar su fuente, en el Código Civil se encuentran regulados en el artículo 1219.

En el artículo 1219 del Código Civil podemos identificar los remedios generales⁽¹¹³⁾:

“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

- 1) Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
- 2) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

(110) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., ps. 673/674.

(111) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*, ob. cit., p. 109.

(112) Loc. cit.

(113) Ver al respecto BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. “La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito”. En: *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*, T. I, Comisión encargada de Celebrar el Centenario del Nacimiento de José León Barandiarán. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, ps. 445/462.

3) Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

[...].

Entre los “remedios generales” están: la pretensión de cumplimiento y el resarcimiento de daños.

En el caso de relaciones obligatorias de fuente contractual el resarcimiento de daños por incumplimiento no supone necesariamente la resolución del contrato. Puede incumplirse una obligación y el acreedor mantener el interés en la relación contractual.

Los “remedios específicos” son los remedios que tutelan la parte contractual en los contratos con prestaciones recíprocas y están regulados en el Código Civil en el Libro VII (Fuentes de las Obligaciones).

Entre los “remedios específicos” pueden citarse: la resolución por incumplimiento; la excepción de incumplimiento y la excepción de caducidad de plazo.

Los remedios para el caso de retardo (o mora) y para el caso de incumplimiento

El artículo 1428 del Código Civil señala:

“En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. [...]”.

En un contrato con prestaciones recíprocas frente a la inejecución por una de las partes de la prestación a su cargo la parte insatisfecha puede a su elección:

1) Pretender la ejecución de la prestación debida, recurriendo si es preciso a la ejecución forzosa (remedio de carácter general); o.

2) Resolver el contrato, puesto que ya no tiene interés en la ejecución tardía de la prestación (remedio de carácter específico).

De optar por uno o por el otro remedio, también podrá el acreedor pretender el resarcimiento de los daños y perjuicios que la lesión del crédito le pudiera haber ocasionado.

En tal sentido, frente a una situación de no prestación (inejecución), si el acreedor mantiene interés en la ejecución de la prestación, significará que la contraparte se encuentra en retardo (o mora) y el acreedor contará con el remedio de la pretensión de cumplimiento, con la finalidad que el deudor ejecute, aunque tardíamente, la prestación debida.

Si, en cambio, el acreedor ya no tiene interés en la ejecución de la prestación, la contraparte se encontrará en situación de incumplimiento y el acreedor contará con el remedio de la resolución (por incumplimiento), con la finalidad de ponerle fin al vínculo jurídico.

Si el deudor incurre en mora o en incumplimiento imputable el acreedor podrá pretender, además, el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la lesión del crédito.

2.1. La pretensión de cumplimiento

Cuando se produce la inejecución de la prestación por parte del deudor pero el acreedor mantiene interés en la ejecución, aún si tardía, de la prestación, entonces el acreedor requiere contar con un remedio que precisamente le permita forzar al deudor la ejecución de la prestación. Así, ante la falta de cooperación del deudor, el acreedor puede exigirle el cumplimiento directamente (pretensión material) o por medio del órgano jurisdiccional o arbitral (pretensión procesal) bastando para ello que la prestación sea posible.

Para Llamas Pombo, posición que compartimos, para ejercer la pretensión de cumplimiento no es exigible el requisito de imputabilidad del deudor⁽¹¹⁴⁾. Para Bianca si existe un impedimento liberatorio del deudor éste no puede ser constreñido al cumplimiento⁽¹¹⁵⁾.

Los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Europeo distinguen el derecho de reclamar el cumplimiento, según se trate de una obligación dineraria (pecuniaria) o una no dineraria (no pecuniaria). Así el artículo 7.2.1 de los Principios UNIDROIT, respecto a las obligaciones dinerarias, señala:

“Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago”.

Del mismo modo el artículo 9:101 de los Principios de Derecho Europeo dispone:

“(1) El acreedor tiene el derecho de obtener el pago de una deuda pecuniaria vencida [...]”

(114) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium, 1999, p. 227. El artículo 1150 y 1158 del Código Civil hacen referencia al incumplimiento culposo del deudor. La pretensión de cumplimiento no está supeditada a la existencia y demostración de daños.

(115) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 Responsabilità*, ob. cit., p. 249.

El artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT (texto semejante al artículo 9:102 de los Principios de Derecho Europeo) a su vez, respecto a las obligaciones no dinerarias, establece:

“Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) La prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) La parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla pro otra vía;
- (d) La prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) La parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento”.

Ya en el órgano jurisdiccional (o en sede arbitral) no sería suficiente obtener una resolución judicial (o laudo arbitral) que ampare la pretensión de cumplimiento del acreedor, además, son necesarios mecanismos que permitan a la autoridad judicial exigir al deudor la ejecución de la prestación debida⁽¹¹⁶⁾, esto es lo que se conoce como “ejecución forzada”; así, en este sentido, el inciso 1 del artículo 1219 del Código Civil faculta al acreedor a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

Hablamos de ejecución forzada en un sentido estricto para referirnos a aquellos mecanismos que permiten la realización de la cooperación debida o, lo que es lo mismo, la “ejecución en forma específica”, sea por el propio deudor o mediante la intervención de un tercero. En tal sentido, debe distinguirse de la “expropiación forzada” a través de la cual se realiza la garantía patrimonial que grava sobre los bienes del deudor o las garantías específicas que pudieran haber sido constituidas sobre bienes del deudor o de un tercero⁽¹¹⁷⁾.

(116) El primer párrafo del artículo 715 del Código Procesal Civil señala: “El mandato de ejecución contiene la exigencia al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada”.

(117) Las obligaciones pecuniarias constituyen un caso especial por cuanto si bien su cumplimiento en forma específica es siempre factible debe recordarse que ella se logra normalmente a través de la expropiación forzosa.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la ejecución forzada en forma específica no será siempre posible, por cuanto pueden existir límites de hecho o límites de derecho⁽¹¹⁸⁾.

Habrá un límite de hecho cuando, por ejemplo, el bien determinado que debe ser entregado no es habido. Habrá un límite de derecho cuando exista una norma legal que impida o relativice la ejecución forzada, así, por ejemplo cuando la única manera de lograr la cooperación del deudor es recurriendo a la fuerza. En este sentido el artículo 1149 del Código Civil señala que el incumplimiento de una relación obligatoria con prestación de hacer faculta al acreedor a exigir la ejecución forzada del hecho prometido, “a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor”.

Como vimos el artículo 7.2.2 de los Principios UNIDROIT establece las excepciones al cumplimiento específico. Así, por ejemplo, cuando “la prestación tenga carácter exclusivamente personal”. En los comentarios se señala: “En los casos que el cumplimiento sea de carácter exclusivamente personal, la ejecución forzosa podría interferir con la libertad personal del deudor. Además, dicha forma de cumplimiento podría afectar la calidad de la prestación [...]. Por estas razones, el inciso (d) excluye la ejecución forzosa del cumplimiento cuando éste sea de naturaleza exclusivamente personal”⁽¹¹⁹⁾.

El artículo 7.2.4 de los Principios UNIDROIT ha previsto los *astreintes*:

“(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento”.

Los comentarios al artículo citado señalan: “Las experiencias de algunos ordenamientos jurídicos han enseñado que las amenazas de penas impuestas judicialmente constituye el medio más eficaz para garantizar el cumplimiento de una sentencia que ordene el cumplimiento de una obligación (medidas cautelares). Otros ordenamientos jurídicos, por el contrario, no contemplan tales sanciones porque son

(118) Respecto a los límites a la ejecución forzosa ver TOMMASEO, Ferruccio. “Sull’attuazione dei diritti di credito nell’esecuzione in forma specifica”. En: *Revista di Diritto Civile*. Anno XXIV, 1978, Prima Parte, CEDAM, Padova, 484 y ss.

(119) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 179. Semejantes comentarios en *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, ob. cit., p. 447.

consideradas como una inadmisibles invasión a la libertad de la persona humana”⁽¹²⁰⁾.

La ejecución forzada en especie, también puede lograrse a través de un tercero, así, el inciso 2 del artículo 1219 del Código Civil faculta al acreedor a procurarse la prestación debida o hacérsela procurar por persona distinta del deudor y por cuenta de éste⁽¹²¹⁾.

En realidad, cuando se trata de obligaciones genéricas, los acreedores no están dispuestos a perder tiempo reclamando la ejecución específica por el deudor. Prefieren ir al mercado a buscar los mismos bienes o servicios y reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios⁽¹²²⁾. A esto se le conoce como operación de reemplazo.

El artículo 75 de la Convención establece lo siguiente:

“Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”.

La norma citada se refiere a la “compra de reemplazo”⁽¹²³⁾ que es la realizada por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del vendedor y que tiene por finalidad, como su nombre lo dice, reemplazar los bienes que el vendedor no cumplió con entregarle al comprador como se había obligado.

La compra de reemplazo puede producirse a un precio más alto, más bajo o puede ser el mismo, en los dos últimos casos no existirán daños que recuperar. Se supone que tratándose de productos con un precio estable la diferente valoración tiene como causa, generalmen-

(120) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 182.

(121) El inciso 2 del artículo 1150 del Código Civil respecto a relaciones obligatorias con prestación de hacer. Asimismo, el artículo 707 del Código Procesal Civil señala: “El mandato ejecutivo contiene la intimación al ejecutado para que cumpla con la prestación dentro del plazo fijado por el Juez, atendiendo a la naturaleza de la obligación, bajo apercibimiento, de ser realizada por el tercero que el Juez determine, si así fue demandada”.

(122) En este sentido BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003, p. 247.

(123) También se refiere a la “venta de reemplazo” que es la realizada por el vendedor en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador.

te, la urgente compra, mientras que si se trata de productos con un precio inestable, la diferente valoración resulta, sea de la urgencia de la operación como de la propia inestabilidad del precio de los productos. El artículo 75 de la Convención permite que se recobre a título de indemnización de daños y perjuicios la diferencia que resulte del precio del contrato de compraventa resuelto y del precio de la compra de reemplazo.

La norma señala que el reemplazo se haga de manera razonable; es decir, de acuerdo con ICC 8128/1995 (PACE) (UNILEX)⁽¹²⁴⁾:

“[...] cuando el comprador que procede a la compra de reemplazo actúa como un prudente y cuidadoso empresario y si las mercancías se corresponden al tipo, calidad y precio de las solicitadas. En relación con las dos últimas características, diferencias pequeñas en la calidad no son importantes; un precio más alto tampoco ha de considerarse irrazonable tomando en consideración la urgencia de la compra de reemplazo (para entregar a terceros), lo que acorta el tiempo disponible para la negociación del precio. En definitiva es claro que la transacción sustitutiva no tiene que ser idéntica a la fijada en el contrato.

El comentario de la Secretaría, §4, indica que para que la transacción sustitutiva se haya efectuado de una manera razonable, habrá debido realizarse de tal forma que la reventa se haya hecho al precio más alto razonablemente posible en las circunstancias o la compra en reemplazo al precio más bajo razonablemente posible” (el subrayado es nuestro).

Asimismo, el artículo 75 de la Convención señala que el reemplazo debe realizarse dentro de un plazo razonable, ello con el fin de prevenir la pérdida causada por un empeoramiento de las condiciones de mercado.

La compra de reemplazo es un concepto reconocido en varios ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, la sección 2-712 UCC que la incluye en el concepto de daños (*damages*):

“The buyer may recover from the seller as damages the difference between the cost of cover and the contract price together with any incidental or consequential damages”.

También en el artículo 7.4.5 de los Principios UNIDROIT establece⁽¹²⁵⁾:

(124) PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. En: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1-75.html>.

(125) En el mismo sentido el artículo 9:506 de los Principios del Derecho Europeo.

“Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional”.

De acuerdo con los comentarios a los Principios UNIDROIT “La palabra “razonablemente” indica que el simple hecho que el mismo cumplimiento pueda ser obtenido de otra fuente no es de por sí suficiente, ya que en ciertas circunstancias la parte perjudicada no podrá recurrir a un proveedor sustituto”⁽¹²⁶⁾.

La ejecución por un tercero, sin embargo, también tiene límites. Así, por ejemplo, será posible si el bien que debe ser entregado es genérico pero no lo será si se trata de un bien determinado que está en posesión del deudor. Tampoco será posible si, tratándose de una prestación de hacer, del contrato o de las circunstancias resultara que el deudor fue elegido por sus cualidades personales (artículo 1149 del Código Civil).

Queda claro que el acreedor recurrirá a la ejecución forzada de manera específica en la medida en que la prestación sea aún posible y que el acreedor mantenga interés en la ejecución de la prestación aún si es tardía, eso quiere decir que la ejecución forzosa supone siempre un retardo (o mora) del deudor en la cooperación.

En tal sentido no resulta coherente que se señale que la mora “queda descartada de las obligaciones de no hacer”⁽¹²⁷⁾ y que el artículo 1156 del Código Civil señale que la inejecución por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a “exigir la ejecución forzada...”⁽¹²⁸⁾.

2.2. La resolución por incumplimiento

El fundamento de la resolución por incumplimiento es la exigencia de tutelar el interés de la parte de no mantenerse vinculada por un contrato que se torna no fiable por el grave incumplimiento de la contraparte.

(126) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 179.

(127) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*, ob. cit., p. 256.

(128) Respecto a la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer ver CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer”. En: *Thémis, Revista de Derecho*. N° 12, 1988, ps. 72 y ss.

En estricto lo que se resuelve es el contrato en tanto relación (se extingue el vínculo contractual), no el contrato en cuanto acto: como señala Roppo la resolución es el mecanismo que extingue los efectos del contrato y si el efecto del contrato es crear obligaciones, éstas se extinguen⁽¹²⁹⁾.

La resolución por incumplimiento tiene como fuente la ley. Las resoluciones legales se clasifican de acuerdo con las razones de la disolución del vínculo, así se habla de resoluciones remediales y no remediales⁽¹³⁰⁾. Como señala Roppo tienen naturaleza de remedio “las resoluciones que operan frente a circunstancias que determinan un mal funcionamiento del contrato, perjudicial para una parte y así tornan injustificado frente a ésta permanecer en el vínculo contractual”⁽¹³¹⁾.

La resolución es un remedio a favor del interés particular de la parte que se ve afectada por el incumplimiento de la contraparte y su interés particular es el de verse liberado del vínculo contractual y, especialmente, de las obligaciones asumidas.

El artículo 1455 del Código Civil italiano que señala:

“El contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento de una de las partes es de escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra parte”.

Si bien es cierto el Código Civil no tiene una norma similar a la transcrita debe tenerse presente la buena fe como fuente de integración del contrato⁽¹³²⁾, en tal sentido, en nuestra opinión en el ordenamiento jurídico peruano el incumplimiento que da lugar a la resolución debe ser esencial.

Conforme al primer párrafo del artículo 9:301 de los Principios del Derecho Europeo “*en caso de incumplimiento esencial de una parte, la otra puede resolver el contrato*”. Y el artículo 8:103 define lo que debe entenderse como incumplimiento esencial:

“El incumplimiento de una obligación es esencial en relación al contrato si:

(129) ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: ob. cit., 2001, p. 938.

(130) *Ibid.*, p. 940. Entre los no remediales, por ejemplo, el mutuo disenso, la condición resolutoria, entre otras.

(131) *Ibid.*, p. 941. Entre los remediales, además de la resolución por incumplimiento encontramos la resolución por imposibilidad sobreviniente y la resolución por excesiva onerosidad.

(132) DE LA PUENTE y LAVALLE no es claro cuando se refiere a este tema (DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, ob. cit., ps. 390 y siguientes).

(a) La estricta observancia de la obligación pertenece a la naturaleza del contrato; o

(b) El incumplimiento priva sustancialmente al acreedor insatisfecho de aquello a lo que tiene derecho de recibir sobre la base del contrato, salvo que el deudor no ha ni habría razonablemente podido prever tal resultado; o

(c) El incumplimiento es debido a dolo y da al acreedor insatisfecho razón de considerar de no confiar sobre los sucesivos incumplimientos”.

De acuerdo con el artículo 7.3.1 de los Principios UNIDROIT:

“(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial [...]”.

De acuerdo con los Principios UNIDROIT para que proceda la resolución el incumplimiento debe ser esencial, es decir sustancial y no de poca importancia. El párrafo (2) establece un elenco de circunstancias relevantes para determinar, si en un determinado caso, la inejecución de una obligación contractual constituye un incumplimiento esencial:

[...]

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5”.

En doctrina se discute si para fines de la resolución del contrato el incumplimiento debe ser imputable al deudor. Un sector la doctrina señala que tal remedio prescinde del requisito de la imputabilidad,

siendo suficiente el hecho objetivo de la falta de ejecución de la prestación⁽¹³³⁾.

De acuerdo con De la Puente y Lavalle en nuestro ordenamiento la resolución sólo opera en caso de incumplimiento imputable al deudor. El desaparecido jurista sustentaba su posición en el hecho que ello estaría expresamente previsto en los artículos 1431 y 1432 del Código Civil referidos a la imposibilidad sobreviniente⁽¹³⁴⁾. No compartimos esta posición, en nuestra opinión no existe norma alguna del Código Civil que permita concluir que el incumplimiento debe ser imputable al deudor para que proceda la resolución.

De acuerdo con los comentarios a los Principios UNIDROIT el artículo 7.3.1 es aplicable tanto para el caso de un incumplimiento imputable al deudor o no imputable. Así se señala el siguiente ejemplo: ““A”, una compañía del país “X”, compra vino a “B”, del país “Y”. Posteriormente, el gobierno del país “X” impone un embargo a las importaciones de productos agrícolas del país “Y”. Aunque el impedimento no es imputable a “A”, “B” puede resolver el contrato”⁽¹³⁵⁾.

Conforme al artículo 8:101 de los Principios del Derecho Europeo:

“(1) Cuando el deudor no cumple la obligación nacida del contrato y el incumplimiento es imputable, no encuentra aplicación el artículo 8:108, el acreedor insatisfecho puede recurrir a cada uno de los medios de tutela previstos en el capítulo noveno.

“(2) Cuando el incumplimiento no es imputable según lo previsto en el artículo 8:108, el acreedor insatisfecho puede recurrir a los instrumentos de tutela previstos en el capítulo noveno pero no puede demandar el cumplimiento ni el resarcimiento del daño.

“(3) El acreedor no puede recurrir a la tutela prevista en el capítulo noveno en la medida en la cual ha sido su conducta la causante del incumplimiento del deudor”.

De acuerdo con los Principios del Derecho Europeo los instrumentos de tutela previstos para el incumplimiento varían según si el incumplimiento es imputable o no, según lo previsto por el artículo 8:108 o sea consecuencia del comportamiento del acreedor.

(133) Ver al respecto PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 200, ps. 41 y ss.

(134) DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, ob. cit., p. 387.

(135) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 188.

Conforme al Código Civil la resolución puede ser:

- 1) Procesal: judicial o arbitral (artículo 1428 del Código Civil);
- 2) Por autoridad del acreedor (artículo 1429 del Código Civil); y,
- 3) Prevista por las partes: cláusula resolutoria expresa (artículo 1430 del Código Civil).

El Artículo 7.3.2 de los Principios UNIDROIT establece que la resolución del contrato es extra proceso:

“(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un periodo razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa”.

En tal sentido, la facultad de una parte de resolver el contrato se ejercita mediante la notificación a la otra parte. La notificación produce efectos cuando es recibida por la parte incumplidora⁽¹³⁶⁾. Parecería entonces que los efectos de la resolución se producen sólo desde la notificación (*ex nunc*) y no operan retroactivamente (*ex tunc*). No obstante debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 7.3.6 de los Principios UNIDROIT:

“(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el periodo posterior al efecto de la resolución”.

Se desprende entonces que para los contratos de duración la resolución opera *ex nunc*, es decir, la restitución sólo puede reclamarse respecto al periodo posterior a la resolución. Se señala el siguiente ejemplo: “A” contrata la asistencia al equipo de computación de “B” por un periodo de cinco años. Después de tres años de servicio regular, “A” se ve obligado, por una enfermedad, a suspender los servicios y el contrato es resuelto. “B”, que ha pagado a “A” el cuarto año, puede

(136) Artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT.

reclamar la restitución del pago anticipado por ese cuarto año, pero no el dinero pagado por los tres años de servicio regular prestados durante los tres años anteriores”⁽¹³⁷⁾.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1372 del Código Civil:

“[...] La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. [...]”.

El artículo transcrito tiene serias imprecisiones. Así se dice que tanto en el caso que la resolución se invoque judicial como extrajudicialmente “*los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva*”. Resulta claro que sólo puede hablarse de sentencia en el caso de la resolución judicial.

Por otro lado ¿realmente los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal? Si se trata de una resolución por incumplimiento ¿la resolución se retrotrae al momento del incumplimiento?

Roppo señala que “entre las partes las consecuencias de la resolución son dominadas por la distinción entre contratos de ejecución instantánea y contratos de duración”⁽¹³⁸⁾. Respecto a los contratos de ejecución instantánea, como los de función traslativa, la resolución tiene efecto retroactivo; es decir, que la resolución extingue la causa de la transferencia de los derechos con efecto *ex tunc* (“desde entonces”). Si el contrato generó obligaciones estas también se extinguen *ex tunc* y si ya se cumplieron, las prestaciones resultan ejecutadas sin causa y, por tanto deben ser restituidas.

Cuando se dice que la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, no significa que el contrato deba considerarse para todos los efectos como si nunca se hubiera concluido, así al respecto Trimarchi dice: “la responsabilidad del deudor incumpliente está fundada propiamente sobre el contrato resuelto y el resarcimiento por él debido comprende el equivalente del prove-

(137) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 197.

(138) ROPPO, Vincenzo. “Il Contratto”. En: ob. cit., p. 947. En el mismo sentido ver PISCIOTTA, Giuseppina. *La risoluzione per inadempimento*, ob. cit., ps. 143 y ss. Ver TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., ps. 72 y ss.

cho que el acreedor habría conseguido si el contrato hubiese sido regularmente cumplido”⁽¹³⁹⁾.

En el caso de los contratos de duración (ejecución periódica o continuada) la resolución opera para el futuro; es decir *ex nunc* (“desde ahora”), que puede ser entendido desde que se comunica el ejercicio de la facultad resolutoria o desde la causal que la motiva. No opera retroactivamente lo que significa que su efecto no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 9:303 de los Principios del Derecho Europeo “*El derecho de resolver el contrato se ejercita mediante comunicación de la otra parte.*” Lo cual difiere sensiblemente de los sistemas que, en general, exigen que la resolución tenga lugar en vía judicial. La resolución no opera retroactivamente (no *ex tunc*) sino desde la comunicación (*ex nunc*).

Plazo suplementario para el cumplimiento

Los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Europeo también prevén, a favor del acreedor, en caso de inejecución de la prestación, la facultad de conceder al deudor un plazo suplementario para que cumpla. Si al vencimiento de dicho plazo la prestación no ha sido ejecutada el acreedor podrá resolver el contrato.

Así, el artículo 7.1.5 de los Principios UNIDROIT⁽¹⁴⁰⁾:

“(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.

(2) Durante el periodo suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del periodo suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho periodo. El periodo suplementario que no sea de una duración razonable

(139) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 73.

(140) De acuerdo con el párrafo (2), durante el periodo suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar otro remedio.

puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora”.

En los comentarios se dice: “La parte que brinda un período suplementario no puede resolver el contrato ni solicitar el cumplimiento específico durante el período de gracia. Tampoco queda afectado el derecho a obtener el resarcimiento por los daños originados por el retardo” y luego añade: “La situación final del período concedido dependerá de si el retardo en el cumplimiento ya era esencial al momento de otorgarse el período suplementario. En este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al vencimiento del período otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento no era entonces esencial, la resolución sólo será posible al final del período de gracia, siempre éste hubiera sido razonablemente amplio”⁽¹⁴¹⁾. Como puede apreciarse el otorgamiento del plazo suplementario no subsana la situación de mora del deudor y, en tal sentido, éste deberá resarcir los daños que el retardo en la ejecución de la prestación le pueda ocasionar al acreedor.

El artículo 8:106 de los Principios de Derecho Europeo tiene un texto similar al 7.1.5 de los Principios UNIDROIT. Al respecto en los Comentarios se dice: “No cualquier retardo en el cumplimiento constituye incumplimiento esencial según el art. 8:103 y por tanto el acreedor insatisfecho no necesariamente tendrá el derecho de resolver inmediatamente el contrato por el solo hecho que el término de cumplimiento haya vencido. A ello tendrá derecho si el término era “esencial”. En caso de retardo no esencial, sin embargo, el art. 8:106, 3) consiente al acreedor fijar un término suplementario de duración razonable para el cumplimiento del deudor. En caso de que al vencimiento de tal término el cumplimiento no se verifica, el acreedor insatisfecho puede resolver el contrato...”⁽¹⁴²⁾.

A diferencia de lo que ocurre con la resolución por autoridad del acreedor prevista el artículo 1429 del Código Civil que impone al acree-

(141) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 168.

(142) *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, ob. cit., p. 420.

dor un plazo no menor de quince (15) días, los Principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Europeo no establecen un plazo se habla de un plazo razonable. En los comentarios al artículo 8:106 de los Principios de Derecho Europeo al respecto se señala: “La determinación de lo que sea un término razonable debe en definitiva ser dejada al juez”⁽¹⁴³⁾. Pero se señalan una serie de factores como por ejemplo⁽¹⁴⁴⁾:

-El término inicialmente fijado para el cumplimiento. Si el término es breve, el término nuevo puede ser breve;

-La exigencia, que debe ser hecha al deudor incumpliente, por el acreedor insatisfecho, de un pronto cumplimiento;

-La naturaleza de los bienes, servicios o derechos objeto de la prestación. Una prestación compleja puede exigir un término más largo que una simple;

-El hecho que ha causado el retardo. La parte a la cual le ha sido impedido cumplir por el mal tiempo le debe ser otorgado un plazo más largo que a un deudor que simplemente se olvidó de su obligación.

2.3. El resarcimiento de daños

En la tradición jurídica se suele hablar de responsabilidad “contractual” para oponerla a la responsabilidad “extracontractual”, lo que puede llevar a pensar que el contrato es el elemento diferenciador de la responsabilidad civil. De acuerdo con esta idea, sólo frente al incumplimiento de un contrato o, para ser más preciso, frente al incumplimiento de una relación obligatoria de fuente contractual, se genera la responsabilidad contractual; lo que en nuestro ordenamiento jurídico no es exacto.

De acuerdo con el Código Civil la llamada responsabilidad “contractual” se genera frente al incumplimiento de una relación obligatoria siendo indistinto si la fuente de ésta es un contrato o no. En tal sentido, parece más apropiado distinguir la responsabilidad teniendo en cuenta el interés lesionado, así, por ejemplo, debería distinguirse entre la responsabilidad por lesión del interés crediticio y la responsabilidad por lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación. Como puede advertirse el Código Civil no habla de “responsabilidad contractual” sino de “inejecución de obligaciones”. Así la responsabilidad por lesión del interés crediticio comprenderá tanto el

(143) *Ibid.*, p. 422.

(144) *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, ob. cit., p. 423.

incumplimiento de relaciones obligatorias de fuente autónoma (contrato y promesa unilateral) como el de las relaciones obligatorias de fuente heterónoma (actos administrativos, supuestos legalmente tipificados y actos judiciales)⁽¹⁴⁵⁾.

En España, Pantaleón considera inadecuado un tratamiento conjunto de la responsabilidad por incumplimiento de las relaciones obligatorias de fuente contractual y de fuente heterónoma. El autor español al inicio de su artículo “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual” señala: “Frente al incumplimiento contractual más exactamente, porque advierto ya que las reflexiones que siguen se contraen al incumplimiento de las obligaciones y deberes que tienen su fuente en los contratos, desde mi íntima convicción de que, en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es sólo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado”⁽¹⁴⁶⁾.

La expresión “inejecución” designa la situación jurídica “objetiva” que se produce ante la falta de actividad del deudor (o ante la actividad en las prestaciones de no hacer) prescindiendo de la imputabilidad del deudor.

La “inejecución” de la prestación, sea en la hipótesis de incumplimiento o en la de retardo, puede generar daños a ambos contratantes, no sólo al acreedor sino también al deudor. En efecto Trimarchi al respecto señala: “El acreedor de la prestación no cumplida puede, por una parte, haber pagado la contraprestación contractual, haber realizado gastos, asumido obligaciones y desatendido ocasiones alternativas confiando en conseguir la prestación que le es debida: gastos y daños que corresponden a su *interés negativo* (y representan su daño a la confianza); por otra parte, él ve frustrada la espera de conseguir el valor de la prestación que le era debida y los provechos que se habrían derivado, que corresponden a su *interés positivo* (y representan su daño por el incumplimiento). Y añade: “En cuanto al deudor, si el incumplimiento implica para él la pérdida del derecho a la contraprestación, él ve frustrada la espera de recibirla y de conseguir los provechos que habría podido obtener, y ve faltar la cobertura que ésta habría po-

(145) Ver al respecto DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo, ob. cit., ps. 131 y ss.

(146) PANTALEÓN, Fernando. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. En: *Anuario de Derecho Civil*, 1982, p. 1719. También en PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Estudios sobre responsabilidad contractual*. Lima: Juristas, 2010, p. 89.

dido proporcionarle para los gastos eventualmente afrontados para preparar el cumplimiento”⁽¹⁴⁷⁾.

Veamos el siguiente ejemplo: la empresa *A* se obliga frente a la empresa *B* a suministrar maquinaria de su fabricación que *B* requiere para ser empleada en su actividad económica. Si *A* entrega la maquinaria con defectos que no la hacen apta para la finalidad de la adquisición, “el daño total para la economía en su conjunto será igual al valor del trabajo del material y del capital desperdiciado para la construcción de las máquinas defectuosas (designaremos con la letra *p* este componente del daño), unido al daño derivado para *B* del retardo en la disponibilidad de las máquinas necesarias para el funcionamiento de su oficina (daño que designaremos con la letra *β*)”⁽¹⁴⁸⁾. Cuando el deudor es responsable asume el daño $p + \beta$, cuando no lo es, entonces se reparten los daños: el acreedor asume β y el deudor *P*.

¿A cuál de los contratantes le corresponde asumir los daños que la inejecución pueda haberles causado? El artículo 1314 y el primer párrafo del 1321 del Código Civil dan la respuesta.

El artículo 1314 del Código Civil establece:

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

El primer párrafo del artículo 1321 señala:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve [...]”.

De los textos transcritos, para la doctrina nacional mayoritaria, los daños sufridos por los contratantes son asumidos por el deudor sólo si la lesión de crédito se debe a dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Se adoptaría pues un factor de atribución subjetivo.

Así, el deudor que actúa con la diligencia ordinaria no es imputable por la lesión del crédito. Osterling Parodi respecto al artículo 1314 dice: “La norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su

(147) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 4.

(148) TRIMARCHI, Pietro. “Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattualae”. In: *Interpretazione giuridica e analisi economica*, ob. cit., p. 286.

cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa”⁽¹⁴⁹⁾. En otras palabras cuando la lesión de crédito es imputable al deudor y lo será cuando este actúe con dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

Por otro lado, el artículo 1317 del Código Civil dispone:

“El deudor no responde de los daños y perjuicios resultante de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables [...]”.

En tal sentido, el deudor no responde por la lesión del crédito cuando esta se produce por causas que no son superables por el deudor actuando con la diligencia ordinaria. Así, por ejemplo, un terremoto (caso fortuito) constituye un supuesto de causa no imputable, sólo si el deudor no previó las medidas de prevención normalmente adecuadas sobre la base de la común experiencia o a la técnica profesional relativa al tipo de la prestación⁽¹⁵⁰⁾.

Actuar con diligencia y prudencia para satisfacer el interés del acreedor (es decir para cumplir con la relación obligatoria) tiene un costo para el deudor. Ese costo puede significar una erogación concreta (ejemplo, colocar un sistema de seguridad para la custodia de un bien en el contrato de depósito) o simplemente un detrimento en la utilidad esperada (ejemplo, conducir más lentamente el vehículo en el contrato de transporte). Esto es lo que se llama el “costo de la precaución”.

Teniendo en cuenta que las medidas de diligencia que tome el deudor suponen un costo es claro que el deudor sólo será inducido a ser diligente siempre que dicho costo sea inferior a las consecuencias derivadas del incumplimiento contractual, caso contrario resultará más barato incumplir los contratos.

Conforme al artículo 1320 del Código Civil:

“Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

De acuerdo con la norma citada, el deudor que actúa con la “diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que co-

(149) OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*, ob. cit., p. 233.

(150) En este sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 Responsabilità*, ob. cit., p. 33.

rrsponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” no es imputable por la lesión del crédito. Éste es el estándar de diligencia exigido por la ley al deudor (estándar legal).

El deudor responde de los daños causados por su “incumplimiento imputable” o por su “mora”, la que supone un retardo imputable al deudor, así el incumplimiento da lugar a una indemnización de carácter compensatoria mientras que la mora da lugar a una indemnización moratoria, se distingue entonces entre “daños y perjuicios compensatorios” y “daños y perjuicios moratorios”.

El Artículo 7.4.1 de los Principios UNIDROIT señala:

“Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios”.

Los comentarios del artículo citado indican: “El artículo insiste en que el derecho al resarcimiento, como otros remedios, surge por el simple hecho del incumplimiento. La parte perjudicada únicamente debe probar el incumplimiento, esto es, que no ha recibido lo que se le había prometido. No es necesario probar además que el incumplimiento se debe a la culpa de la parte incumplidora”⁽¹⁵¹⁾.

El Artículo 9:501 de los Principios del Derecho Europeo establece:

“(1) El acreedor insatisfecho tiene derecho al resarcimiento del daño sufrido a causa del incumplimiento del deudor cuando éste no sea exonerado de responsabilidad de conformidad con el art. 8:108.

(2) El daño que puede ser demandado el resarcimiento comprende:

(a) El daño no patrimonial; y

(b) El daño futuro que es razonablemente previsible”.

En los Comentarios a este artículo se señala: “Cuando la obligación de una parte debe conseguir un resultado dado, el no alcanzarlo atribuye al acreedor insatisfecho el derecho al resarcimiento del daño, haya habido o no culpa por parte del deudor incumpliente, salvo cuando el incumplimiento sea justificado” y luego agregan. “Cuando la obligación de una parte no debe producir un resultado pero consista solamente en adoptar la diligencia y la pericia adecuadas, el deudor es responsable sólo si no ha cumplido su obligación, es decir si no ha empleado el cuidado o la pericia a las cuales estaba obligado. A falta

(151) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 199.

de una cláusula que especifique el grado de cuidado y de pericia requerido, este es el equivalente al grado de la culpa”⁽¹⁵²⁾.

Como hemos visto, cuando el deudor es responsable asume el daño total del incumplimiento; es decir, el propio daño y el daño sufrido por el acreedor, sin embargo, respecto al daño sufrido por el acreedor debe tenerse en cuenta el último párrafo del artículo 1321 del Código Civil que dispone:

“Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contratada”.

Una disciplina adecuada de la responsabilidad “contractual” (entendida como responsabilidad derivada del incumplimiento de una relación obligatoria de fuente contractual) debe establecer, para el acreedor y para el deudor, incentivos para inducirlos para adoptar, cada uno en su propia esfera, las medidas de prevención del daño. Ello se logrará en la medida en que las partes cuenten con información respecto a los riesgos del daño⁽¹⁵³⁾.

Así, mientras el acreedor normalmente conoce qué daño le generaría el incumplimiento, el deudor, en cambio, por lo general, desconoce. En tal sentido, si los deudores respondieran de todos los daños, incluso los imprevisibles, los contratantes que sean conscientes de este riesgo elevarían un poco el nivel de precaución y del esfuerzo debitorio.

Cuando la ley establece que el deudor incumpliente sólo responde de los daños previsibles al tiempo en el cual fue contraída la relación obligatoria, él adecuará su propio esfuerzo y el precio a las situaciones normales.

Esto supone una limitación de la responsabilidad del deudor, de tal manera que los daños resarcibles no podrán exceder de la pérdida que el deudor hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato. Es en este momento en que el deudor debe calcular le empeño y los riesgos que asume y debe requerir la contraprestación adecuada. Es irrelevante la previsibilidad en caso que el mayor riesgo se haya producido de manera sobreviniente y se haya puesto en conocimiento del deudor, ello porque el deudor ha progra-

(152) *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, ob. cit., p. 490.

(153) Seguimos a TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., ps. 172 y ss.

mado su esfuerzo, las precauciones y la contraprestación sobre la base de lo que era previsible al momento de la constitución de la relación obligatoria⁽¹⁵⁴⁾.

El límite de la previsibilidad del daño no opera en el caso en el cual el incumplimiento sea doloso o por culpa inexcusable; en tal caso, el deudor debe resarcir el daño previsible e imprevisible.

Lo que debe determinarse del artículo 1321 del Código Civil es si la previsibilidad se refiere al tipo de daño o a su monto. La doctrina no es uniforme. Para Trimarchi, por ejemplo, es relevante la previsibilidad del monto⁽¹⁵⁵⁾. Para Bianca, en cambio, “previsibilidad del daño económico no quiere decir sin embargo, previsibilidad de su preciso monto. Quiere decir más bien que el deudor no está obligado a resarcir aquel daño económico cuyo monto asume un alcance extraordinario respecto a la entidad del evento lesivo”⁽¹⁵⁶⁾.

El artículo 7.4.4 de los Principios UNIDROIT señala:

“La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato”.

Los Principios UNIDROIT no contemplan la excepción referida a que el incumplimiento doloso o por culpa inexcusable, el resarcimiento no alcanza a los perjuicios que no pudieron preverse. Por otro lado, en los comentarios se indica: “La previsibilidad del daño se refiere a la naturaleza del daño y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente. En todo caso, la noción de previsibilidad es lo suficientemente flexible como para dejar al juez un amplio margen de discreción”⁽¹⁵⁷⁾.

La resolución del contrato importa la obligación de la parte incumpliente de resarcir los daños sufridos por la otra parte. Este daño está representado por la lesión del interés positivo; es decir, la lesión del interés a la ejecución del contrato. Este no se confunde con la lesión del interés negativo, es decir el interés de la parte que resuelve de no celebrar un contrato destinado a devenir ineficaz⁽¹⁵⁸⁾.

(154) *Ibíd.*, p. 179.

(155) *Ibíd.*, p. 177.

(156) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 Responsabilità*, ob. cit., p. 157.

(157) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, ob. cit., p. 206.

(158) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 Responsabilità*, ob. cit., p. 296.

Al respecto señala Trimarchi: “el principio fundamental es que el resarcimiento debe colocar al contratante lesionado en una situación económica equivalente a aquella en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido exactamente cumplido: se trata de hacerle obtener el valor del negocio, sobre el cual había confiado. El resarcimiento así concebido tiene por objeto, se dice el interés positivo (o interés al cumplimiento)”⁽¹⁵⁹⁾. El resarcimiento del interés positivo comprende el daño emergente y el lucro cesante.

Bullard González en el Perú afirma: “...para que el simple pago de los daños ocasionados por el incumplimiento desarrolle su función de crear incentivos para que los contratos se cumplan cuando son eficientes y se rompan cuando no lo son, el monto de la indemnización debe poner al acreedor en la misma situación en la que estaría si el contrato se hubiese, efectivamente, cumplido”⁽¹⁶⁰⁾. Como precisa Haro Seijas: “Si las indemnizaciones en un sistema son subcompensatorias, los deudores pueden verse inducidos a incumplir demasiado. Si las indemnizaciones son sobrecompensatorias, el sistema podría estar motivando la ejecución de contratos que sería mejor resolver. Los problemas se multiplican cuando, como ocurre en el Perú, no se tiene claro qué criterios emplean las cortes para calcular el monto de las indemnizaciones”⁽¹⁶¹⁾.

En puridad, tanto el resarcimiento de los daños ocasionados como la ejecución forzosa tienen como objeto colocar al contratante insatisfecho en la misma posición si la parte incumpliente hubiese ejecutado la prestación a su cargo. Al respecto Schwartz señala: “El propósito de los remedios contractuales es colocar al promisorio lesionado en una posición similar a la que habría tenido si el promitente hubiese cumplido su promesa. El Derecho Contractual tiene dos métodos para lograr esta “meta compensatoria”: (i) requerir a la parte que incumplió el resarcimiento de los daños ocasionados, de modo que el promisorio lesionado pueda adquirir una prestación sustituta o pueda obtener las ganancias netas que la prestación prometida hubiese generado;

(159) TRIMARCHI, Pietro. “Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Anno XLVIII. N° 5. Settembre-Ottobre. Padova: CEDAM, 2002, p. 637. También en TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 83.

(160) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: ob. cit., p. 233.

(161) HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüé... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. En: *Thémis, Revista de Derecho*. N° 44, 2002, p. 95.

o (ii) requerir a la parte que incumplió la ejecución de la prestación pactada”⁽¹⁶²⁾.

De acuerdo con Bianca el lucro cesante es el incremento patrimonial neto que el acreedor habría obtenido si el contrato hubiera sido regularmente cumplido. Se determina de la diferencia del valor de la prestación incumplida y el valor de la prestación debida por la parte no incumpliente neto de los gastos⁽¹⁶³⁾. Para el autor italiano el valor de la prestación incumplida debe ser referido al valor de mercado.

El autor italiano nos da el siguiente ejemplo: supongamos que por culpa del vendedor se resuelva un contrato de compraventa que tiene como objeto la transferencia de la propiedad de un departamento. Si el valor del departamento (100) es superior al precio (80), el comprador podrá pretender la diferencia a título de lucro cesante ($100 - 80 = 20$), detrayendo ulteriormente los gastos a su cargo, gastos que serían asumidos si por comprador si el contrato hubiera sido cumplido.

Como explica Haro Seijas “el principio con arreglo al cual las indemnizaciones contractuales deben calcularse de modo que otorguen a la víctima el valor que hubiera obtenido por la ejecución del contrato se conoce en la doctrina anglosajona como “indemnización a de las expectativas”. Por expectativas contractuales se hace referencia comúnmente al beneficio que el acreedor espera obtener del contrato. Tal beneficio es equivalente a la diferencia entre el precio y el valor que el acreedor le asigna a la prestación”⁽¹⁶⁴⁾, en tal sentido, para el acreedor insatisfecho es indiferente el incumplimiento o el cumplimiento, puesto que siempre estará en la misma situación.

Como puede advertirse es necesario conocer el valor que la parte insatisfecha le asigna a la prestación debida, no obstante es difícil para los jueces estimar el valor subjetivo que el acreedor insatisfecho le asigna al cumplimiento del contrato. Una forma de salvar este inconveniente es a través de una pena convencional. Como señala Trimarchi una de las razones que pueden inducir a las partes a estipularla es “el ahorro de los costos judiciales: este resultado se tiene sobre todo cuando el daño y su medida sean difíciles de probar, pero subsiste

(162) SCHWARTZ, Alan. “El caso para la ejecución forzada”. En: *Ius et Veritas*. N° 34, p. 15.

(163) BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 Responsabilità*, ob. cit., p. 297.

(164) HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüé...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. En: ob. cit., p. 97.

también fuera de este caso, porque generalmente los costos de una determinación judicial son superiores a los costos de negociación”⁽¹⁶⁵⁾.

Al respecto el artículo 9:502 de los Principios del Derecho Europeo establece:

“El criterio general de conmensurar el daño resarcible está constituido por la suma en grado de colocar al dañado lo más posible en la posición en la cual se habría encontrado si el contrato hubiese sido exactamente ejecutado. El resarcimiento comprende la pérdida sufrida por el dañado y la falta de ganancia”.

Como se señala en el Comentario: “El artículo bajo comentario coloca juntos el interés de expectativa (*expectation interest*), categoría base del resarcimiento del daño por incumplimiento en el *common law*, con el interés positivo de los ordenamientos del *civil law*, compuesto por las tradicionales categorías romanistas del *damnum emergens* y del *lucrum cessans*: es decir, el acreedor insatisfecho tiene derecho a un resarcimiento que le rinda el valor de la expectativa creditoria insatisfecha. En un contrato de venta de bienes o de prestación de servicios ello es medido normalmente por la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio de mercado o corriente...”⁽¹⁶⁶⁾.

Al concepto del resarcimiento por lesión del interés positivo se opone el resarcimiento por lesión del interés negativo (daño a la confianza), el cual está dirigido a colocar al contratante lesionado en una situación equivalente a la que se encontraría si el contrato no hubiese sido celebrado. Como señala Trimarchi: “ello significa compensarlo por los gastos inútilmente realizados para celebrar el contrato confiando en su ejecución, y asimismo en las ganancias que se habría obtenido derivadas de negocios alternativos a los cuales hubiera renunciado”⁽¹⁶⁷⁾.

Mientras que el resarcimiento por lesión del interés positivo se da fundamentalmente en el caso de resolución por incumplimiento, el resarcimiento por lesión del interés negativo se da en caso de rescisión⁽¹⁶⁸⁾.

(165) TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 212.

(166) *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, ob. cit., p. 495.

(167) TRIMARCHI, Pietro. “Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento”. En: ob. cit., p. 637. También en TRIMARCHI, Pietro. *Il Contratto: inadempimento e rimedi*, ob. cit., p. 83.

(168) Ver artículo 1370 del Código Civil. Asimismo, es la que se da en el caso de la responsabilidad pre contractual (ver al respecto FRANZONI, Massimo. “Il danno risarcibile”. En: *Trattato della Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 91).

Luciano Barchi Velaochaga, abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Director de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima.

Respecto al interés negativo ver TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1990.

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

Por Fabián ELORRIAGA DE BONIS⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Los remedios frente al incumplimiento contractual. 2. La situación chilena frente a los remedios por incumplimiento de contrato. 2.1. La falta de sistemática de los remedios frente al incumplimiento. 2.2. La opción entre cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios. 2.3. La supuesta falta de autonomía de la acción indemnizatoria. 2.4. Resolución contractual sólo en virtud de sentencia judicial. 2.5. Posibilidad de frustrar la solicitud de resolución. 2.6. Los efectos de la excepción de contrato no cumplido. 3. Consideraciones finales.

1. LOS REMEDIOS FRENTE AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Existe bastante consenso a nivel mundial que ante la inexecución de la obligación por parte de deudor, el ordenamiento jurídico debe dotar al acreedor insatisfecho en sus intereses de todas las herramientas necesarias para lograr que el daño asociado al incumplimiento contractual sea debidamente reparado o incluso evitado. Estos medios o remedios deben ser múltiples, eficaces, por regla general compatibles entre sí, y deben quedar entregados en su ejercicio a la voluntad, criterio o preferencia del acreedor perjudicado con el incumplimiento del contrato.

Si se examinan los textos doctrinarios más emblemáticos y acabados que actualmente existen a nivel mundial y que recogen los principios comúnmente aceptados en la contratación, se advierte un marcado desarrollo en beneficio de la protección del interés no satisfecho

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile.

del acreedor, sea porque el deudor no ha cumplido el contrato, porque lo ha cumplido mal o porque lo ha cumplido tardíamente. Esto se logra mediante el establecimiento sistemático de un grupo de remedios acaso no novedosos, o inclusive calificables de clásicos, pero expuestos de manera ordenada, coherente y armoniosa, de modo que la eficacia en la satisfacción del crédito y la reparación de los perjuicios está debidamente asegurada. Así ocurre en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PDEC)⁽²⁾; con el Código Europeo de los Contratos (CEC)⁽³⁾, y con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del año 2004 (PUCCI)⁽⁴⁾.

En todos estos trabajos destacan como remedios específicos para el caso de incumplimiento: *a)* El derecho a la ejecución forzada de la obligación o cumplimiento en naturaleza; *b)* el derecho de solicitar la resolución por incumplimiento; *c)* la posibilidad de oponer la parte diligente la excepción de contrato no cumplido; *d)* el derecho del perjudicado a solicitar la rebaja del precio o cuantía de la propia prestación, y, finalmente; *e)* el derecho de solicitar la indemnización de todos los daños causados con el incumplimiento⁽⁵⁾.

(2) A fines de los ochenta se creó en Europa un grupo académico de trabajo para generar principios europeos de derecho contractual, con la dirección del profesor danés Ole Lando, de allí que este grupo haya sido conocido como "Comisión Lando" o Comisión de Derecho Europeo de los Contratos. Ella confeccionó las partes I y II de los "Principios del Derecho Europeo de los Contratos" cuya última versión apareció en 2002. Estos principios, a decir del profesor LARROUMET, "constituyen la obra más elaborada sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa" (LARROUMET, Christian. "La unificación del derecho de las obligaciones en Europa". En *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año V, núm. 13-14 (2006), p. 70).

(3) Elaborado por el denominado "Grupo de Pavia", correspondiente a la Academia de Iusprivatistas Europeos. Fue publicado el año 2001 bajo el nombre de *European Contract Code, a Preliminary Draft*.

(4) Estos principios han sido elaborados por el *Institut International pour l'unification du Droit Prive*. Tienen dos versiones: una del año 1994 y otra más reciente del año 2004. Ellos formulan normas generales para los contratos comerciales internacionales, y recogen el sistema germano romanista, pero también los usos y prácticas del comercio internacional, de marcada influencia angloamericana.

(5) Existen otras iniciativas como la del Grupo de Estudio de Código Civil Europeo (*Study Group on a European Civil Code*); el Proyecto *Ius Commune Casebooks*, de la Universiteit Maastricht y Katholieke Universiteit Leuven; el *Common Core Project*, de la Università di Trento. También la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1978. Sobre los remedios por incumplimiento en ella: VIDAL OLIVARES, Álvaro. "El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional". En: *Revista Chilena de Derecho*, 33, 3 (2006), 439 y ss. Respecto de la utilidad de todos los intentos unificadores del derecho contractual europeo LARROUMET, ob. cit.,

Así lo resuelve el apartado 1 del artículo 8:101 de los “Principios de derecho europeo de los contratos”, dedicado a los “medios de protección del crédito”. Dicha norma dispone que “siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9”⁽⁶⁾. Ello significa, a la luz de lo prevenido en este último capítulo, relativo a los “remedios específicos en caso de incumplimiento”, que el acreedor insatisfecho puede exigir: *i.* El cumplimiento de la prestación (sección 1); *ii.* oponer la excepción de incumplimiento contractual (sección 2); *iii.* solicitar la resolución del contrato (sección 3); *iv.* exigir la reducción del precio (sección 4); o *v.* requerir la indemnización de los daños, perjuicios e intereses (sección 5).

Por otro lado, el Código Europeo de los Contratos dedica el Título VIII de su Libro Primero, precisamente, a la inejecución del contrato. Ahí se trata, también sistemáticamente, del derecho del acreedor a suspender la ejecución del contrato en los contratos sinalagmáticos (art. 108); del derecho a requerir la ejecución forzada del contrato en forma específica (art. 111); del derecho a pedir la reducción del precio (art. 113)⁽⁷⁾; de la facultad para impetrar la resolución del contrato (art. 114) y del derecho de solicitar la reparación de sus daños e intereses, derecho que puede ser acumulado a los antes señalados (art. 116)⁽⁸⁾. El artículo 171 de este Código doctrinario, permite y regula

en nota 1, ps. 69 a 80 y sobre su naturaleza VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual*. En *Redur, Revista electrónica de Derecho*, 3, 2005, ps. 56 y ss. Sobre los principios europeos de derecho contractual, puede verse las actas del congreso internacional celebrado en Palma de Mallorca el 26 y 27 de abril de 2007, publicadas bajo el título *Principios de derecho contractual europeo y principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, María Pilar Ferrer Vandrell y Anselmo Martínez Cañellas (directores), Madrid: Dykinson, 2009.

(6) El referido artículo 8:108, dedicado a la exoneración por imposibilidad en el cumplimiento, señala que una parte queda liberada de cumplir si prueba que no puede proceder a ello por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias.

(7) La norma debe ser relacionada con el artículo 158, dedicado íntegramente a la confirmación o denegación de la resolución contractual.

(8) Este derecho está muy acabadamente regulado entre los artículos 162 a 169.

la forma en que pueden ser acumulados todos estos remedios frente al incumplimiento contractual.

En la misma línea se enmarcan los conocidos Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Su Capítulo 7 está dedicado completamente al incumplimiento del contrato. Ahí se aborda el incumplimiento del contrato (*sección 1*); el derecho a reclamar el cumplimiento (*sección 2*); la resolución contractual (*sección 3*) y el derecho a resarcimiento (*sección 4*). La excepción de contrato no cumplido está tratada dentro del incumplimiento del contrato en el artículo 7.1.3, bajo el título de suspensión del cumplimiento. Según lo prevenido en el artículo 7.4.1, cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada el derecho a resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, de lo que se colige que este derecho es claramente autónomo respecto de la demanda de cumplimiento específico o resolución contractual.

En consecuencia, se observa una marcada y nítida tendencia hacia la enunciación y regulación de un abanico de posibilidades de reacción ante el no cumplimiento contractual, en donde la elección del remedio específico queda radicada en manos del acreedor insatisfecho.

2. LA SITUACIÓN CHILENA FRENTE A LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

Si bien la situación antes descrita puede ser considerada como la ideal, lo cierto es que ella dista muchísimo de la realidad chilena. A pesar de que la doctrina nacional ha sido capaz de construir un acabado catálogo de los medios de que dispone el acreedor para satisfacer su interés crediticio, ello ha sido a pesar de una elaboración legal más bien defectuosa, incompleta, a ratos confusa y muchas veces dudosa. En este sentido si bien los autores han sido capaces de poner un poco de orden en donde no lo hay, los problemas de construcción legal no pueden ser obviados por completo como si ellos no existieran, pues en los hechos han dado lugar a desencuentros dentro de la misma doctrina, a decisiones judiciales contradictorias y a pronunciamientos que, apegados al tenor de las normas, se apartan de los postulados que la doctrina suele considerar como acertados.

2.1. La falta de sistemática de los remedios frente al incumplimiento

Como se ha dicho, los remedios de que dispone un acreedor nacional frente al incumplimiento del deudor tienen en el Código Civil

chileno un tratamiento poco feliz⁽⁹⁾. Esto porque no existe un título, sección o apartado en el que se establezcan de manera sistemática y ordenada los diferentes derechos que se confieren al acreedor cuyo interés contractual no ha sido satisfecho. De manera dispersa, poco clara y aislada, se recogen como remedios el cumplimiento forzado, la resolución contractual, la indemnización de perjuicios, la excepción de contrato no cumplido y la disminución de la contraprestación debida.

En el Código chileno, el efecto anormal de las obligaciones como lo es el incumplimiento contractual, está regulado entre los artículos 1545 a 1559 del Libro Cuarto, bajo el epígrafe “Del efecto de las obligaciones”. Sin embargo, un examen de estas normas pone en evidencia, por una parte, que no todas ellas se refieren al incumplimiento del contrato en sentido estricto, y por otra, que se echan en falta varios remedios frente al incumplimiento.

Este articulado lo abren el principio de la fuerza obligatoria del contrato (art. 1545) y el principio de la buena fe contractual (art. 1546). Algo más atrás se regula el contrato de promesa (art. 1554). Como se advierte, estas normas bien podrían estar sistemáticamente en otro lugar, ya que, en rigor, poco o nada tienen que ver con los remedios frente al incumplimiento del contrato.

De otro lado, dentro de este articulado no existe una norma expresa que permita solicitar el cumplimiento forzado de una obligación de dar. Los artículos que se refieran a la ejecución *in natura* están limitados exclusivamente a las obligaciones de hacer (art. 1553.1.a) y no hacer (art. 1555)⁽¹⁰⁾. Para determinar la forma en que debe ejecutarse una

(9) Sobre el particular son especialmente pertinentes los trabajos de BARROS BOURIE, Enrique. “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”. En: *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Valparaíso (2007), Alejandro Guzmán Brito (editor científico). Santiago: Legal Publishing, 2008, ps. 403 y ss.; en el mismo lugar PIZARRO WILSON, Carlos. “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, ps. 395 y ss. y VIDAL OLIVARES, Álvaro. “El incumplimiento de las obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”. En: *El Código Civil de Chile (1855-2005)*. Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación. Santiago: LexisNexis, 2007, ps. 495 y ss.

(10) Esto a pesar de lo defendió por VIDAL en el sentido de que el sistema de responsabilidad del deudor en el modelo chileno está fundado en las obligaciones de dar, y concretamente en las de dar una especie o cuerpo cierto (cf. *El incumplimiento...*, cit. en nota 4, ps. 499 y 500).

obligación de dar debe recurrirse a las normas del Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil, específicamente a los artículos 438 y ss. En el mismo lugar se encuentran normas procesales que complementan las del Código Civil en lo que hace a la ejecución forzada de las obligaciones de hacer y no hacer.

Tampoco el derecho del acreedor de pedir la resolución del contrato está reglado en este articulado. Ello está previsto en el artículo 1489, a propósito de las obligaciones condicionales, y específicamente dentro de las condiciones resolutorias tácitas. Para el Código chileno el incumplimiento del contrato es una especie de hecho futuro e incierto del cual pende la extinción de un derecho. Por eso señala que en los contratos bilaterales “va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”, pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Cuatro problemas tiene esta solución, *i.* por un lado se sustrae el incumplimiento del lugar que naturalmente debiera tener como efecto anormal de la obligación; *ii.* por otro, se mezcla y confunde el incumplimiento con las condiciones resolutorias; *iii.* en tercer término, pareciera decirse que el cumplimiento forzado del contrato es una facultad que deriva de la condición resolutoria, en circunstancias que el cumplimiento forzado supone necesariamente que el contrato no esté resuelto; y, *iv.* finalmente, la norma lleva a la errada conclusión de que para poder solicitar la indemnización de perjuicios por incumplimiento debe pedirse necesariamente o la resolución del contrato o su cumplimiento forzado, no pudiendo requerirse la indemnización en forma autónoma.

Por otra parte, en el Código Civil, la excepción de contrato no cumplido no tiene un tratamiento expreso y claro. Es cierto que su artículo 1552 dispone que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. A partir de ello casi la unanimidad de la doctrina ha entendido que se recoge de manera indirecta la *exceptio non adimpleti contractus*.⁽¹¹⁾ Sin embargo, la ausencia de una expresión clara en este

(11) Cf. ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*. 3ra. edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1993, ps. 774 y ss.; CLARO SOLAR, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, T. 11. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, reimpresión, 1979, n° 1270, ps. 769 y ss.; MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1979, p. 90; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo.

sentido ha llevado a algún autor a entender que en este artículo contempla una excepción de incumplimiento aplicable solamente en el evento que lo demandado sea la indemnización de perjuicios y no se extendería a los supuestos en que se pretenda la resolución o el cumplimiento de la obligación⁽¹²⁾.

Finalmente, dentro de este articulado no hay una norma que recoja de manera general y válida para todos los casos, el derecho del acreedor a exigir una disminución del precio de su prestación frente al incumplimiento defectuoso del deudor. Esta solución existe en el ordenamiento para contratos específicos y para situaciones concretas de incumplimiento, pero no está prevista como un remedio de procedencia genérica en los contratos bilaterales⁽¹³⁾.

En consecuencia, resulta más que claro que la cuestión de la ordenación sistemática de los remedios por incumplimiento contractual no está bien resuelta, siendo lo deseable acumular y armonizar todas estas soluciones en un solo sitio, de una manera que resulte coherente,

“Sobre la excepción del contrato no cumplido”. En: *Actualidad jurídica*. Santiago: Universidad del Desarrollo, 9, 2004, ps. 121 y ss.; FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1992, ps. 229 y ss. y LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos. Parte general*. 4a edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2005, ps. 554 y ss.

(12) Así ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido”. En: *Actualidad jurídica*. Santiago: Universidad del Desarrollo, 8, 2004, ps. 84 y ss. En todo caso no es la opinión de la mayoría de la doctrina, la que entiende que esta excepción es oponible a una demanda de indemnización de perjuicios, de resolución o de cumplimiento forzado de la obligación. De la misma manera lo ha resuelto la jurisprudencia. Cf. ABELIUK, ob. cit., en nota 10, ps. 419 y 774; CLARO SOLAR, ob. cit., en nota 10, T. 10, n° 165, ps. 184 y ss.; FUEYO, *Cumplimiento...*, cit. en nota 10, p. 230; LÓPEZ, ob. cit., en nota 10, p. 556; MEZA, ob. cit., en nota 10, ps. 90, 289 y 290; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2009, ps. 413 y RODRÍGUEZ, ob. cit., ps. 126 y ss.

(13) Así, según el artículo 1832.2, si se vende el predio con relación a su cabida, y ella es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla, y si esto no le fuere posible, o no se le exigiere, “deberá sufrir una disminución proporcional del precio”; pero si el precio de la cabida que falte alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador, a su arbitrio, “o aceptar la disminución del precio”, o desistir del contrato en los términos del precedente inciso. También, según el artículo 1860, los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta “o la rebaja del precio”, según mejor le pareciere. Para el arrendamiento, el artículo 1932.2, dispone que si existe un impedimento parcial para el goce de la cosa o si la cosa se destruye en parte, el juez decidirá, según las circunstancias, si debe tener lugar la terminación del arrendamiento, “o concederse una rebaja del precio o renta”.

y sin dejar espacio a las dudas en una materia tan básica y fundamental.

Otra cuestión íntimamente vinculada a los remedios frente al incumplimiento contractual que podría ser revisada, es el régimen de responsabilidad civil contractual contemplado en el Código chileno. Es opinión común, dado el tenor de las normas, que se trata de un régimen de responsabilidad civil subjetivo, en donde el deudor solamente responde si ha existido culpa o dolo de su parte, pudiendo eximirse si acredita que el incumplimiento no le es imputable. De esta forma los remedios consistentes en la indemnización de perjuicios, la resolución contractual y la excepción de contrato no cumplido, resultan evidentemente vinculados a este modelo de responsabilidad subjetiva. La cuestión de si vale la pena revisar este modelo de responsabilidad civil, a fin de sustituirlo por uno de base objetiva, naturalmente que excede el ámbito propio de los medios de que dispone el acreedor para proteger sus intereses, ya que en verdad lo que cambiaría, en este caso, no son los remedios en sí mismos, sino que los supuestos en que ellos se hacen procedentes.

2.2. La opción entre cumplimiento forzado e indemnización de perjuicios

Es sabido que a nivel mundial se ha discutido arduamente si el legislador debe preferir el cumplimiento del contrato en la forma acordada por las partes desde su inicio o darle el derecho al acreedor para desentenderse de la prestación inicialmente debida y demandar derechamente la indemnización de perjuicios por incumplimiento⁽¹⁴⁾.

La idea que se impone en la actualidad es que el acreedor debe disponer del derecho a escoger la opción que considere más funcional a su interés, y no puede ser obligado, en la mayoría de los casos, a optar por un determinado medio de satisfacción. Será él, dependiendo de cuál sea su interés, quien escoja el mecanismo que considere más idóneo a este fin⁽¹⁵⁾.

Esta cuestión definitivamente no es clara en el Código Civil chileno. No es dudoso que el acreedor tiene este derecho en las obligaciones de hacer, ya que el artículo 1553 establece que en este tipo de obligacio-

(14) Un buen resumen y planteamiento de la cuestión en FARRELL, Martín. ¿Debe el derecho privilegiar el cumplimiento del contrato? En: www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/Paper-Farrell.pdf.

(15) Cf. PIZARRO, "Hacia un sistema de remedios...", cit. en nota 8, p. 397.

nes si el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1.a Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; 2.a Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; 3.a Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. De suerte que el derecho de optar entre el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios no está en discusión⁽¹⁶⁾.

En las obligaciones de no hacer en cambio, no existe absoluta libertad de elección para el acreedor insatisfecho. Para este caso el artículo 1555 señala que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Agrega que pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Pero “si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo”. Finaliza señalando que el acreedor quedará de todos modos indemne. De ello se desprende que no siempre el remedio dependerá de lo que escoja el acreedor, pues si la finalidad de la obligación negativa puede cumplirse de otra forma, es posible que prevalezca la opción que proponga el deudor, aunque deba indemnizar al acreedor.

En las obligaciones de dar, la solución no es clara, ya que el articulado del Código Civil nada dice expresamente sobre el particular. No obstante, predomina ampliamente en la doctrina la idea de que

(16) Lo que sí puede cuestionarse hoy por hoy es la constitucionalidad de la facultad de apremiar al deudor para el cumplimiento. Los apremios consisten en multas o arrestos hasta por 15 días que el juez puede imponer al infractor (art. 543 CPC). La cuestión es que de acuerdo al artículo 5 de la Constitución Política de la República, el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Uno de estos tratados es la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que en su artículo 7.7. señala que “nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. De modo que siendo la libertad personal un derecho garantizado por un tratado internacional ratificado por Chile, aún en caso de incumplimiento contractual, bien puede ponerse en duda la constitucionalidad de un apremio destinado al cumplimiento de la obligación.

el acreedor no puede optar libremente entre el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios, viéndose en la obligación legal de exigir primero el cumplimiento forzado, y sólo si dicho cumplimiento es imposible, podría pretender que los perjuicios le sean indemnizados, transformándose esta posibilidad en un derecho secundario del acreedor. Así también se ha resuelto por los tribunales⁽¹⁷⁾. Se argumenta, por la mayoría de la doctrina que un derecho de opción en beneficio del acreedor transformaría la obligación en alternativa; que la opción entre una y otra opción vulneraría la fuerza obligatoria del contrato y el principio de la conservación de los negocios jurídicos; y, que el pago debe hacerse conforme al tenor de la obligación⁽¹⁸⁾.

Esta solución no es del todo deseable, y de hecho viene siendo abandonada por la doctrina moderna⁽¹⁹⁾. Incluso ni siquiera es sustentable frente al artículo 1489 del mismo Código, que para el caso del incumplimiento de un contrato bilateral otorga el derecho al acreedor para escoger entre la resolución o el cumplimiento forzado, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Si existe una obligación de dar que no ha sido cumplida, y el acreedor quiere la indemnización de perjuicios y no el cumplimiento forzado, podrá pedir la resolución, camino por el que logra ser indemnizado sin haber pedido el cumplimiento forzado. No hay nada en el artículo 1489 que sugiera directa o indirectamente que este derecho de opción no es aplicable a las obligaciones de dar. Su redacción es tan amplia que no deja dudas acerca de que tanto en las obligaciones de dar, hacer o no hacer, el acreedor puede solicitar la resolución con indemnización de perjuicios, sin estar obligado a requerir la ejecución forzada si ella fuere posible⁽²⁰⁾. Por lo mismo, aun cuando la obligación fuere de dar, el acreedor no está necesariamente obligado a pedir el cumplimiento forzado para obtener la indemnización, bien puede optar por requerir la resolución con la consiguiente indemnización de los daños.

(17) *RDJ*, 33, 1, 465.

(18) Cf. ABELIUK, ob. cit., en nota 10, p. 672; CLARO SOLAR, ob. cit., en nota 10, T. 11, n° 1194, ps. 693 y 694; FUEYO, *Cumplimiento...*, cit. en nota 10, ps. 339 y 340; GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1959, ps. 27 a 32; LARRAÍN RÍOS, Hernán. *Teoría general de las obligaciones*. Santiago: LexisNexis, 2002, p. 211; MEZA, ob. cit., ps. 255 y 256.

(19) A favor del derecho del acreedor para optar libremente entre demandar el cumplimiento específico y la indemnización de perjuicios, BARROS, *Finalidad y alcance...*, cit. en nota 8, ps. 409 y VIDAL, *El incumplimiento...*, cit. en nota 8, p. 527.

(20) Cf. PEÑAILILLO, ob. cit., en nota 11, p. 429.

De la misma forma, la restricción señalada por la jurisprudencia al derecho de opción del acreedor entre acción de cumplimiento y la de resarcimiento, no se aviene tampoco con el artículo 1537, relativo a la cláusula penal, según el cual si el deudor está en mora de cumplir, el acreedor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, “sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio”. Como se sabe, la cláusula penal no es otra cosa que una indemnización convencional de los perjuicios establecida anticipadamente en el contrato para el evento de que una de las partes no lo cumpla. Si se tiene esto presente, resulta claro que la norma confiere al acreedor insatisfecho el derecho de optar entre demandar el cumplimiento de la obligación principal (en naturaleza) o la pena (indemnización de perjuicios)⁽²¹⁾. No resulta de esta norma, entonces, que el acreedor deba instar necesariamente por el cumplimiento forzado del contrato sin tener el derecho de demandar la indemnización, sino que todo lo contrario.

En todo caso, debiera concluirse que si el contrato es bilateral y el acreedor opta por la demanda de indemnización de perjuicios de forma autónoma, no por este hecho se extingue su propia prestación. La indemnización que solicita sustituye la prestación que debe el deudor. La obligación primitiva de éste quedará extinguida de pleno derecho por haber optado el acreedor por la indemnización, o como dice el Código Civil a propósito de la pérdida de la cosa que se debe, la obligación del deudor subsiste pero varía de objeto (art. 1672)⁽²²⁾. Ahora no se trata de ejecutar lo que reza el contrato, sino que de pagar una suma de dinero por equivalencia. En cambio, no sucede lo mismo con la prestación del propio acreedor. Si éste opta por la demanda de indemnización de perjuicios, la eventual condena al deudor no tiene el mérito de extinguir la propia obligación del acreedor. Es como si el acreedor hubiera pedido el cumplimiento forzado de lo que se debe; ello no implica que la prestación que él mismo adeuda quede extinguida, y, por consiguiente, deberá cumplirla.

Lo anterior, hace que demandar sólo de indemnización de perjuicios se justifique si es el deseo del acreedor obtener una suma de dinero y solamente si las posibilidades de lograr una condena alta

(21) Cf. CLARO SOLAR, ob. cit., en nota 10, T. 10, n° 570, p. 509.

(22) Como explica CLARO SOLAR, cuando no se cumple una obligación la indemnización la “reemplaza total o parcialmente”; “el contrato subsiste; pero la obligación cambia de objeto y la prestación a que el deudor se obligó es substituida en todo o parte por la indemnización” (ob. cit., en nota 10, T. 11, n° 1214, p. 723).

sean justificadas, ya que de lo contrario bien podría suceder que la indemnización que se obtenga pueda ser inferior a la propia prestación adeudada con lo que la acción de resarcimiento, más que un remedio será un nuevo perjuicio.

2.3. La supuesta falta de autonomía de la acción indemnizatoria

A pesar de que no existe ninguna norma que lo establezca expresamente, numerosas sentencias chilenas, apartándose del amplio derecho que hoy se le reconoce al acreedor de escoger el remedio contractual que más idóneo sea para satisfacer su interés contractual, le han restado autonomía a la acción de reparación del daño en sede contractual, haciéndola procedente sólo si está aparejada a una de resolución o de cumplimiento forzado del contrato. Han entendido que, frente al incumplimiento contractual el acreedor no puede demandar solamente la indemnización de perjuicios que le causa dicho incumplimiento, sino que debe solicitar o la resolución del contrato o su ejecución forzada, y a ello puede adicionar la demanda indemnizatoria⁽²³⁾.

El fundamento de esta conclusión es lo señalado en el artículo 1489 del Código Civil, según el cual “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”. “Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”. La última frase ha dado a entender a buena parte de los

(23) Así C. La Serena, 18 de mayo de 1900 (*G*, 1900, T. 1, 748, 693); C. Valparaíso, 14 de mayo de 1910 (*G*, 1910, T. 1, 322, 580); C. Suprema, 28 de julio de 1933 (*RDJ*, 33, 1, 495); C. Suprema, 16 de octubre de 1991 (causa rol 14.893); C. Copiapó, 5 de Septiembre de 2006 (rol 432/2006, *Puntolex.cl*); C. Punta Arenas, 9 de enero de 2007 (*Plaza Oviedo con Sociedad Agrícola Sacor Ltda.*, rol 173/2006, *LegalPublishing* 35.743) y C. Temuco, 22 de Octubre de 2009 (rol 696/2009, *Puntolex.cl*). Con todo, una reciente sentencia de 8 de julio de 2010, librada por la Corte Suprema con ocasión de una demanda de indemnización por vicios redhibitorios, ha señalado que “la indemnización de perjuicios tiene entidad independiente que la ley prevé en general, sin que existan razones para vincularla de manera determinante con cada una de aquellas acciones de resolución y rebaja del precio, como tampoco para entenderla accesoria a las mismas, en especial cuando se reclama la reparación de daños morales. Una razón fundamental surge para ello: tanto la teoría clásica, al considerar que la indemnización es la misma obligación cuyo cumplimiento se logra por medio de la justicia en naturaleza o por equivalencia, como por la teoría moderna que indica que la indemnización es una nueva obligación, llegan a la conclusión que se trata de una obligación principal, nunca accesoria y con mayor razón no puede ser accesoria del saneamiento, que integra la teoría general de las obligaciones de garantía, las cuales son reconocidamente accesorias” (c. 11) (rol 8.115/2008).

sentenciadores que frente al incumplimiento el acreedor puede pedir o la resolución o el cumplimiento del contrato, más la indemnización de perjuicios, pero no podría sólo requerir la reparación de los daños. En otros términos, la indemnización de perjuicios sería una consecuencia de la resolución o del cumplimiento tardío del contrato, lo que actuaría como antecedente jurídico como para que se concediese la indemnización de los daños.

Además, subyace en estos pronunciamientos judiciales una preocupación por la suerte del contrato si solamente se pide y se obtiene la indemnización de perjuicios. Éste quedaría en una especie de situación de pendencia, ya que se trata de un contrato incumplido, por el cual se concede una indemnización, pero vigente y con obligaciones pendientes y exigibles, ya que no ha sido declarado formalmente resuelto y las partes no se encuentran definitivamente liberadas.

Ninguno de los dos argumentos en los que se apoya esta tesis es determinante.

Como se ha dicho antes, el Código Civil chileno tiene una defectuosa construcción de la resolución contractual por incumplimiento. Ello se hace a propósito de las obligaciones condicionales y no del efecto de las obligaciones. Para el Código, el incumplimiento es un hecho futuro e incierto que puede producir la extinción de un derecho, de ahí que lo lleve al ámbito de las condiciones resolutorias⁽²⁴⁾. Pero esto no es así, el incumplimiento no es una auténtica condición resolutoria introducida por las partes en el contrato con el fin de supeditar sus efectos a la ocurrencia de hechos futuros e inciertos; sino que sim-

(24) CAPITANT atribuye esta solución a un deficiente entendimiento de lo escrito por Pothier. Según este último sostenía, “en los contratos sinalagmáticos que contienen recíprocos compromisos entre cada uno de los contratantes, se pone con frecuencia la condición resolutoria de la obligación que contrate uno de los contratantes, la inejecución de alguno de los compromisos del otro... Aun cuando no se hubiese expresado en el contrato, la inejecución de vuestro compromiso como condición resolutoria de aquel que yo he contratado para con vos, sin embargo, esta inejecución puede con frecuencia producir la rescisión del negocio, y por consiguiente la extinción de mi obligación. Mas esta extinción de mi compromiso no se hará de pleno derecho” (POTHIER, Robert. *Tratado de las obligaciones*. Traducción de la edición francesa de 1824, corregida y revisada por de las Cuevas. São Paulo: Editorial Heliasta de Buenos Aires, 1993, n° 672, ps. 424 y 425. Según CAPITANT, fue esta explicación la que ha confundido en la materia, pues se vinculó la condición resolutoria expresa a la resolución por incumplimiento, traduciendo mal las explicaciones de POTHIER, quien se cuidó de hablar de una condición resolutoria subentendida (CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations*. París: Librairie Dalloz, 1927, n° 151, ps. 334 y 335).

plemente es la no realización de lo debido, cuyos efectos se producen no porque las partes hayan introducido esta condición en el contrato, sino porque la ley señala los efectos de este incumplimiento⁽²⁵⁾. Por lo mismo, no es razonable que a partir del texto del artículo 1489 se llegue a concluir que el acreedor carece de la facultad de pretender solamente la indemnización de perjuicios, quedando obligado a acumular esta acción a la de resolución o la de cumplimiento. En ese sentido, lo que naturalmente dice la norma es que si el deudor no cumple el contrato, el acreedor no está obligado a pedir la resolución por haberse verificado el hecho futuro e incierto del incumplimiento, sino que pueda también pedir su cumplimiento forzado, y en todo caso, la indemnización de perjuicios que corresponda. No se desprende de la norma, necesariamente, que por este derecho de opción en beneficio del acreedor, quede cerrada la puerta a la demanda autónoma de la indemnización de perjuicios.

En cuanto a la segunda cuestión, esto es, la suerte del contrato en el evento que solamente se demande y obtenga una indemnización de perjuicios, no queda más que concluir que éste no queda resuelto, y que sus obligaciones deben ser cumplidas. En el caso de la obligación del deudor, ella queda cumplida por equivalencia, ya que la indemnización de los daños sustituye al cumplimiento íntegro, correcto y oportuno de su obligación. La indemnización sustituye la prestación del deudor, ella queda de pleno derecho sin efecto por el hecho de optar el acreedor por la indemnización y no por el cumplimiento específico o en naturaleza de la obligación. Su objeto ya no es dar, hacer o no hacer lo que estaba previsto en el contrato, sino que su objeto es dar una suma de dinero que es la que determina la sentencia a título de indemnización de perjuicios. Por su parte, la obligación del acreedor no se extingue, él es obligado a cumplir, al igual como lo estaría si hubiere pedido el cumplimiento forzado en naturaleza. Si no se ha solicitado la resolución del contrato, nada puede hacer concluir que su obligación se extingue, y por lo mismo, ella sigue vigente.

En todo caso la doctrina de la falta de autonomía de la acción indemnizatoria en sede contractual, ha tenido un origen claramente judicial y no doctrinario. En las enseñanzas de la doctrina chilena tradicional no aparece como condición de la procedencia de la indemnización de perjuicios que la acción que la solicita esté aparejada a una

(25) Cf. BARROS, *Finalidad y alcance...*, cit. en nota 8, ps. 406 y 407; PIZARRO, *Hacia un sistema de remedios...*, cit. en nota 8, ps. 399 y VIDAL, *El incumplimiento...*, cit. en nota 8, p. 532.

de cumplimiento o de resolución contractual⁽²⁶⁾, y más de algún autor entiende que esta acción puede ejercitarse ya exclusivamente o bien en forma complementaria al cumplimiento específico o la resolución por incumplimiento⁽²⁷⁾.

En el Código Civil, y fuera del tenor literal del artículo 1489, no sólo no existe un precepto que vincule la acción resarcitoria a la de cumplimiento o resolución, sino que muy por el contrario, abundan los casos en que se permite la indemnización de perjuicios entre partes que siguen vinculadas por el contrato, quedando en evidencia que la resolución ni el cumplimiento forzado son necesarios para obtener el resarcimiento⁽²⁸⁾.

(26) Por eso no puede compartirse lo afirmado por BARCIA en el sentido que “nuestra doctrina y jurisprudencia están de acuerdo que solamente una vez demandada la resolución del contrato es posible la indemnización de perjuicios compensatoria” (BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil*, T. 3. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2008, p. 85). La doctrina chilena, en su inmensa mayoría, soslaya por completo la exigencia de que la acción indemnizatoria en sede contractual deba ser necesariamente deducida en conjunto con una de resolución o cumplimiento forzado del contrato. Por el contrario, casi la uniformidad de los autores mencionan como requisitos de la indemnización de perjuicios en sede contractual solamente el incumplimiento del contrato, la culpa y la mora del deudor, la existencia de perjuicios y el vínculo causal de ellos con el incumplimiento (cf. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Teoría de las obligaciones*. Versiones tipográficas de la cátedra de Derecho Civil, desarrolladas por don Ramón Latorre Zúñiga. 3ª ed., Santiago, 1939, p. 67; ABELIUK, ob. cit., en nota 10, p. 673; CLARO SOLAR, ob. cit., en nota 10, T. 11, n° 1221, ps. 728 y FUEYO, *Cumplimiento...*, cit. en nota 10, p. 352). Con todo SOMARRIVA efectuó un comentario aprobatorio de la ya citada sentencia de la Corte Suprema de 28 de julio de 1933 (nota 22), señalando que a la demanda en la que se pide sólo la indemnización y no la resolución o el cumplimiento forzado, le faltaría el antecedente jurídico en que debe fundarse la reclamación del daño (cf. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1939, p. 50).

(27) Así VIDAL, *El incumplimiento...*, cit. en nota 8, ps. 539 y VIDAL OLIVARES, ÁLVARO. “La carga de mitigar las pérdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento”. En: *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Valparaíso (2007), Alejandro Guzmán Brito (editor científico). Santiago: LegalPublishing, 2008, ps. 433 y 434, y, en el mismo lugar, pareciera ser la opinión de RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. “Incumplimiento y exoneración de responsabilidad en los contratos de servicios. Los lineamientos de la responsabilidad estricta del proveedor”, ps. 509 y 510.

(28) Así, el artículo 1938, relativo al arrendamiento, luego de señalar que el arrendatario debe usar la cosa conforme al contrato, agrega que si el arrendatario contraviene a esta regla, podrá el arrendador reclamar la terminación del arriendo con indemnización de perjuicios, “o limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo”. Por su parte el artículo 1939 declara que el arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia, y agrega “fal-

Es más, la solución que el Código Civil proporciona para las obligaciones de hacer prescinde de la vinculación de la acción de indemnización a una de cumplimiento o resolución. Como sea dicho, dispone el artículo 1553 que si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, “podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya”: o que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido; o que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor; o que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. De suerte que tratándose de una obligación de este tipo no es necesario que el acreedor, para obtener una indemnización de perjuicios pida a la vez cumplimiento forzado; y si es así no sería tampoco exigible que solicite la resolución del contrato⁽²⁹⁾. Precisamente en apoyo en esta norma, muchas sentencias han condenado a constructoras por incumplimiento de contratos de construcción sin que se haya solicitado por los demandantes la resolución del contrato o el cumplimiento forzado⁽³⁰⁾.

tando a esta obligación, responderá de los perjuicios; y aun tendrá derecho el arrendador para poner fin al arrendamiento, en el caso de un grave y culpable deterioro”. De ello se sigue que no es necesario demandar la terminación del contrato para obtener la reparación del daño. En la compraventa el artículo 1867 señala que habiendo prescrito la acción redhibitoria, tendrá derecho todavía el comprador para pedir la rebaja del precio y la indemnización de los perjuicios”, de lo que se sigue que el derecho a resarcimiento no implica la resolución de la compraventa.

(29) Con todo, si se mantiene a ultranza la autonomía de la acción indemnizatoria, la cuestión que se puede presentar en algunas obligaciones de hacer no es fácil de resolver. Es el caso de los contratos de promesa de celebrar un contrato. Si la acción indemnizatoria por incumplimiento es autónoma, quiere decir que si una de las partes no cumple lo prometido y no suscribe el contrato definitivo en tiempo y forma, la otra podrá demandar la indemnización de perjuicios sin requerir la resolución o el cumplimiento forzado. La pregunta que surge entonces es qué acontece con el contrato de promesa. Se podría pensar que resulta extinguido de pleno derecho por haber optado el acreedor por la indemnización; pero si es así quiere decir que la resolución del contrato de promesa se habría logrado sin haberla solicitado, lo que es bastante peculiar. La otra opción es que el contrato de promesa siga vigente, ya que no ha sido resuelto ni ha sido cumplido, por lo que, en ese escenario debiera ser ejecutado, lo que hace difícil, entonces, justificar que se pueda aceptar la indemnización de los daños derivados precisamente del incumplimiento contractual.

(30) Acaso el fallo más relevante en la materia fue el librado por el juez árbitro don Gustavo Lorca Rojas el 7 de julio de 1998, en el pleito seguido entre *Consortio Océánico S. A. con Empresa de Obras Sanitarias*, con ocasión del conflicto surgido entre las partes por la construcción de un colector de aguas servidas en la ciudad de Viña del Mar. La sentencia analiza pormenorizadamente la cuestión de la autonomía de la acción indemnizatoria en los considerandos 63 y ss. Pueden verse

2.4. Resolución contractual sólo en virtud de sentencia judicial

En Chile, aun cuando el Código no lo dice expresamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han concluido de manera casi uniforme que la resolución del contrato debe ser declarada por sentencia judicial firme o ejecutoriada, y mientras ello no suceda, el contrato sigue vigente y produciendo todos sus derechos y obligaciones⁽³¹⁾. La conclusión se impone nuevamente a partir del tenor literal del artículo 1489, según el cual el acreedor, en caso de incumplimiento podrá “pedir” o la resolución o el cumplimiento forzado; si puede pedirlos es porque el contrato no está resuelto. De modo que en tanto no se esti-

también los fallos publicados en C. Suprema 12 de septiembre de 1991 (*RDJ*, 88, 1, 61) y C. Suprema, 19 de abril de 1982 (*RDJ*, 79, 1, 26).

(31) Cf. ABELIUK, ob. cit., en nota 10, ps. 420 y 421; BARCIA, ob. cit., en nota 25, p. 65; BARROS, *Finalidad y alcance...*, cit. en nota 8, p. 424; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO; SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL y VODANOVIC HAKLICKA, ANTONIO. *Tratado de las obligaciones*. 2a. edición. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 274; CLARO SOLAR, ob. cit., en nota 10, T. 10, nº 161 y 162, ps. 176 y ss.; FUEYO, *Cumplimiento...*, cit. en nota 10, ps. 308 y ss.; PEÑAILILLO, ob. cit., ps. 415 y 416 y MEZA, ob. cit., en nota 10, p. 88. La jurisprudencia es reiterada en esta interpretación: C. Santiago, 31 de octubre de 1890 (*G*, 1890, II, 4608, 1322); C. Suprema, 2 de noviembre de 1909 (*RDJ*, 7, 1, 267); C. Valparaíso, 12 de septiembre de 1912 (*G*, 1912, II, 81, 75); C. Suprema, 17 de julio de 1914 (*RDJ*, 12, 1, 376); C. de Valparaíso, 15 de abril de 1916 (*G*, 1916, I, 145, 467); C. Suprema, 12 de noviembre de 1921 (*RDJ*, 21, 1, 241); C. Valdivia, 11 de abril de 1924 (*RDJ*, 24, 1, 550); C. Suprema, 14 de enero de 1939 (*RDJ*, 35, 1, 400); C. Talca, 21 de abril de 1941 (*G*, 1941, primer semestre, 53, 301); C. Suprema, 3 de diciembre de 1946 (*RDJ*, 44, 1, 288); C. Suprema, 3 de junio de 1948 (*RDJ*, 46, 1, 109); C. Concepción, 28 de noviembre de 1952 (*RDJ*, 29, 2, 153); C. Suprema, 23 de abril de 1964 (*RDJ*, 61, 1, 58); C. Suprema, 10 de octubre de 1968 (*FM*, 119, 5, 217); C. Suprema, 10 de octubre de 1968 (*RDJ*, 65, 1, 314); C. Santiago, 26 de junio de 1980 (*RDJ*, 77, 2, 77); C. Suprema, 9 de noviembre de 1987 (*RDJ*, 84, 1, 149); C. Punta Arenas, 2 de marzo de 1990 (*RDJ*, 87, 2, 43); C. Suprema, 27 de enero de 1993 (*RDJ*, 90, 1, 14). Con todo, hay quienes defienden la posibilidad de que frente al incumplimiento grave del deudor el acreedor pueda poner término unilateral al contrato, notificando de ello al deudor y otorgándole un plazo para que ejecute la obligación no cumplida. En este planteamiento, si el deudor no está conforme con la resolución unilateral podrá reclamar de la decisión del acreedor en los tribunales, sea pidiendo la resolución del contrato, su cumplimiento o la indemnización de los perjuicios. El juez admitirá o no la demanda dependiendo del cumplimiento que las partes hayan dado al contrato. De ser efectivo el incumplimiento del deudor demandante, desestimaré su demanda. En este sentido PIZARRO WILSON, CARLOS. “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”. En: *Ius et Praxis*, 13, 1, Universidad de Talca, ps. 11 y ss. A favor de esta misma solución pero con cláusula contractual que lo permita KUNKAR ONETO, ANDRÉS. “Cláusulas convencionales de resolución unilateral del contrato”. En: *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Concepción (2009), Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coordinador). Santiago: LegalPublishing, 2010, ps. 553 y ss.

pule expresamente, no existe ni la resolución de pleno derecho ni la posibilidad de que el acreedor declare resuelto el contrato unilateralmente mediante una comunicación dirigida al deudor.

Este modo en que ha sido resuelta la cuestión, no es para nada razonable tomando en cuenta la dinámica de los sucesos que se vinculan a la no ejecución de la obligación. Frente al incumplimiento del deudor, es el acreedor quien se ve en la necesidad de iniciar un juicio para desvincularse del contrato, pues mientras ello no ocurra, seguirá vigente y produciendo todas sus obligaciones. De modo que ante este suceso, las opciones del acreedor son o no hacer nada o judicializar el conflicto. Al deudor le basta con seguir en situación de incumplimiento a la espera de lo que haga el acreedor, pues nada de lo que éste haga en el plano extrajudicial afecta al contrato. Si el acreedor, por ejemplo, quiere vender a un tercero el objeto del contrato y que se había obligado a entregar una vez que se le pagara el precio, no podrá hacerlo hasta que se resuelva el contrato judicialmente, con el inmenso perjuicio derivado del tiempo que el pleito demorará y de los costos que ello implica.

Es por esto que la resolución contractual por sentencia judicial viene siendo abandonada desde hace tiempo. Resulta muchísimo más lógico y protector de los derechos de la parte cumplidora que, frente al incumplimiento contractual, sea el acreedor insatisfecho el que pueda provocar la resolución del contrato por vía extrajudicial, y que sea el deudor quien tenga la opción de reclamar judicialmente de dicha resolución si estima que ella es improcedente por no haber existido incumplimiento grave en ninguna de sus formas.

Así, en los principios UNIDROIT la resolución contractual se materializa mediante una simple notificación de la parte cumplidora a la que no lo ha sido (art. 7.3.2). Lo propio acontece en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, según los cuales el acreedor puede ejercer su derecho de resolución mediante una comunicación a la otra parte (art. 9: 303). También ocurre lo propio en el Código Europeo de los contratos, según el cual si se produce una inejecución de importancia, el acreedor tiene el derecho a proceder a la resolución del contrato, intimando al deudor para que lo ejecutarle en un plazo razonable, no inferior a quince días, advirtiéndole que si no cumple en dicho término el contrato será considerado resuelto de pleno derecho (art. 114).

La exigencia chilena de una resolución judicial del contrato se aparta también de buena parte de las legislaciones sudamericanas. Así, por ejemplo, según el artículo 1429 del código peruano, la parte

que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios. De la misma forma, el artículo 728 del Código Civil paraguayo señala que, salvo estipulación diversa, el contratante que quiera optar por la resolución podrá intimar al otro para que ejecute su obligación dentro de un plazo no inferior a quince días, vencido el cual, podrá demandar el cumplimiento, o dar por resuelto el contrato, con la sola comunicación fehaciente hecha al moroso de haber optado por la resolución. No será necesario el otorgamiento de plazo cuando el moroso hubiere manifestado su decisión de no cumplir el contrato. La misma línea sigue el artículo 570 del Código boliviano, conforme con el cual la parte que ha cumplido su obligación puede requerir a la parte que incumple mediante nota diligenciada notarialmente, que cumpla la suya dentro de un término razonable no menor a quince días, con apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato quedará resuelto. Si la obligación no se cumple dentro del término señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho quedando a cargo del deudor incumplido el resarcimiento del daño, si hubiere. Finalmente, de conformidad con el artículo 1204 del Código Civil argentino, no ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Se podrá objetar que esta solución es un peligro para el deudor, ya que en definitiva queda expuesto a una potencial acción injustificada del acreedor, quien se alzaría como juez y parte en la decisión de si existe o no incumplimiento del deudor, su gravedad y si está o no justificado. Pero ante posibles situaciones abusivas resulta mucho mejor que sea el deudor quien tenga la opción de cuestionar judicialmente la decisión del acreedor de poner término al contrato y de reclamar por la misma vía los perjuicios que le ha causado la decisión injustificada o abusiva de terminación contractual. Desde el punto de vista de los costos de transacción, esto parece ser mucho menos gravoso que obligar al acreedor a iniciar un juicio en contra del incumplidor para que luego de un largo pleito se declare la desvinculación entre las partes,

cuando ya su posible interés esté muy lejos de poderse satisfacer. Los costos de tiempo, dinero y desgaste judicial juegan en claro beneficio del deudor si tal desvinculación sólo se logra por sentencia judicial, lo que hace mucho más aconsejable admitir la resolución unilateral por decisión exclusiva del acreedor, dejando abierto el derecho del deudor para impugnar la resolución y reclamar los daños si ella es ilícita o injustificada.

2.5. Posibilidad de frustrar la solicitud de resolución

Según buena parte de los autores y de la jurisprudencia chilena, una consecuencia que se deriva de que la resolución de un contrato deba ser declarada por sentencia judicial, es que mientras ello no ocurra el deudor puede poner término al juicio cumpliendo el contrato antes del pronunciamiento de la sentencia y oponiendo en el juicio la excepción de pago. Esto ocurre porque el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil dispone que la excepción de pago efectivo, cuando se funde en un antecedente escrito, podrá oponerse en cualquier estado de la causa antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda. A partir de eso se ha entendido que si el deudor cumple una vez iniciado el juicio, incluso estando ya muy avanzado, puede oponer la excepción de pago, con lo que el acreedor que demandó la resolución no la conseguirá, debiendo conformarse con el cumplimiento que ha efectuado el deudor, ya que la sentencia acogerá la excepción de cumplimiento y desestimará la demanda⁽³²⁾.

(32) Cf. ABELIUK, ob. cit., en nota 10, p. 421; ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, ob. cit., en nota 30, p. 275; FUEYO LANERI, FERNANDO. *Derecho Civil*, T. 4, vol. 2. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1958, p. 127; *Cumplimiento...*, cit. en nota 10, p. 316; LÓPEZ, ob. cit., en nota 10, ps. 565 y SOMARRIVA, *Las obligaciones...*, cit. en nota 25, ps. 17 y 18. Las sentencias son abundantes: C. Santiago, 20 de septiembre de 1889 (G, 1889, II, 2871, 300); C. Suprema, 9 de agosto de 1904 (RDJ, 2, 1, 53); C. Santiago, 2 de septiembre de 1912 (G, 1912, 817, 112); C. Suprema, 17 de julio de 1914 (RDJ, 12, 1, 376); C. Valparaíso, 15 de abril de 1916 (G, 1916, primer semestre, 145, 467); C. Suprema 7 de mayo de 1925 (RDJ, 23, 1, 161); C. Suprema, 15 de diciembre de 1926 (RDJ, 24, 1, 550); C. Temuco, 3 de mayo de 1935 (RDJ, 33, 1, 514); C. Suprema, 3 de diciembre de 1946 (RDJ, 44, 1, 288); C. Santiago, 23 de junio de 1947 (RDJ, 46, 2, 3); C. Suprema, 3 de julio de 1948 (RDJ, 45, 1, 597); C. Suprema, 10 de octubre de 1968 (FM, 119, 217); C. Santiago, 26 de junio de 1980 (RDJ, 77, 2, 77); C. Suprema, 9 de noviembre de 1987 (RDJ, 84, 1, 149); C. Chillán, 14 de noviembre de 2008 (rol 212/2008, *Puntolex.cl*). Fallos muy recientes confirman esta tesis. Así la sentencia de la Corte Suprema de 28 de diciembre de 2009, resolvió que habiéndose demandado la "terminación del contrato de arrendamiento por el no pago de los derechos de agua materia de dicha convención y que era de cargo del arrendatario, y pagando éste el valor de lo adeu-

La doctrina más reciente que se ha ocupado de la cuestión, sin embargo, rechaza esta solución por varias razones.

La primera cuestión, y que resulta más o menos obvia, es que el citado artículo 310 dice que es la excepción de pago la que puede oponerse en cualquier estado del juicio, lo que es harto diferente a que se pueda pagar en cualquier etapa del litigio. Lo que se permite es lo primero pero no lo segundo. No es aceptable que la interpretación de una norma procesal haga ineficaz una norma civil que establece el derecho sustantivo para el acreedor de optar entre la resolución y el cumplimiento. De suerte que lo que la norma del artículo 310 quiere decir es que si el deudor ha pagado antes del inicio del juicio, su excepción de pago puede oponerla en cualquier momento procesal, pero no que pueda pagar cuando la resolución ya ha sido judicialmente demandada.

Por otro lado, la lectura tradicional de las disposiciones legales hace que el derecho optativo que otorga el artículo 1489 al acreedor resulte una declaración sin sustento real, quedando completamente desnaturalizada, puesto que la opción entre la resolución del contrato y su cumplimiento forzado pasa al deudor. En efecto, si el acreedor opta por la resolución será el deudor el que en definitiva tenga la opción de conformarse con ella o bien, si le interesa y conviene, evitarla por medio del pago en el momento procesal que estime más idóneo.

dado en el desarrollo del juicio, resulta evidente que no ha podido infringirse el artículo 1489 del Código Civil, puesto que los jueces del fondo, en atención a la propia pretensión del actor determinó que el deudor cumplió el contrato y por consiguiente, no procedía la terminación del arrendamiento, que siendo pactado por diez años, obligaba al nuevo propietario respetar los términos del mismo” (rol 7788/2008, *Puntolex.cl*). La tesis vuelve a aparecer en la sentencia de la Corte Suprema de 14 de enero de 2010, que señala que “mientras no exista una decisión jurisdiccional que declare la resolución demandada, el deudor puede cumplir con lo debido durante el curso del juicio incoado para obtener la resolución, hasta antes que se pronuncie sentencia respectiva”. “Así, dado que la resolución no ha tenido lugar mientras no exista una sentencia que la declare, ha de entenderse que lo que se encuentra de lado del acreedor que deduzca una demanda impetrandola es precisamente el derecho a pedirla, empero una vez que haya ejercitado su acción, habrá de estarse al destino de ella, supeditado a lo que ocurra en el proceso con el proceder de la contraria, quien puede detenerla o neutralizarla, pagando” (rol 5431/2008, *Puntolex.cl*). Sin embargo, a veces la Corte Suprema se contradice a sí misma, afirmando que demandada la terminación de un contrato por falta de cumplimiento, ya no es admisible que se cumpla durante el juicio. Es el caso de la sentencia de fecha 25 de mayo de 2010, según al cual el arrendatario está obligado a pagar oportunamente la renta convenida y no es el arrendador quien deba obligar y requerir el cumplimiento. Por ello, es dable concluir que “el pago extemporáneo configuró un incumplimiento grave que autoriza a poner término anticipado a dicho contrato, conforme a lo que dispone el artículo 1489 del mismo código” (rol 214/2009, *Puntolex.cl*).

En tercer término, la solución que se critica puede resultar altamente inútil para el interés del acreedor. Si éste opta por la resolución es porque el cumplimiento puede ya no interesarle, habida consideración que las cosas han cambiado o porque requiere disponer del objeto del contrato a favor de un tercero. El cumplimiento puede llegar así en un momento muy inoportuno, inútil o incluso perjudicial para el acreedor, al que no le quedará más camino que cumplir con sus propias obligaciones, si es que ya no lo había hecho antes.

A mayor abundamiento, la interpretación tradicional puede implicar una grave injusticia para el acreedor perjudicado con el incumplimiento. Si el, junto con la resolución, solicita la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento, y el deudor paga durante el juicio oponiendo luego la excepción de pago, es perfectamente posible que el juez rechace la resolución por haberse pagado durante el juicio, pero además rechace también la demanda de indemnización de perjuicios por ser dependiente de la primera. Pero todo podría empeorar si el juez entiende que habiendo sido la demandante totalmente vencida en el juicio, deberá pagar las costas de la causa.

De ahí que lo más razonable sea entender que una vez que la resolución ha sido solicitada, precluye el derecho del deudor a cumplir, a menos que el demandante lo acepte. Esto en nada obsta, naturalmente, a que en el pleito el deudor pueda oponerse a la resolución argumentando que ya ha pagado antes, o que no ha podido cumplir por causa enteramente ajenas a su voluntad, o que el acreedor tampoco ha cumplido con el contrato, o por cualquier otra razón que le parezca atendible. Si su defensa prospera, la resolución deberá ser rechazada, debiendo, entonces, cumplirse el contrato que seguirá vigente⁽³³⁾.

2.6. Los efectos de la excepción de contrato no cumplido

Como ya se dijo, en el Código Civil chileno la excepción de contrato no cumplido no está ni expresa ni claramente regulada. A partir del texto del artículo 1552, referido en verdad a la mora de las partes en los contratos bilaterales, tradicionalmente se ha entendido que se recoge

(33) En este sentido BARROS, ob. cit., en nota 8, ps. 425 y 426; ELGUETA ANGUIETA, Augusto. *Resolución de contrato y excepción de pago*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile: 1981, en particular, ps. 97 y ss.; FUEYO, *Cumplimiento...*, cit. en nota 10, ps. 311 y 312; PEÑAILILLO, ob. cit., en nota 11, ps. 417 y 418 y VIDAL OLIVARES, Álvaro. "El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento". En: *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué (2008), Carlos Pizarro Wilson (Coordinador). Santiago: LegalPublishing, 2009, en particular, ps. 353/355.

la *exceptio non adimpleti contractus*. Según la norma, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Desde luego sería hartamente conveniente una regulación más explícita, al estilo de lo que sucede en los textos internacionales.

El artículo 9:2 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, señala que “la parte que deba cumplir su obligación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, podrá suspender la ejecución de su prestación hasta que la otra parte haya ofrecido el cumplimiento de su obligación o la haya cumplido efectivamente. La primera parte puede suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación, según lo que resulte razonable conforme a las circunstancias”. “Igualmente, una parte podrá suspender el cumplimiento de su obligación tan pronto como resulte claro que la otra parte no cumplirá su obligación cuando llegue el vencimiento de la misma”. De la misma forma, el artículo 7.1.3 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, dispone que “cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación”. “Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido”. También el artículo 108 del Código Europeo de los Contratos señala que: “1. En los contratos sinalagmáticos, si una de las partes no ejecuta o no ofrece ejecutar su obligación, cualquiera que sea la gravedad de la inexecución, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación de manera simultánea o sucesiva, a menos que la negativa de su parte sea contraria a la buena fe”. “2. Se considera contraria a la buena fe: a) La que impone consecuencias excesivamente onerosas a la otra parte; b) cuando el incumplimiento se ha demostrado de escasa entidad, lo que entraña la extinción de la obligación del acreedor; c) la que perjudica un derecho fundamental de la persona”⁽³⁴⁾.

Por otro lado, parece ser necesario precisar los efectos que tiene la interposición de la excepción de contrato no cumplido, ya que en el actual estado de cosas ella puede conducir a un punto muerto en la relación contractual. Si se pide el cumplimiento forzado del contrato o su resolución, y el demandado opone la excepción de contrato no cumplido, el negocio formalmente sigue vigente, pero lo cierto es

(34) Traducción del autor.

que está incumplido por ambas partes, sin que ninguna de ellas tenga la voluntad de ejecutarlo⁽³⁵⁾. Esta excepción tiene un marcado efecto paralizador, pues mediante ella una de las partes se niega a cumplir el contrato mientras la otra no lo haga, pero no se consigue con este predicamento un impulso directo para que alguna de las partes lo ejecute. Es precisamente por ello que en la actualidad se llama a esta situación la suspensión de cumplimiento del contrato. El negocio está vigente, pero sin cumplir. Si ninguna de las partes se allana al cumplimiento la situación puede extenderse en el tiempo, sin que pueda destrabarse la negativa de las partes a la ejecución.

Por mucho tiempo las sentencias que se dictaron en Chile resolvieron que la resolución contractual establecida en el artículo 1489 del Código Civil rige exclusivamente en el caso que una de las partes no haya cumplido y la otra sí lo haya hecho o esté llana a hacerlo; pero no procede declarar la resolución del contrato si ninguna de las partes ha cumplido las obligaciones contraídas⁽³⁶⁾. Lo que ocurriría en la especie es que no se daría uno de los requisitos necesarios como para que pueda demandarse la resolución, cual es que el que la alega sea el contratante diligente, tal como lo exige el artículo 1489. Si quien demanda la resolución no ha cumplido su parte del contrato no puede ser tenido como contratante diligente, y, por lo mismo, su demanda de resolución no puede ser acogida. En otros términos, la demanda debe rechazarse no en aplicación de la excepción de contrato no cumplido, sino que por no cumplir la demanda de resolución con las condiciones como para que sea acogida⁽³⁷⁾.

(35) El fenómeno es menos marcado si la acción interpuesta es la de indemnización de perjuicios. Si una de las partes demanda la reparación de los daños que le ha provocado el incumplimiento contractual de la otra, y el demandado se defiende con la excepción de contrato no cumplido, la demanda debería ser desestimada porque no existe mora del deudor, requisito indispensable para que se deba la indemnización de perjuicios (art. 1557 CC).

(36) Cf. C. Concepción, 29 de octubre de 1886 (*G*, 1886, 3407, 2144); C. Concepción, 25 de agosto de 1888 (*G*, 1888, II, 1928, 117); C. Santiago, 16 de diciembre de 1909 (*RDJ*, 9, 1, 490); C. Suprema, 28 de noviembre de 1910 (*RDJ*, 9, 1, 79); C. Concepción, 4 de junio de 1913 (*G*, 1913, primer semestre, 469, 1550); C. Talca, 21 de octubre de 1913 (*G*, 1913, segundo semestre, 1096, 3159); C. Valparaíso, 23 de abril de 1915 (*G*, 1915, primer semestre, 107, 241); C. Suprema, 11 de enero de 1917 (*RDJ*, 16, 1, 34); C. Concepción, 26 de octubre de 1917 (*G*, 1917, segundo semestre, 307, 990); C. Suprema, 11 de noviembre de 1920 (*RDJ*, 20, 1, 1); C. Suprema, 12 de noviembre de 1921 (*RDJ*, 21, 1, 241); C. Suprema, 29 de julio de 1931 (*RDJ*, 28, 1, 689) y C. Concepción, 14 de diciembre de 1942 (*G*, 1942, segundo semestre, 92, 407).

(37) Así la sentencia de la C. Concepción, de fecha 22 de diciembre de 2005, resuelve que no es necesario analizar el cumplimiento de las obligaciones con-

Lamentablemente, esta última opinión conduce a un estado de pendencia casi eterno del contrato. Si la demanda de resolución se rechaza sin que el contrato sea formalmente declarado resuelto, ocurre que éste seguirá vigente, y teóricamente sus obligaciones debieran ser cumplidas. Cualquiera de las partes podría demandar su cumplimiento forzado, pues no habrá cosa juzgada, ya que el juicio anterior ha sido de resolución y no de cumplimiento, con lo que la cosa pedida sería diferente. Pero si esto no se hace, como ninguna de las partes está llana a cumplir, la consecuencia que se impone es que solamente la prescripción extintiva podría poner término a las obligaciones que nacen del contrato. Como se comprende esta solución no parece ser la más deseable. No es razonable hacer pender en el tiempo un contrato que las partes no quieren cumplir.

Es por esto que sentencias posteriores haciéndose cargo de esta verdadera laguna legal, frente a demandas de resolución del contrato, han optado por declararla, asumiendo que ninguna de las partes tiene la voluntad real de cumplir lo pactado, pero han rechazado las demandas de indemnización aparejadas a las de resolución, entendiendo que si ninguna de las partes cumple en tiempo y forma, ninguna de ellas está en mora de cumplir atendido el tenor del artículo 1552 del Código Civil, lo que impide que la acción resarcitoria pueda ser acogida⁽³⁸⁾. También, en alguna ocasión, frente a una demanda de cumplimiento forzado con indemnización de perjuicios, la Corte Suprema ha sentenciado que se acoge la acción de cumplimiento pero no la de indemnización, en atención a que el actor no cumplió con todas las obligaciones que el contrato le imponía⁽³⁹⁾. Siguiendo estos razonamientos, acontece que la excepción de contrato no cumplido se transforma en un obstáculo de la indemnización de perjuicios, pero no necesariamente de la resolución contractual o del cumplimiento forzado.

tractuales por parte de la demandada, puesto “que la acción de resolución resulta improcedente por falta de diligencia del contratante que la interpuso” (rol 3452/2003).

(38) Cf. C. Suprema 29 de julio de 1931 (*RDJ*, 28, 1, 689); C. Suprema, 14 de octubre de 1960 (*RDJ*, 57, 1, 274) y *LegalPublishing* 29114. Solución aprobada por *CON-TARDO GONZÁLEZ*, Juan. “Procedencia de la indemnización de perjuicios en la resolución de contrato por incumplimiento recíproco”. En: *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Concepción (2009), Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Coordinador). Santiago: LegalPublishing, 2010, en particular, ps. 544 y ss.

(39) *LegalPublishing* 28383.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Dado todo lo dicho, lo acontecido en buena parte del derecho comparado y las dificultades apreciadas en Chile en lo que hace a los remedios de que dispone el acreedor frente al incumplimiento contractual, y de cara a elaborar unas bases para un Código Latinoamericano de Contratos, parecería razonable:

- a. Establecer un catálogo completo, armónico y sistemático de los derechos que le asisten al acreedor en caso del incumplimiento del contrato.
- b. Entregar a la decisión del acreedor la elección del remedio contractual que más idóneo le parezca en función de sus intereses, extendiendo esta opción al cumplimiento forzado, resolución o indemnización de perjuicios.
- c. Recoger el mecanismo de la resolución extrajudicial a instancias del acreedor, mediante una notificación formal dirigida al deudor si es que no cumple dentro de un plazo razonable.
- d. Impedir que el cumplimiento extemporáneo del deudor tenga la virtualidad de enervar la resolución ya requerida por el acreedor.
- e. Regular los efectos de la interposición de la excepción de contrato no cumplido, en términos de evitar que ello conduzca a punto muerto en la dinámica de la ejecución del contrato.

LA “ACCIÓN DIRECTA” COMO REMEDIO CONTRACTUAL EN EL DERECHO DEL CONSUMO⁽¹⁾

Por Hernán CORRAL TALCIANI⁽²⁾

SUMARIO: 1. La “acción directa” como remedio contractual. 2. La acción directa en el Derecho eurocomunitario del consumo. 3. La “acción directa” del consumidor en las legislaciones latinoamericanas. 3.1. El modelo restrictivo: legislaciones peruana y colombiana. 3.2. El modelo de procedencia limitada: Chile. 3.3. El modelo de procedencia amplia vía solidaridad: Argentina y Brasil. 4. Régimen de la acción directa y acción de reembolso. 5. Una propuesta para un Código Latinoamericano de los Contratos.

1. LA “ACCIÓN DIRECTA” COMO REMEDIO CONTRACTUAL

La expresión “remedios contractuales” está haciendo fortuna —aunque con discutible pertinencia— en los sistemas de tradición romanista, como una importación de la fórmula del *Common Law*: *contractual remedies*, y a falta de otra denominación mejor, de la serie de acciones e instrumentos legales que tienden a proteger los intereses del acreedor ante el incumplimiento del deudor. Normalmente, se enumeran entre estos remedios acciones que el acreedor puede intentar directamente contra su contraparte en el contrato: cumplimiento forzado en naturaleza o por equivalencia, resolución del contrato, indemnización de perjuicios, penas contractuales, etcétera.

(1) Este artículo ha sido preparado en el marco del Proyecto de Investigación “Responsabilidad civil en el Derecho del Consumo en Chile. Configuración de un sector especial de la responsabilidad civil y su inserción en el Derecho Común”, que cuenta con el apoyo financiero del Fondo de Ciencia y Tecnología de Chile (FONDECYT núm. 1100804).

(2) Profesor y Director del Departamento de Derecho Civil y Romano en la Universidad de los Andes, Chile.

El principio de relatividad del contrato parece excluir que una de las partes pueda ejercer algún “remedio” contractual en contra de una persona natural o jurídica que no es parte del contrato sino un tercero.

No obstante, la relajación de ese principio por la conexión funcional de ciertos acuerdos contractuales ha dado lugar a la llamada “acción directa”, que es una fórmula para designar la posibilidad de que se reclame la responsabilidad por incumplimiento de unas de las partes del contrato, no respecto del deudor mismo, sino de un tercero que tiene algún vínculo contractual con aquel. Se puede señalar así, que la acción directa es “una expresión de una tendencia que intenta superar el principio de la relatividad de los efectos del contrato en cuanto consiente a una parte de un contrato pretender la ejecución de la prestación no sólo del propio contratante directo, sino también del contratante de otro contrato con el cual no tiene ninguna relación directa” y que “la justificación de tal tendencia se traduce en la exigencia de tener en cuenta hipótesis de coligamiento contractual, que por la realidad socio-económica moderna se ha vuelto vastas y complejas”⁽³⁾.

Uno de los ámbitos en los que se está admitiendo este remedio es en el contrato de seguro, para permitir que el acreedor pueda ejercer directamente la acción que como asegurado le compete a su contraparte incumplidora. En Chile, esta acción ha sido admitida en el seguro obligatorio contra riesgos personales derivados de la circulación de vehículos motorizados regulado por la ley núm. 18.490, de 1985 (art. 10)⁽⁴⁾.

Otro de los campos en los que parece razonable admitir la acción directa es el Derecho del consumo. En las relaciones de consumo se da un encadenamiento de contratos cuyo protagonista final es el consumidor: hay primero un fabricante o importador, luego uno o más distribuidores o intermediarios y finalmente un vendedor o expendedor

(3) DIAFERIO, Ruggero y RESTUCCIA, Darío, “*La garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo*”, en *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di Paolo Giovanni Demarchi, Zanichelli editore, Torino, 2010, p. 109.

(4) LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *De los contratos. Parte general*, Abeledo-Perrot/Legal Publishing, 5ª edic. actualizada por Fabián Elorriaga, Santiago, 2010, p. 310. Agrega otros casos de acción directa consagrados en diversos textos legales, y además piensa que existen acciones directas sin texto expreso legal que les sirva de causa eficiente, como lo está admitiendo la doctrina y jurisprudencia comparada sobre todo en el caso de cadenas contractuales (cf. ps. 312/313).

final. Si nos quedamos en el principio tradicional de la relatividad del contrato, el consumidor sólo podría reclamar por los defectos y deficiencias del producto adquirido a quien se lo vendió, cuando muchas veces este no tiene los medios o la solvencia para responder por el producto vendido. De allí que las leyes especiales del consumidor estén pasando por encima de este principio y den lugar a una especial acción directa que permite al consumidor reclamar el incumplimiento en contra de otros proveedores que no han sido parte de la convención final de consumo, pero que sí resultan relacionados en la cadena contractual que permitió la comercialización del producto⁽⁵⁾. Claro que esto, de algún modo, significa ampliar el concepto de acción directa para comprender en ella no sólo la posibilidad de ejercer derechos que tenía el co-contratante contra su propio deudor que le incumplió un contrato relacionado, sino para ejercer derechos o remedios típicos de la legislación protectora del consumidor no sólo respecto del vendedor ni de su distribuidor sino de cualquiera de los proveedores que integran la cadena de consumo hasta alcanzar al fabricante o importador que inicia el sistema⁽⁶⁾.

Nuestro interés en este trabajo es explorar en qué medida está siendo aceptado este especial remedio en las ventas de consumo por incumplimiento de la llamada “garantía legal” que protege al consumidor frente a defectos o deficiencias de idoneidad o mal funcionamiento de los bienes adquiridos, en el ámbito latinoamericano. Ello podría servir como una base para proponer su incorporación a un futuro proyecto de Derecho común de contratos en este ámbito.

Excluimos de la observación la llamada responsabilidad por productos defectuosos, que se refiere a la reparación de daños ocasionados a la persona del adquirente o a bienes diferentes del producto cuando éste ha resultado dañino, no por inidoneidad, sino por defec-

(5) En este sentido, LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 57, al tratar de la procedencia de la acción directa contractual en redes de contrato, menciona la ley argentina aplicable a las relaciones de consumo.

(6) Por asumir el concepto estricto de acción directa, en un primer momento, al comentar la ley chilena núm. 19.496, de 1997, sostuvimos que las acciones que esta ley concede al consumidor para reclamar la garantía legal contra proveedores distintos de su vendedor directo, no es propiamente un caso de acción directa: CORRAL TALCIANI, Hernán, “Ley de Protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, en CORRAL, Hernán (edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley núm. 19.496 y las principales tendencias extranjeras*. Cuadernos de extensión Universidad de los Andes 3, Santiago, 1999, p. 175.

tos de inseguridad. Nos parece que en este régimen la acción que se permite interponer en contra del fabricante o importador no manifiesta propiamente una acción contractual derivada del contrato celebrado por el adquirente con el vendedor, sino una acción de responsabilidad extracontractual estricta imputable al defecto de seguridad del producto que pertenece a la esfera de control de riesgos del fabricante o productor.

En cuanto a la procedencia de la acción directa por incumplimiento de la garantía legal en las ventas de consumo, resulta útil observar la situación del derecho eurocomunitario, reflejado en la Directiva sobre aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

2. LA ACCIÓN DIRECTA EN EL DERECHO EUROCOMUNITARIO DEL CONSUMO

La Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, excluyó la acción directa en materia de garantía legal y atribuyó la responsabilidad exclusiva por defectos de conformidad, al vendedor.

Pero para equilibrar la posición de éste, instituyó una acción de reembolso. Así el art. 4, dispone: "Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes".

Las legislaciones internas se han debido adaptar a este criterio. Por ejemplo, el *Code de la consommation* francés establece que por la falta de conformidad del bien vendido responde el vendedor, aunque este puede ejercer una "*action récursoire*" en contra de los vendedores o intermediarios sucesivos y del productor del bien mueble corporal, "según los principios del Código Civil" (art. L211-14). Por su parte, el *Codice* del Consumo italiano dispone que el vendedor final, cuando sea responsable frente al consumidor por causa de un defecto de conformidad imputable al productor, a un vendedor precedente de la misma cadena contractual distributiva o a cualquier otro intermediario, tiene un "*diritto di regresso*", salvo pacto en contrario o renuncia (art. 131).

Pero hay autores que se resisten y, por ejemplo, en Italia se ha podido sostener que, sobre la base del enriquecimiento sin causa, se podría conceder una acción directa al consumidor cuando haya agotado los remedios en contra del vendedor y no haya obtenido la tutela prevista por la ley⁽⁷⁾. En España, el texto actual de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, fijado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, si bien en general atribuye la responsabilidad por garantía al vendedor, permite la acción directa contra el productor en dos supuestos: cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor (art. 124)⁽⁸⁾.

Pareciera, en consecuencia, que la acción directa del consumidor está abriéndose paso en el Derecho del consumo europeo pese a la opción en su contra realizada por la Directiva 99/44/CEE.

Pasemos ahora a considerar el panorama que nos ofrece la legislación latinoamericana del consumo.

3. LA “ACCIÓN DIRECTA” DEL CONSUMIDOR EN LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

3.1. El modelo restrictivo: legislaciones peruana y colombiana

La legislación peruana de protección al consumidor, contenida en el reciente Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la ley núm. 29571, publicada con fecha 2 de septiembre de 2010, establece una prelación de derechos en varios supuestos típicos de falta de conformidad o vicios del producto. En los casos previstos en el art. 97⁽⁹⁾, se señala que “los consumidores tienen derecho a la repara-

(7) Cf. DIAFERIO, R. y RESTUCCIA, D. ob. cit., p. 109, citando a CASTRONOVO.

(8) La norma añade que: “Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan”.

(9) Los casos previstos son los siguientes: a. Cuando los que ostenten una certificación de calidad no cumplan con las especificaciones correspondientes; b. Cuando los materiales, elementos, substancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostentan; c. Cuando el producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias o por los vicios ocultos, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; d. Cuando la entrega del producto o la prestación del servicio no se efectúe en su debida oportunidad y su ejecución no resulte útil

ción o reposición del producto, a una nueva ejecución del servicio, o a la devolución de la contraprestación pagada”. Con todo, se dispone que en caso de existir una garantía voluntaria, “se sujeta a los términos de esta”, pero se añade que ello es “sin perjuicio de los derechos legales del consumidor” (art. 97 inc. 2º).

Se contempla, además, el derecho del consumidor de reclamar perjuicios: “Lo dispuesto en el presente artículo es sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios a que hubiera lugar” (art. 97 inc. final).

Tratándose de defectos de cantidad, la opción del consumidor afectado se reduce a la reposición del producto o a la devolución de la cantidad pagada en exceso (art. 98).

Como puede observarse, ninguna de las disposiciones autoriza la interposición de la acción por esta garantía legal en contra de un proveedor distinto del que contrató con el consumidor, por lo que pareciera que debe entenderse que la acción directa ha sido excluida⁽¹⁰⁾. Esta conclusión se confirma si se observa que tratándose de responsabilidad por productos defectuosos por inseguridad, el Código establece que se trata de una responsabilidad objetiva y que “la responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria” (art. 101 inc. 3º)⁽¹¹⁾.

Una situación similar se observa en el Decreto 3466, de 1982, que contiene la Ley del Consumidor colombiana⁽¹²⁾. El art. 11 de este cuerpo normativo se refiere a la “garantía mínima presunta” y dispone que: “Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los provee-

para el consumidor; e. Cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la que en ellos se indique; f. Cuando el producto o servicio no se adecue razonablemente a los términos de la oferta, promoción o publicidad; g. Cuando hecha efectiva la garantía legal subsistan los defectos del producto o no permitan cumplir con su finalidad (art. 97). Es curioso que el Código no se haya referido en general a la falta de idoneidad del producto que es descrita en términos generales en el art. 18.

(10) Lamentablemente, el único comentario publicado del Código no se pronuncia sobre este particular: CARBONELL O'BRIEN, Esteban, *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Jurista Editores, Lima, 2010, ps. 382 y ss.

(11) La disposición contrasta con el art. 100 que dispone que “el proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo”; con lo que señala que la indemnización sólo corresponde al proveedor que causó el daño.

(12) El decreto fue dictado en virtud de las facultades extraordinarias concedidas por la ley 73 de 1981.

dores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores”. El art. 29 complementa esto señalando que “en caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar”.

El art. 13 señala, por su parte, que el cambio del bien sólo procede en caso de repetirse la falla después de la reparación y salvo convención expresa en contrario.

Se observa que los derechos del consumidor a la reparación o a los demás remedios en caso de que la primera no consiga su objetivo, se conectan al proveedor o expendedor “respectivo”, que parece ser el que contrató con el consumidor⁽¹³⁾.

3.2. El modelo de procedencia limitada: Chile

En Chile las normas sobre protección de los derechos del consumidor, están establecidas en la ley núm. 19.496, de 7 de marzo de 1997, con las reformas incorporadas por la ley núm. 19.955 de 14 de julio de 2004.

En materia de responsabilidad y remedios por incumplimiento del contrato, en primer lugar el consumidor debe agotar las posibilidades que ofrece la garantía voluntaria otorgada por el proveedor. Para ello debe reclamarla “ante quien corresponda” (art. 21 inc. 9º), lo que significa que se hace efectiva ante quien la haya ofrecido⁽¹⁴⁾. La doctrina estima que este requisito se cumple “cuando se haya hecho uso, al menos una vez, de los mecanismos que contemple la póliza para

(13) Debe señalarse que el art. 1, distingue la expresión “productor” (en la que se incluye al importador) de la de “proveedor o expendedor”. Este último es definido como “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” (art. 1º, letra b).

(14) FERNÁNDEZ FREDES, Francisco, *Manual de Derecho chileno de protección al consumidor*, LexisNexis, Santiago, 2003, p. 41.

solucionar la deficiencia y éstos no hayan dado resultado satisfactorio o se presenten nuevas fallas”⁽¹⁵⁾.

Ante la falta de garantía voluntaria o su agotamiento, el consumidor frente a una enumeración de supuestos de defectos o inconformidad especialmente descritos por el art. 20⁽¹⁶⁾, tiene un derecho alternativo que comprende tres posibles opciones. Estas son: 1ª) la reparación gratuita del bien; 2ª) la reposición del bien defectuoso por otro y 3ª) la devolución del precio. Obviamente, en estas dos últimas alternativas el consumidor está obligado a restitución el bien inidóneo. Junto con cualquiera de estas alternativas, el consumidor tiene derecho además y cumulativamente a reclamar la indemnización por los daños ocasionados. Estas alternativas se modifican levemente cuando se trata de defectos de cantidad: si la cantidad o el contenido neto de un producto es inferior al indicado en el envase o empaque, los derechos del consumidor son primero la reposición del producto y, en su defecto, la bonificación de su valor en la compra de otro o la devolución del precio pagado en exceso (art. 19).

(15) SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho del consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 129. FERNÁNDEZ, F. ob. cit., p. 37, llegaba a la misma conclusión al relacionar el inc. 9º del art. 21 con la letra e) del art. 20, que justamente señala que procede el derecho opcional cuando después de la primera vez de haber hecho efectiva la garantía, subsistieren las deficiencias.

(16) Los supuestos son los siguientes: “a) Cuando los productos sujetos a normas de seguridad o calidad de cumplimiento obligatorio no cumplan las especificaciones correspondientes; b) Cuando los materiales, partes, piezas, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten o a las menciones del rotulado; c) Cuando cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad; d) Cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deban reunir determinadas especificaciones y esto no ocurra; e) Cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la letra c). Este derecho subsistirá para el evento de presentarse una deficiencia distinta a la que fue objeto del servicio técnico, o volviere a presentarse la misma, dentro de los plazos a que se refiere el artículo siguiente; f) Cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine; g) Cuando la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea inferior a la que en ellos se indique” (art. 20). Un intento de sistematización de estos supuestos, junto a la cantidad o contenido neto inferior indicada en el envase o empaque del art. 19, puede verse en CORRAL, H. “Ley de Protección al Consumidor...”, cit., ps. 173/174,

Estos remedios contractuales, en principio, deben hacerse valer ante el vendedor (art. 21). Se trata de acciones que se asemejan al cumplimiento forzado o a la resolución. La reducción del precio del art. 19 se asemeja a una acción redhibitoria o edilicia.

Pero existen casos en los que se declara procedente la acción directa contra otros agentes de la cadena contractual de consumo.

Para ello debemos distinguir qué derecho ejerce el consumidor.

En primer lugar, si el consumidor ejerce el derecho a la reparación puede dirigirse conjunta o indistintamente al vendedor, al fabricante o al importador (art. 21 inc. 2º).

En cambio, no se permite la acción directa cuando el consumidor pretende la devolución del precio pagado por el bien. El art. 21 inc. 5 dispone que: “Tratándose de la devolución de la cantidad pagada, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor”.

¿Qué sucede con el derecho a la reposición previa devolución del bien? La ley sólo permite la acción directa en caso de ausencia del vendedor, por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante. Aunque el inc. 5º del art. 21 pareciera dar a entender que esta apertura de la acción directa es para todos los derechos alternativos: “Las acciones a que se refiere el inciso primero podrán hacerse valer, asimismo, indistintamente en contra del fabricante o el importador, en caso de ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante”⁽¹⁷⁾, lo cierto es que ello ya estaba dicho respecto de la reparación y el mismo precepto en su parte final lo niega para el derecho a la devolución del precio. De este modo, la norma sólo tiene utilidad para el caso de reposición del producto⁽¹⁸⁾.

En cuanto a la indemnización de los perjuicios anexa al ejercicio de los derechos alternativos, la ley es muy abierta, pues señala que: “Serán solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados al consumidor, el proveedor que haya comercializado el bien o producto y el importador que lo haya vendido o suministrado” (art. 21 inc. 3º,

(17) Hemos sostenido que en la última expresión podría caber la simple insolvencia del vendedor: CORRAL, H. “Ley de Protección al Consumidor...” cit., p. 174.

(18) Cf. CORRAL TALCIANI, Hernán, “La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, en J. BARAONA y O. LAGOS (edits.), *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes), 2006, 12, p. 100.

agregado por la ley núm. 19.955, de 2004). Con la expresión “proveedor que haya comercializado el bien o producto” pensamos que la ley quiso incluir al intermediario pero también al fabricante y al importador, ya que el art. 1, núm. 2, define proveedor como “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución o comercialización de bienes...”. Pero esta apertura es sólo relativa, ya que como la reclamación de daños o perjuicios es anexa al derecho optativo del consumidor, *prima facie* sólo podrá hacerse efectiva cuando la ley permita también una acción directa contra el fabricante, importador o distribuidor para ejercer alguno de estos derechos. Si no es así, podría entenderse que, ejercido el derecho ante el contratante o vendedor, y aceptada la demanda del consumidor incluida una suma por indemnización de perjuicios, dicha suma podría cobrarse al fabricante, importador o distribuidor vista su responsabilidad solidaria, pero es posible que en este caso el demandado alegue que no fue parte del primer proceso por lo que sus resultados le son inoponibles.

Lo más sensato parece ser, entonces, entender que, si bien el derecho alternativo se ejerce frente al vendedor, la demanda debería interponerse en cuanto a los daños y perjuicios en contra del fabricante, importador o distribuidor para que sea condenado a pagar dichos daños en forma solidaria al directamente responsable.

En resumen puede concluirse que el consumidor puede demandar por acción directa al fabricante o importador:

1º) Cuando ejerce el derecho a la reparación y a la indemnización de perjuicios aneja.

2º) Cuando ejerce el derecho a la reposición e indemnización de perjuicios aneja pero sólo en caso de ausencia del vendedor.

3º) Cuando ejerce el derecho a la reparación, reposición o devolución del precio respecto del vendedor, y demanda indemnización de perjuicios de modo solidario entre el vendedor y el fabricante o importador.

3.3. El modelo de procedencia amplia vía solidaridad: Argentina y Brasil

La ley núm. 24.420, que contiene la legislación de protección al consumidor en Argentina⁽¹⁹⁾, da forma a una garantía legal en benefi-

(19) La ley núm. 24.420, sobre Normas de Protección y Defensa de los Consumidores, fue sancionada el 22 de septiembre de 1993, y promulgada parcialmente el

cio del consumidor y los sucesivos adquirentes por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento y se trate de cosas muebles no consumibles (art. 11).

Esta obligación de garantía puede hacerse valer frente al contratante directo (vendedor) o por medio de una acción directa contra el fabricante, importador y distribuidor. La ley establece una responsabilidad solidaria de estos con el vendedor: “Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11” (art. 13).

La responsabilidad parece comprender la posible indemnización de perjuicios. El art. 40 que dispone también responsabilidad solidaria por daños se refiere al daño que resulta tanto del riesgo como del vicio de la cosa. Al mencionar el vicio, la norma incluye los supuestos que hemos llamado de falta de idoneidad⁽²⁰⁾.

La ley núm. 8.078, de 11 de septiembre de 1990, aprobó el Código del Consumo del Brasil. Este cuerpo legal distingue entre responsabilidad por defectos de seguridad del producto y responsabilidad por vicio del producto, que es la que nosotros hemos llamado falta de idoneidad.

Tratándose de la responsabilidad por vicio del producto, se dispone que “los proveedores de productos de consumo durables y no durables son solidariamente responsables por los vicios de calidad o cantidad...” (art. 18), así como que: “Los proveedores son solidariamente responsables por los vicios de cantidad del producto...” (art. 19). De acuerdo al art. 3 del Código “proveedor es toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes des-

13 de octubre del mismo año. Fue modificada por la ley núm. 26.361, publicada en el Boletín Oficial del 12 de marzo de 2008.

(20) La disposición señala: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio... La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan...” (art. 40). Sólo se excluye al transportista que responde por los daños ocasionados con motivo u ocasión del servicio. La responsabilidad es objetiva ya que la norma menciona únicamente como causa de liberación total o parcial de alguno de los imputados, la demostración de que “la causa del daño le ha sido ajena”.

personalizados, que desarrollen actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios". De esta forma, la responsabilidad solidaria por vicio de calidad o cantidad del producto incluye al fabricante o importador, al distribuidor y al vendedor.

La responsabilidad por vicio de calidad incluye un primer derecho del consumidor a reclamar que el vicio sea "solucionado" en el plazo máximo de 30 días. Luego podrá exigir alternativamente y a su elección, la sustitución del producto, la restitución de valores pagados y la reducción proporcional en el precio (art. 18 § 1). En el caso de restitución del precio, se contempla la posibilidad de reclamar "eventuales pérdidas o daños" (art. 18 § 1, II). Al parecer, el primer derecho del consumidor es la reparación del bien, ya que se dispone que el plazo de 30 días no tiene lugar "siempre que, en razón de la extensión del vicio, la sustitución de las partes viciadas pueda comprometer la calidad o características del producto, disminuir su valor o se trate de producto esencial" (art. 18 § 3).

Cuando se trata de defectos de cantidad, el consumidor no tiene que esperar los treinta días y goza inmediatamente del derecho alternativo, al que se añade la opción por "la complementación de peso o medida".

Se excepciona de la acción directa contra otros proveedores distintos del comerciante, en el caso de suministro de productos *in natura*, en el que la responsabilidad se atribuye exclusivamente "el proveedor inmediato", salvo que esté identificado claramente el productor (art. 18 § 5). Igualmente, tratándose de defectos de cantidad responde sólo "el proveedor inmediato" cuando efectúe el pesaje o medición y el instrumento utilizado no esté calibrado según la norma oficial (art. 19 § 2)⁽²¹⁾.

4. RÉGIMEN DE LA ACCIÓN DIRECTA Y ACCIÓN DE REEMBOLSO

Los ordenamientos que autorizan la acción directa, como vemos, se limitan a disponer que el consumidor pueda hacer valer los dere-

(21) Distinto es el régimen de responsabilidad por productos defectuosos por falta de seguridad. El deber de reparar se atribuye al fabricante, productor, constructor e importador, de modo solidario y con independencia de la existencia de culpa (art. 12). Sólo en los casos en los que el fabricante, constructor, productor o importador no sean identificados o el producto sea ofrecido sin identificación clara de estos o no mantenga o almacene adecuadamente productos perecibles, se hace responsable "igualmente" al comerciante (art. 13).

chos que se le concedían frente a su contratante directo en contra de otro de los agentes de la cadena de producción y distribución del bien. Nada indican sobre cuál es el régimen de responsabilidad que se aplicará de manera supletoria.

A nuestro juicio, el régimen que corresponde aplicar, a falta de disposición especial, es el de responsabilidad contractual y no el de responsabilidad aquiliana. Estamos ante una relajación del principio de relatividad del contrato, por el cual es el mismo contrato de venta al consumidor el que resulta comprometer al tercero interviniente de la cadena, normalmente llamado deudor extremo. En este sentido, puede decirse que el consumidor “sucede” en las acciones de garantía que podía tener el vendedor contra su proveedor o contra el fabricante⁽²²⁾.

Otra cuestión son las causas de exoneración del deudor extremo demandado. La doctrina que se ha preocupado de estudiar la acción directa en las cadenas contractuales, ha advertido que el demandado podría oponer al acreedor extremo sus excepciones personales y las cláusulas limitativas de responsabilidad de su contrato. Esta idea puede ser razonable en términos generales⁽²³⁾, pero no parece procedente en la acción directa que se concede en materias de consumo, porque en tal caso el consumidor quedaría a merced de limitaciones que introdujeran los fabricantes o distribuidores a los contratos con

(22) En Francia, la jurisprudencia y la doctrina han admitido la acción directa del comprador de una cosa en contra de un antecesor en el dominio que no es el vendedor directo sobre la base de entender que al transferirse la cosa, se cede también un crédito de garantía, por lo que el comprador sucede en la garantía a su cocontratante. Según Larroumet, Christian, *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, reimp. 2006, p. 32, la extensión de la responsabilidad contractual en los contratos relacionados es legítima únicamente cuando se fundamenta en estos casos de transferencia a un sucesor de los derechos contractuales de su titular contra otra persona. Uno de estos casos sería el uso de la acción de garantía en las ventas sucesivas.

(23) Sobre la acción directa en cadenas contractuales, puede verse a PIZARRO WILSON, Carlos, “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (edit.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, LexisNexis, Santiago, 2007, ps. 551 y ss., donde sostiene que hay consenso en cuanto a aplicar el régimen de la acción contractual entre los contratantes extremos: “La primera regla para entender la acción entre contratantes extremos consiste en que el demandante debe sujetar su acción al contenido del contrato celebrado por el demandado y su deudor directo o intermedio. Es decir el contenido del contrato celebrado por el deudor extremo demandado resulta oponible al acreedor extremo demandante” (p. 567). Por esto el deudor demandado puede oponer al demandante todas las excepciones tanto personales como reales, siendo aplicables las cláusulas limitativas de responsabilidad o de atribución de competencia.

sus contrapartes y se verían frustradas sus expectativas. Pensamos que en este caso el consumidor podrá hacer valer las normas que excluyen las cláusulas abusivas, entre las cuales están las que limitan la responsabilidad (por ejemplo, el art. 16 letra d de la Ley chilena o el art. 50 letra a del Código del Consumo peruano)⁽²⁴⁾.

El proveedor demandado podría sí exonerarse de responsabilidad aduciendo las mismas razones que habría podido alegar el vendedor directo, como por ejemplo que el deterioro del producto se haya debido a un hecho imputable al consumidor (art. 21 inc. 1º de la ley chilena), que el contrato de venta adoleció de nulidad o que las acciones están prescritas o extinguidas por la caducidad.

Por cierto, el demandado por acción directa que se ve obligado a responder tiene derecho a ejercer una acción de regreso o reembolso en contra de quien ha sido el real responsable del defecto de la cosa. La fórmula de concesión de acción directa que atribuye solidaridad en la responsabilidad, contempla dentro de esta misma figura el derecho al reembolso. En los casos en los que se no se menciona el derecho al reembolso, debería aplicarse por las reglas generales que prohíben el enriquecimiento sin causa. Más problemas puede suscitar la decisión de si estas acciones deben ser conocidas en el ámbito sustantivo y jurisdiccional de la legislación de consumo, o deben ser tratadas como acciones ordinarias, por tratarse de sujetos no consumidores.

5. UNA PROPUESTA PARA UN CÓDIGO LATINOAMERICANO DE LOS CONTRATOS

Nos parece que si se llegara a forjar un Código o al menos unos Principios o Reglas Comunes para la regulación de los contratos en la región, debería incluirse expresamente el contrato inmerso en la relación de consumo, y consagrar el control de cláusulas abusivas y las

(24) LARROUMET, C. ob. cit., ps. 22/23, se pone (en el caso en que un consumidor venda la cosa a un tercero que es un profesional (no consumidor), y sostiene que la cláusula limitativa de responsabilidad que sería nula contra el primer comprador no lo sería en cambio y valdría cuando se interpusiera la acción directa del segundo comprador. Cuando el primer comprador vende la cosa no puede cederle a su adquirente una calidad, la de consumidor, que no puede pertenecer a nadie más que a él mismo. No se pronuncia, en cambio, si debe aplicarse la cláusula limitativa de responsabilidad pactada entre proveedores (por ejemplo, entre el fabricante y el vendedor, o entre el distribuidor y el vendedor) al consumidor que ejercer la acción directa.

acciones o “remedios” que se pondrán a disposición del consumidor por vicios o defectos de los bienes que se adquieren.

Dentro de estos “remedios”, convendría incluir también la acción directa contra el fabricante o importador o el distribuidor por los defectos de calidad o conformidad de las cosas adquiridas. Consideramos, con todo, que ello debería legislarse como una excepción del principio de relatividad del contrato que se justifica en este ámbito por consideraciones especiales de protección al consumidor, pero que no significa un repudio absoluto de dicho principio.

Por ello, no nos parece aconsejable seguir la formulación más abierta de las legislaciones argentina y brasileña en el sentido de declarar una responsabilidad solidaria de todos los proveedores implicados en la cadena de consumo.

Pensamos que la regla general debería ser la reclamación ante el vendedor o suministrador final, que es el que contrató con el consumidor. Si éste debe responder por un defecto que se debe a un proveedor suyo deberá concedérsele una acción de reembolso o regreso como previene la Directiva europea.

La acción directa del consumidor debería contemplarse en contra del fabricante o importador, en algunos supuestos en los que normalmente el control de la calidad o conformidad debe atribuirse a este agente de la cadena. Estos supuestos deberían ser:

- a)* Productos manufacturados;
- b)* Productos ensamblados por piezas;
- c)* Productos envasados con contenidos no manipulables por los distribuidores o el vendedor final.

No parece conveniente conceder acción directa contra el distribuidor o contra el transportista, salvo que el defecto sea imputable a su intervención en la relación de consumo.

Será conveniente indicar expresamente que el demandado por acción directa responderá por el incumplimiento del contrato celebrado por el consumidor, sin que pueda invocar excepciones personales o cláusulas de limitación de responsabilidad incluidas en el contrato por el cual se comercializó el bien defectuoso.

La acción de reembolso debiera ser mencionada, para una mayor claridad, pero con indicación de que se sustanciará según las reglas generales del derecho privado común.

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⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La ejecución por equivalente dinerario en el derecho argentino. 2.1. El problema. 2.2. Nuestra posición. 2.3. La cuestión en caso de resolución del contrato por incumplimiento. 3. La cuestión en los proyectos sobre el derecho de los contratos elaborados a nivel europeo. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Es para nosotros un gran gusto y un honor participar en este merecido homenaje a uno de los más destacados juristas argentinos y latinoamericanos. El evento nos brinda además la oportunidad de manifestar nuestra admiración por la obra y la persona de Ricardo Lorenzetti, y nuestra gratitud por el apoyo que siempre nos brindó en nuestro desarrollo doctrinal y profesional.

La expresión “remedios”, de aparición relativamente reciente en nuestro lenguaje jurídico, parte de una emulación de la expresión anglosajona *remedies*, y —empleada en relación a la inejecución contractual— alude a las sanciones que el ordenamiento jurídico prevé frente al incumplimiento del deudor. Más allá del debate que pueda darse acerca de la corrección de su empleo desde el punto de vista lingüístico⁽²⁾, lo cierto es que la expresión tiene ya carta de ciudadanía en

(1) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez Nacional Civil (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 41), por concurso ante el Consejo de la Magistratura de la Nación.

(2) Por lo pronto, el Diccionario de la Real Academia Española no registra para esa palabra el sentido que mencionamos en el texto; la definición más cer-

nuestra doctrina, y por esa razón la emplearemos en lo sucesivo, con el sentido indicado.

En el derecho argentino, el incumplimiento de las obligaciones faculta al acreedor, ante todo, a reclamar su cumplimiento forzado, en especie o por equivalente dinerario. En ese sentido, el art. 505 del Código Civil argentino consagra el derecho del *accipiens* de emplear los medios legales a fin de que el *solvens* le procure aquello a que se ha obligado (inc. 1º), lo que incluye todos los medios lícitos de coerción (como las *astreintes* del art. 666 “bis” del mismo código), excluida la violencia física sobre el obligado (art. 629, código citado). También podrá acudir a la ejecución por un tercero, a costa del deudor (art. 505, inc. 2º). Finalmente, si el cumplimiento en especie fuere imposible, podrá acudir al equivalente dinerario de la prestación (arts. 505 inc. 3º y 889, Código Civil).

Desde luego que, en los casos en que la fuente de la obligación incumplida sea un contrato, habrá otros remedios que vendrán a agregarse al “menú” que la ley pone a disposición del acreedor. Así, en los contratos con prestaciones recíprocas, existirá la opción de resolver el contrato (arts. 1204, Código Civil, y 216, Código de Comercio); en los bilaterales, podrá oponerse la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1202, Código Civil); en los onerosos, será posible, en su caso, poner en funcionamiento las garantías de evicción y vicios ocultos (arts. 2089 y ss. y 2164 y ss., Código Civil).

Más allá de estos remedios tendientes a obtener el cumplimiento de lo debido, o bien a dejar sin efecto el contrato, puede reclamarse en todos los casos el resarcimiento de los daños y perjuicios que el acreedor pruebe haber sufrido, con base en los arts. 506, 508, 509 y 519 a 522 del Código Civil, o, en caso de tratarse de una obligación de dar sumas de dinero, el art. 622 del mismo cuerpo legal.

Adicionalmente, en el ámbito específico del derecho del consumo aparecen remedios novedosos, tales como la posibilidad de obtener la sustitución de la prestación por otra equivalente (art. 10 “bis”, inc. “b”,

cana, y propiamente jurídica, que proporciona ese diccionario es la de “recurso contra una resolución judicial” (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=remedio). Tampoco el diccionario de María MOLINER recoge la acepción a la que aludimos (MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, Gredos, Madrid, 2008, p. 1450). Sobre el sentido jurídico de la expresión —y la conveniencia o no de emplearla— puede verse LAITHIER, Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, París, 2004, p. 9/11.

ley 24.240), o la de lograr la reparación de las cosas muebles no consumibles que presenten defectos (arts. 11 a 17, ley 24.240) o la corrección del servicio deficientemente prestado (arts. 23 y 24, ley citada).

Como se echa de ver, un tratamiento exhaustivo de todos y cada uno de esos remedios excedería con creces el objetivo de este trabajo. Nos limitaremos, por el contrario, a abordar una cuestión específica, que estimamos de sumo interés tanto por sus proyecciones teóricas como por algunas de sus concretas derivaciones prácticas. Nos referimos a la distinción, no siempre correctamente percibida en la doctrina, entre la ejecución por equivalente dinerario de las obligaciones incumplidas y la responsabilidad contractual propiamente dicha, entendida como el resarcimiento de los mayores daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento. Trataremos, en un primer momento, la cuestión en el derecho argentino vigente, para estudiar luego, someramente, la forma en la que el problema ha sido encarado en los proyectos de unificación del derecho contractual elaborados a nivel europeo. Finalizaremos con unas breves consideraciones dirigidas a la posible regulación del tema en un futuro código latinoamericano de los contratos.

2. LA EJECUCIÓN POR EQUIVALENTE DINERARIO EN EL DERECHO ARGENTINO

Luego de exponer el problema en general (1) y de fundar la solución que propiciamos (2), analizaremos someramente las implicancias de la cuestión en el ámbito de la resolución del contrato por incumplimiento (3).

2.1. El problema

La responsabilidad contractual es, ante todo, una responsabilidad por incumplimiento, pues tiene su punto de partida en la existencia de una obligación incumplida, y, mientras esta situación perdure, subsistirá la responsabilidad del deudor por los daños que se encuentren en relación causal con esa inexecución. Esto equivale a afirmar que una vez constatado el incumplimiento⁽³⁾, la única posibilidad que tendrá el

(3) Desde luego, el incumplimiento se configura de distinta manera según los casos, pues mientras que en los deberes de resultado bastará con la constatación de que no se ha alcanzado el resultado comprometido, en los medios será necesario, en principio, probar la culpa del deudor (al menos, si lo que se le imputa es el cumplimiento defectuoso de ese deber calificado). *Vid.*, sobre el punto PICASSO, SEBASTIÁN, "El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la

obligado para desligarse de responsabilidad fincará en acreditar que el cumplimiento de la obligación ha devenido imposible por una causa que no le resulta imputable. La imposibilidad de pago no imputable tiene entonces el efecto de extinguir la obligación (art. 888, Código Civil argentino) y, al mismo tiempo, liberar al deudor de responsabilidad (arts. 513 y 514, código citado)⁽⁴⁾.

Insistimos en que, para que la imposibilidad de cumplimiento tenga efecto liberatorio, es necesario que no resulte imputable a culpa del obligado (art. 889, Código Civil argentino)⁽⁵⁾. Es que en todas las obligaciones, ya sean de medios o de resultado, el deudor asume, como deber complementario de la prestación principal, el accesorio de preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento⁽⁶⁾. El in-

ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Obligaciones de medios y de resultado”, en AMEAL, Oscar J. (Dir.) y GESUALDI, Dora M. (Coord.), *Derecho Privado*, libro en homenaje al profesor Dr. Alberto J. BUERES, Hammurabi, Buenos Aires, 2001; ídem, “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”, en LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos; CAUMONT, Arturo y CAFFERA, Gerardo (Coords.), *Estudios de derecho civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001; ídem, “Perfiles actuales de la responsabilidad contractual”, *Foro de derecho mercantil*, núm. 17, Bogotá, octubre-diciembre de 2007; ídem, “La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación”, *Revista de Derecho de daños*, 2009-1-125.

(4) Sería incluso más correcto decir que la imposibilidad de pago, más que liberar al deudor de responsabilidad, directamente lo libera del vínculo, pues si la obligación se ha extinguido ya no puede haber incumplimiento —concebido, precisamente, como la infracción de una obligación subsistente— ni responsabilidad de la que liberarse (BUERES, Alberto J. “El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 17 (*Responsabilidad contractual-I*), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 108; JORDANO FRAGA, Francisco, “Obligaciones de medios y de resultado”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIV, fascículo I, Madrid, enero-marzo de 1991, p. 28). Sin embargo, alguna doctrina ha sostenido la necesidad de analizar por separado los dos efectos de la imposibilidad que enumeramos en el texto (extinción del vínculo, y liberación del deudor). En tal sentido, sostiene Llamas Pombo que, mientras que para extinguir la obligación es necesario que medie imposibilidad absoluta, la *difficultas prestandi* bastaría para eximir al obligado (LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, ps. 173/176).

(5) PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 3, p. 316; LAFAILLE, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, Ediar, Buenos Aires, 1947, T. I, p. 456; BOFFI BOGGERO, Luis M. *Tratado de las obligaciones*, Astrea, Buenos Aires, 1981, T. 4, p. 570; LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1967, T. III, p. 289.

(6) JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado”, cit., p. 35. Es en esa clave que deben ser leídas las normas del Código Civil argentino que, *v. gr.*, exoneran al deudor cuando la cosa que debía dar se pierde sin culpa de su parte (arts.

cumplimiento de tal deber se configura cuando la obligación se vuelve de imposible cumplimiento por culpa del deudor, lo que impide tener por configurado el *casus*. En tal caso, el art. 889 del Código Civil argentino dispone: “*la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses*”. Y aquí nos hallamos ya en el centro del problema que nos interesa plantear.

Es que, como lo pone de resalto Llamas Pombo, pueden teóricamente postularse dos soluciones en el supuesto de imposibilidad sobrevinida de la prestación imputable al deudor: conceder al acreedor el derecho a obtener el valor de la prestación (la *aestimatio rei*⁽⁷⁾, o equivalente pecuniario) como algo previo de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios (teoría que el autor citado denomina de la “autonomía del cumplimiento por equivalente”), o bien, por el contrario, resolver la cuestión con una sola indemnización de daños y perjuicios, que comprendería tanto el equivalente pecuniario (valor de la prestación) como el resto de los daños sufridos por el acreedor (el *id quod interest*). En esta segunda concepción —que Llamas Pombo denomina del “concepto integral de indemnización”—, la “no prestación” constituye un daño en sí mismo, que es reparado juntamente con los “mayores daños” mediante el otorgamiento de una suma única, que tiene carácter íntegramente resarcitorio⁽⁸⁾.

La opción por una u otra corriente dista de ser meramente teórica, pues hay varios problemas concretos cuya solución parece depender de la relación que exista entre la obligación original y la de pagar daños y perjuicios⁽⁹⁾. Por lo demás, cabe apuntar que una corriente de opinión

578, 586 y concs.). Se trata, como puede apreciarse, de la evaluación de la diligencia del deudor respecto del deber accesorio de preservar la cosa, lo cual está lejos de configurar a la obligación principal (la de entregar la cosa) como un deber de medios, como erróneamente se ha sostenido a veces.

(7) Si bien muchas veces ambos términos se emplean como sinónimos, en el texto damos a la locución *aestimatio rei* el sentido de designar el equivalente dinerario de la prestación debida, mientras que reservamos el giro *id quod interest* para hacer alusión a los mayores daños causados por el incumplimiento. Tal era, según LLAMAS POMBO, el significado de esas expresiones en el derecho romano clásico (LLAMAS POMBO, Eugenio *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., ps. 64/66 y 109 y ss.).

(8) LLAMAS POMBO, EUGENIO *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, cit., p. 20.

(9) Sobre el punto, señala JOURDAIN que la tesis de la continuidad de la obligación originaria tendría asidero en ciertas soluciones adoptadas por la jurisprudencia francesa, como ocurre con el mantenimiento de las garantías de la obligación inicial para garantizar los daños y perjuicios contractuales; el punto de

difundida en nuestros días en la doctrina francesa denuncia la supuesta falsedad del concepto de “responsabilidad contractual”, sosteniendo que, en puridad, lo que así se denomina no es sino un cumplimiento forzado de la obligación, que tiene, por ello mismo, naturaleza de pago, y no de reparación de daños⁽¹⁰⁾. En otras palabras, desde esta perspectiva todo sería *aestimatio rei* (contravalor pecuniario de la prestación). Por el contrario, quienes defienden la existencia de una verdadera responsabilidad contractual consideran que, como dice Larroumet, “*la ejecución por equivalente no es más que la responsabilidad contractual*”⁽¹¹⁾, con lo cual se incurre en el mismo reduccionismo, aunque invirtiendo los términos: todo es *id quod interest*. Nos parece que la distinción entre uno y otro concepto es fundamental para echar cierta luz en esta disputa, que viene dividiendo aguas en el pensamiento jurídico galo.

partida de la prescripción el día de la exigibilidad de la obligación contractual (y no el de la manifestación del daño), y la aplicación a la responsabilidad contractual de la ley en vigor al tiempo del contrato, en vez de la que rige en el momento en que se produce el daño (JOURDAIN, Patrice, “Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle”, en *Les métamorphoses de la responsabilité. Sixièmes journées René Savatier*, PUF, París, 1997, ps. 68/69). *Vid.*, asimismo PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLIV, fasc. III, Madrid, julio-septiembre de 1991, p. 1055.

(10) REMY, Philippe, “La ‘responsabilité contractuelle’: histoire d’un faux concept”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, 323; TALLON, Denis, “Pourquoi parler de faute contractuelle?”, en *Ecrits en l’honneur de G. Cornu*, PUF, París, 1995, p. 432; ídem, “L’inexécution du contrat: pour une autre présentation”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1994-223; LE TOURNEAU, Philippe y CADIEU, Loïc, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, París, 1996, p. 70; FAURE ABBAD, Marianne, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ, Poitiers, 2003, ps. 150 y ss.; BELLISSENT, Jean, *Contribution à l’analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, París, 2001, ps. 323 y ss.; COEFFARD, Paul, *Garantie de vices cachés et “responsabilité contractuelle de droit commun”*, LGDJ, Poitiers, 2005, p. 91; ROUVIÈRE, Frédéric, *Le contenu du contrat: essai sur la notion d’inexécution*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-En Provence, 2005, ps. 38 y ss.

(11) LARROUMET, Christian, “Pour la responsabilité contractuelle”, en *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, obra en homenaje a PIERRE CATALA, Litec, París, 2001, p. 11. En el mismo sentido: MAZEAUD, Henri y LÉON; MAZEAUD, Jean y CHABAS, François, *Leçons de droit civil. Obligations*, Montchrestien, París, 1993, p. 351; VINEY, GENEVIÈVE, “Exécution de l’obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français”, en FONTAINE, Marcel-VINEY, Geneviève (dirs.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant - LGDJ, Bruselas-París, 2001, p. 169; JOURDAIN, “Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle”, cit., p. 68/69; PINNA, Andrea, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, París, 2007, p. 41; REMY-CORLAY, Pauline, “Exécution et réparation: deux concepts?”, *Révue des Contrats*, febrero de 2005, p. 25/26.

La controversia reconoce su origen en los textos romanos. La *perpetuatio obligationis* consistía, en el derecho clásico, en una ficción, en cuya virtud se consideraba que la cosa que debía darse, y que había perecido por culpa del deudor, seguía existiendo, lo que permitía condenar al obligado por el importe del valor de la cosa⁽¹²⁾. Es ése el sentido que cabe darle al texto de Paulo: “*culpa debitoris perpetuat obligationem*”⁽¹³⁾. La confusión se habría suscitado a partir de épocas posteriores, cuando se habría abandonado esta fórmula, haciendo incluir en el *id quod interest* tanto el precio de la cosa como el valor de los mayores daños derivados del incumplimiento⁽¹⁴⁾. Esa dualidad habría atravesado el derecho intermedio, hasta llegar a la obra de Pothier. El jurista de Orléans, por su parte, habría consagrado la idea de la *perpetuatio obligationis*, pues —sentando un criterio que sería retomado por el Código Civil argentino— afirma que si la cosa se pierde por el hecho o culpa del deudor, la deuda no se extingue, sino que se convierte en la obligación de pagar el precio de la cosa⁽¹⁵⁾.

La doctrina argentina se hace eco de esa polémica, y no existe en ella unanimidad de criterios⁽¹⁶⁾.

(12) LLAMAS POMBO, ob. cit., ps. 119/121.

(13) *Digesto*, 45,1,91,3.

(14) Cf. BUSTAMANTE SALAZAR, Luis, “La autonomía del equivalente pecuniario o su integración dentro de la indemnización de daños y perjuicios en el anteproyecto de código europeo de los contratos y en el Código Civil chileno”, en *Sequiscentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2005, T. I, p. 725.

(15) Tal es la visión de LLAMAS POMBO, ob. cit., ps. 137/143. De todos modos, cabe señalar que el pensamiento del jurista de Orléans dista de ser unívoco sobre el punto, pues si bien —como lo señalamos en el texto— adopta la tesis de la *perpetuatio obligationis* en materia de pérdida de la cosa, al tratar el problema de la previsibilidad del daño contractual distingue, en cambio, entre el daño intrínseco y el extrínseco, y considera, por lo tanto, que el valor de la prestación es propiamente un daño (y no el sucedáneo dinerario de la prestación específica). Cf. POTHIER, ROBERT J. *Traité des obligations*, en *Oeuvres de Pothier*, imprenta de P. Didot, París, 1821, T. I, ps. 181 y ss.

(16) Por la “autonomía del cumplimiento por equivalente” se pronuncian: MAYO, JORGE A. comentario al art. 519 en Belluscio, Augusto C. (Dir.) – Zannoni, Eduardo A. (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1993, T. 2, p. 719; ídem, “Reparación de los daños: el ‘id quod interest’”, *La Ley*, 1989-D, 549; PREVOT, Juan M. – CHAIA, RUBÉN A. *La obligación de seguridad*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 40 y ss.; BUERES, ALBERTO J. “Culpa y riesgo. Sus ámbitos”, en *Revista de Derecho de Daños*, “Creación de riesgo I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 45; MORELLO, AUGUSTO M. – GALDÓS, JORGE M. *Indemnización del daño contractual*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 308; PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., t 2, p. 57. Contrariamente, se manifiestan partidarios de la tesis que hemos denominado del “concepto inte-

2.2. Nuestra posición

Por nuestra parte, nos inclinamos decididamente por la teoría de la “autonomía del cumplimiento por equivalente”. Creemos, en efecto, que la *perpetuatio obligationis* sólo existe respecto de la *aestimatio rei*: en tanto no medie imposibilidad absoluta y objetiva, la obligación originaria subsistirá, aunque modada de objeto (pues éste “se convierte” —en los términos del art. 889 del Código Civil argentino— en la entrega de una suma de dinero equivalente a la prestación debida). En cambio, la obligación de resarcir los mayores daños que pueda haber sufrido el acreedor (el *id quod interest*) no es ya la misma que se incumplió, sino un vínculo nuevo, surgido precisamente a partir de la producción de los perjuicios, cuyo objeto (resarcir esos mayores daños) no coincide con el de aquella obligación original⁽¹⁷⁾.

Tal vez el mejor fundamento que pueda proporcionarse para sostener esta tesis sea la lúcida afirmación de Llamas Pombo: adoptar la postura contraria (del “concepto integral de indemnización”) llevaría a discriminar dos tipos de acreedores frustrados: aquellos cuya prestación no ha devenido imposible y pueden, por consiguiente, exigir el cumplimiento forzoso sin necesidad de demostrar más que el incumplimiento, y aquellos otros que, ante la imposibilidad de la prestación originaria, ven transformada la obligación en otra de indemnizar daños y perjuicios, para cuyo éxito deben demostrar, al menos, la existencia de daños, y su relación causal con el incumplimiento. No hay razón alguna que justifique el mayor rigor que se exige a estos últimos, cuando el equivalente de la prestación queda difuminado en la indemnización de daños y perjuicios⁽¹⁸⁾.

Adicionalmente, la *aestimatio rei*, el valor de la prestación en sí mismo, no constituye un daño: “*Es daño lo que tal prestación representaba dentro del patrimonio, expectativas e intereses del acreedor. Pero*

gral de indemnización”: IBÁÑEZ, CARLOS M. *Resolución por incumplimiento*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 170; LLAMÁS, OBLIGACIONES, cit., T. I, p. 110; CAZEAUX, PEDRO N. – TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. *Derecho de las obligaciones*, Platense, La Plata, 1970, T. I, p. 137; SALVAT, RAYMUNDO M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, sexta ed., actualizada por ENRIQUE V. GALLI, TIPOGRÁFICA EDITORA ARGENTINA, BUENOS AIRES, 1952, T. I, p. 92; LAFAILLE, *Obligaciones*, cit., T. I, p. 156; BUSSO, EDUARDO B. *Código Civil anotado*, Ediar, Buenos Aires, 1949, T. III, p. 217; REZZÓNICO, LUIS M. *Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil*, Depalma, Buenos Aires, 1966, T. I, p. 124.

(17) BUERES, “Culpa y riesgo...”, cit., p. 45; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, T. I, p. 144.

(18) LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., p. 62.

no su valor aisladamente considerado"⁽¹⁹⁾. Se nos ocurre el ejemplo de un contrato de permuta en el que la prestación a cargo de una de las partes se ha vuelto imposible por su culpa. El otro contratante, que aún no ha entregado la cosa de su propiedad (y puede, por lo tanto, mantenerla en su poder por la vía de la *exceptio non adimpleti contractus*), pretende sin embargo, que se le entregue el valor de la prestación devenida imposible. Es claro que, en ese caso, no se reclama el resarcimiento de un daño, pues al mantener en su patrimonio la cosa que debía entregar (y cuyo valor coincide sustancialmente con la prometida por su cocontratante), el acreedor insatisfecho no experimenta una disminución patrimonial que pueda dar sustento a tal pretensión (aunque sí pueda, eventualmente, sufrir otros daños propiamente dichos, tales como el lucro cesante, la pérdida de *chance*, o el daño moral, que forman parte del *id quod interest* y pueden dar lugar a un reclamo resarcitorio). Sin embargo, es indudable que tendrá derecho a obtener la *aestimatio rei* por la vía de una acción de cumplimiento⁽²⁰⁾.

La cuestión adquiere mayor claridad cuando se la conecta con los distintos remedios que el ordenamiento confiere al acreedor frente a la inejecución de su deudor, y a los que ya hemos hecho alusión. En principio, el incumplimiento (en cualquiera de sus modalidades: incumplimiento absoluto; cumplimiento parcial; cumplimiento tardío [mora], o cumplimiento inexacto) da derecho al acreedor a obtener la ejecución forzada (art. 505, incs. 1 y 2, Código Civil argentino), a cuyo efecto le basta con acreditar la existencia del título y alegar el incumplimiento, incurriendo al deudor la prueba del pago⁽²¹⁾. No es necesario aquí demostrar la existencia de daño de ningún tipo⁽²²⁾. Desde lue-

(19) LLAMAS POMBO, *ibíd.*, p. 279.

(20) Incluso en el caso de que nuestro hipotético acreedor hubiera ya cumplido con su prestación, pueden imaginarse supuestos en los que el daño que experimenta (por la falta de obtención de la prestación que ha devenido imposible) sea menor al valor de la prestación misma. PANTALEÓN PRIETO ("El sistema de responsabilidad contractual...", *cit.*, p. 1052) menciona los siguientes: acreedor que se propone destruir la cosa debida; acreedor que, a su vez, debe la cosa a un tercero, a quien ya se ha transmitido el riesgo; acreedor de restitución, no propietario de la cosa a restituir, etc. En tales casos, la postura del "concepto integral de indemnización" conduciría a que el deudor sólo esté obligado a entregar ese menor valor que constituye la medida del perjuicio realmente sufrido por el acreedor.

(21) LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 286.

(22) Sobre el punto, dicen STARCK-ROLAND-BOYER: "Si el acreedor que se encuentra con el incumplimiento decide utilizar las vías de ejecución directa, nadie ha sostenido jamás que deba, previamente, establecer la culpa del deudor. Le basta con establecer la obligación y su incumplimiento" (STARCK, Boris - ROLAND, HENRI y BOYER, Laurent, *Droit civil. Les obligations*, Litec, París, 1996, T. 2, p. 584; la traduc-

go, a esta pretensión de cumplimiento podrá adicionársele el reclamo de resarcimiento de los mayores daños sufridos por el acreedor (arts. 506, 508, 509, 511, 519 a 522 y concs., Cód. Civil argentino), para lo cual deberá aquél acreditar la existencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, incluidos el daño y el factor de atribución.

Cuando, por el contrario, el cumplimiento de la obligación se ha vuelto imposible, aquélla se extingue, siempre que la imposibilidad no resulte atribuible a la culpa del deudor (art. 888, Código Civil). Si, en cambio, media culpa, o el obligado ha asumido el caso fortuito, o se encuentra en mora, el art. 889 dice que “*la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses*”. Queda claro entonces que en este último supuesto la obligación no se extingue, sino que muta de objeto: se deberán pagar “daños e intereses”. Ahora bien, ¿qué sentido debe dársele a ese término? ¿Se refiere, propiamente, a una indemnización de daños (el *id quod interest*), o al equivalente dinerario de la prestación (la *aestimatio rei*)? Si se concluyera en el primer sentido (adoptándose entonces la teoría del “concepto integral de indemnización”), nos encontraríamos con la ya mencionada paradoja de que el acreedor, quien para obtener el cumplimiento forzado de la obligación (mientras éste era aún posible) estaba relevado de la prueba del daño, pasaría automáticamente a tener que demostrar este perjuicio para obtener aquellos “daños e intereses” —aunque ellos consistieran sólo en el valor de la prestación incumplida—, por la sola circunstancia (contingente) de que existe ahora imposibilidad sobrevinida.

Sin embargo, creemos que un examen integral de las disposiciones del mencionado código permite extraer una conclusión distinta. Es cierto que en el art. 889 —al igual que en el art. 628, que regula los efectos de la imposibilidad imputable en las obligaciones de hacer— parece englobar bajo la genérica denominación de “daños e intereses” a todas las consecuencias de la imposibilidad, lo que podría llevar a concluir que el equivalente dinerario de la prestación debida no es, en el sistema argentino, sino un componente de los daños y perjuicios contractuales (y tendría, entonces, carácter resarcitorio). Sin embargo, la conclusión cambia cuando el art. 889 es puesto en contacto con el art. 579, a cuyo tenor: “*Si la cosa se pierde por culpa del deudor, éste será responsable al acreedor por su equivalente y por los perjuicios e*

ción es nuestra). *Vid.*, también LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., p. 227; PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual...”, cit., p. 1046.

intereses.” Aquí es prístina la distinción que hace el código entre, por un lado, el equivalente dinerario de la prestación (la *aestimatio rei*) y, por el otro, los mayores daños que experimenta el acreedor al margen de aquél (el *id quod interest*). Esta tesis se ve confirmada por otras disposiciones del mismo cuerpo normativo⁽²³⁾, como sucede con el art. 581, según el cual: “*Si la cosa se deteriorare por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho de exigir una cosa equivalente con indemnización de los perjuicios e intereses, o de recibir la cosa en el estado en que se hallare, con indemnización de los perjuicios e intereses*.” A su turno, el art. 641, en materia de obligaciones alternativas, permite al acreedor optar por reclamar la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido por culpa del deudor, o bien, si ambas se han perdido por culpa del *solvens*, reclamar el valor de una u otra. El art. 648 sienta, por su parte, una solución similar (posibilidad del acreedor de pedir el valor de la cosa que ha perecido por culpa del deudor) en las obligaciones facultativas.

En resumidas cuentas, no cabe duda de que el Código Civil argentino distingue claramente la *aestimatio rei* del *id quod interest*, y que, en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor, el acreedor tendrá derecho a obtener el equivalente dinerario de ella, sin necesidad de probar haber sufrido perjuicio⁽²⁴⁾; es en esta clave que debe leerse la expresión “daños e intereses” del art. 889.

(23) Al respecto, sostiene MAYO que la distinción entre *id quod interest* y *aestimatio rei*, si bien no surge en forma expresa del art. 889 del Código Civil, tampoco es negada por él, y resulta, en cambio, corroborada por otras disposiciones de ese cuerpo normativo, como los arts. 581, 585, 1420, 1421, 2118, 2119 y concordantes (“Reparación de los daños...”, ob. y loc. cit.). BUERES, a su turno, advierte que hay preceptos que afirman la *aestimatio rei* y otros que parecen esfumarla, pero que el problema debe enfocarse con una visión integradora y no positivista. La obligación, dice, es un concepto jurídico-normativo de índole funcional, más allá de que las normas contemplen en su dicción textual algunas facetas del instituto, que no pueden elevarse con simpleza a la categoría de conceptos (BUERES, “Culpa y riesgo. Sus ámbitos”, cit., p. 44).

(24) Cf. LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., p. 287: “*La prestación de la aestimatio opera por el simple hecho del incumplimiento y es consecuencia directa de que se debe (la obligación subsiste —no se ha verificado el hecho extintivo-liberatorio— y subsiste sin cumplir o sin cumplir exactamente), no necesitándose prueba alguna acerca del valor del perjuicio causado, pues la prestación se debía*”. A su turno, dice YZQUIERDO TOLSADA que la *aestimatio rei* (que él denomina *id quod interest*) “*viene a ser un sustitutivo de la prestación, y por esa razón ha de bastar para su exigencia con la prueba de la obligación incumplida... En cambio, la pretensión de resarcimiento no ha de prosperar si el acreedor no aporta la prueba de los perjuicios sufridos*” (YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad...*, cit., T. I, p. 144). Vid., asimismo BUSTAMANTE SALAZAR, ob. cit., p. 736; BUERES, “Culpa y riesgo...”, cit., p. 46; MAYO,

Desde luego, el *accipiens* podrá también adicionar a esta pretensión un reclamo indemnizatorio, con sustento en los arts. 506, 508, 511 y conchs. del citado código, pero en tal caso deberá también demostrar el perjuicio que le ha ocasionado la falta de cumplimiento, pues es ése (el daño) el presupuesto de aplicación de las normas mencionadas⁽²⁵⁾.

El hecho de que nos hallemos ante obligaciones diferentes (la original, que se perpetúa por medio de la *aestimatio rei*, y la de reparar —esto es, la de pagar el *id quod interest*—, que surge a partir del incumplimiento dañoso) no conduce necesariamente, sin embargo, a sostener que las garantías de la obligación originaria aseguran sólo el pago de la *aestimatio rei* y no de los mayores daños que sufra el acreedor, o que el plazo de prescripción debe contarse de manera distinta para ambas pretensiones. Por el contrario, como bien lo subraya Llamas Pombo —siguiendo en esto a Pantaleón Prieto⁽²⁶⁾—, el mantenimiento de las garantías también respecto de la obligación de indemnizar se funda en el hecho de que ésta surge del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, que tienen su fuente, precisamente, en el contrato donde dichas garantías han sido establecidas⁽²⁷⁾. En cuanto a la prescripción, es claro que la acción para reclamar el equivalente dinerario sólo puede ejercerse a partir del momento en que tuvo lugar la imposibilidad imputable al deudor (que es, por lo tanto, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción). La dirigida a obtener el resarcimiento de los mayores daños sufridos comenzará a prescribir ese mismo día, o bien con posterioridad, dependiendo del momento de la efectiva producción de los perjuicios⁽²⁸⁾.

“Reparación de los daños...”, op. y loc. cit., MORELLO-GALDÓS, *Indemnización del daño contractual*, cit., p. 308.

(25) LLAMAS POMBO, ob. cit., p. 286; BUSTAMANTE SALAZAR, op. y loc. cit., PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Bosch, Barcelona, 1988, T. I, vol. II, p. 443; MORELLO-GALDÓS, op. y loc. cit.

(26) Por lo demás, PANTALEÓN adscribe a la tesis contraria, pues afirma que el pago de la *aestimatio rei* no es un cumplimiento por equivalente de la obligación originaria, sino cumplimiento de la obligación de resarcir los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual (“El sistema de responsabilidad contractual...”, cit., p. 1021).

(27) LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., ps. 94/95. En el mismo sentido, dice YZQUIERDO TOLSADA: “los perjuicios que se han de indemnizar son consecuencia de la falta de cumplimiento, y las garantías primitivas si algo hacían era asegurar al acreedor frente a las eventualidades que su derecho subjetivo pudiera sufrir” (*Responsabilidad civil...*, cit., T. I, p. 145).

(28) YZQUIERDO TOLSADA, ob. cit., T. I, p. 145; PANTALEÓN PRIETO, “El sistema de responsabilidad contractual”, cit., p. 1047.

El examen que hemos encarado en este apartado permite constatar que en el campo obligacional pueden coexistir el cumplimiento forzado por equivalente dinerario (la *aestimatio rei*) y la indemnización de los daños que el incumplimiento causó al acreedor (el *id quod interest*). En puridad, sólo este último aspecto puede propiamente denominarse “responsabilidad contractual”⁽²⁹⁾. La frecuente confusión de uno y otro fenómeno, como consecuencia de un análisis del incumplimiento contractual centrado exclusivamente en una perspectiva resarcitoria (sin duda resultante de una indebida transposición al ámbito contractual de criterios propios de la responsabilidad aquiliana), lleva muchas veces a soluciones erróneas, e incluso a estériles disputas doctrinales, como las que hemos relevado en la doctrina francesa contemporánea.

Por otra parte, la conclusión a que arribamos permite reforzar la idea de la unidad del fenómeno resarcitorio, en la medida en que revela, por un lado, que es posible predicar la existencia de una verdadera responsabilidad contractual, distinta del cumplimiento forzado de la obligación, y por el otro, que en ambos casos (contractual y delictual) la obligación de reparar surge a partir de la producción de un daño⁽³⁰⁾, razón por la cual, en la órbita contractual, aquélla no hace sino sumarse a la obligación originaria, que salvo imposibilidad sobrevenida no imputable al obligado dará derecho al acreedor a reclamar el cumplimiento forzado, ya sea en especie o por equivalente dinerario.

2.3. La cuestión en caso de resolución del contrato por incumplimiento

El distingo que venimos defendiendo tiene además un importante efecto clarificador en caso de resolución del contrato por incumplimiento.

En efecto, existe una polémica en la doctrina argentina acerca de si resulta aplicable en ese supuesto el distingo entre el daño al interés

(29) En palabras de LLAMAS POMBO: “el ‘valor objetivo’ no es propiamente ‘daño’, el crédito para obtenerlo no es de carácter verdaderamente resarcitorio, sino que va dirigido a la prestación misma o a su transformación pecuniaria” (ob. cit., p. 192).

(30) Con razón dice LLAMAS POMBO que la obligación de indemnizar (de pagar el *id quod interest*) “tiene su fuente no en la prior obligatio, sino en el daño, hecho ilícito o actuación injusta del deudor frente al acreedor, como consecuencia —en sí— del acto antijurídico que supone el incumplimiento” (ob. cit., p. 244). Vid., asimismo BADOSA COLL, FERRÁN, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Real Colegio de España, Zaragoza, 1987, p. 864.

positivo y el daño al interés negativo, que como es sabido tiene su origen en la obra de Ihering.

Recordemos que, para el citado jurista teutón, la distinción era aplicable fundamentalmente en los casos de responsabilidad precontractual. El interés negativo —o de confianza— es el que liga a las partes en la etapa de las tratativas previas a la celebración del contrato, y se agota en la finalidad de llegar a un acuerdo válido. En caso de que ese interés se frustre por culpa de una de las partes, el resarcimiento consiguiente consistirá no en la obtención de las ventajas que habría procurado al contratante frustrado el negocio que nunca llegó a concretarse —o que, pese a haberse celebrado, no produjo efecto alguno, por haber sido anulado—, sino, simplemente, en ponerlo en la situación que él habría tenido si nunca se hubiera embarcado en los *pourparlers*. Inversamente, una vez celebrado un contrato válido, las partes se encuentran ligadas por el interés positivo o de cumplimiento, que se cifra en obtener la ejecución del acuerdo conforme a lo pactado. El incumplimiento del deudor, en estos casos, facultará al acreedor a pedir que se lo ponga en la situación que habría tenido si el contrato se hubiera cumplido correctamente. Aquí sí —a diferencia de lo que ocurre en los casos de daño al interés negativo— puede reclamarse, entonces, la ganancia o utilidad esperada del contrato⁽³¹⁾.

La distinción entre el daño al interés positivo y negativo es en general aceptada por la doctrina argentina —y aplicada por la jurisprudencia— a la hora de mensurar la extensión del resarcimiento en la responsabilidad precontractual; al menos, en los supuestos clásicos constituidos por la ruptura de los *pourparlers* y por la nulidad del contrato por dolo⁽³²⁾. Es mucho más debatida, en cambio, la posibilidad de extrapolar el *distingo* a los supuestos de resolución contractual.

(31) Sobre la cuestión puede verse: ANEX, Jean, *L'intérêt négatif, sa nature et son étendue*, Imprimerie Vaudoise, Lausanne, 1977; GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1992, ps. 94 y ss.; GENICON, Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, París, 2007, ps. 772 y ss.; LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, cit., ps. 160 y ss. En la doctrina argentina: BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad precontractual*, La Rocca, Buenos Aires, 1987, ps. 46 y ss.; LORENZETTI, Ricardo L. *Tratado de los contratos. Parte general*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, ps. 330 y 628 y ss.; SOZZO, Gonzalo, *Antes del contrato*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 217 y ss.; STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, ps. 53 y ss.

(32) Por lo demás, en la etapa precontractual, la categoría del daño al interés negativo tiene un sustento positivo en el art. 1156 del Código Civil argentino, aunque en un caso puntual. Dispone esa norma: “La parte que hubiere aceptado la ofer-

Una primera posición se manifiesta favorable a circunscribir el resarcimiento, en esos casos, al resarcimiento del daño al interés negativo o de confianza. Se argumenta, en ese sentido, que sería contradictorio que el acreedor que optó por resolver el contrato pretenda colocarse en la misma situación que si hubiera cumplido, lo que implicaría querer la ineficacia y la eficacia del contrato al mismo tiempo. De lo contrario, se llegaría a un híbrido: quien opta por la resolución no pagaría su prestación, o la recuperaría, cobraría los daños al interés negativo (gastos, etc.), y también lograría que se lo ponga en la situación que habría tenido si el contrato se hubiera cumplido de acuerdo con lo pactado. Para él el contrato quedaría resuelto; para su contraparte —que sigue obligada a entregarle las utilidades esperadas del convenio—, seguiría vigente⁽³³⁾.

Quienes, contrariamente, entienden inaplicable el distingo en esos casos, señalan que se trata de categorías extrañas a la sistemática del Código Civil argentino, que no contempla la distinción de Ihering. El principio, en el derecho positivo nacional, sería en cambio el de la reparación integral. El acreedor que resuelve el contrato ante el incumplimiento de su deudor podría, entonces, solicitar la reparación de todos los daños que sufra como consecuencia del incumplimiento, incluidas las utilidades que esperaba obtener del negocio⁽³⁴⁾.

Por nuestra parte, creemos que la discusión se origina en buena medida en el ya mencionado equívoco de confundir los daños y perjuicios contractuales (el *id quod interest*) con el valor de la prestación debida por el deudor incumplidor (la *aestimatio rei*). Cuando, frente al incumplimiento del *solvens*, el *accipiens* opta por resolver el contrato, la extinción con efecto retroactivo de las prestaciones adeudadas

ta ignorando la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho a reclamar pérdidas e intereses”.

(33) CNCiv., Sala A, 7/8/58, La Ley, 93-685; CNCiv., Sala G, 5/11/85, La Ley, 1985-C, 349; CNCiv., en pleno, 22/02/1990, “Civit, Juan c/Progress, S.A. y otro”, La Ley, 1990-B, 474, voto del Dr. GRECO; LLAMBÍAS, *Obligaciones*, cit., T. I, ps. 273/274; CORNET, MANUEL, *Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento*, Lerner, Córdoba, 1993, ps. 207 y 208.

(34) MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Incumplimiento, resolución y lucro cesante”, La Ley, 1990-D, 1066; IBÁÑEZ, ob. cit., ps. 333 y ss. Se trata de la tesis que parece haber seguido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en un importante fallo plenario, en el que se estableció que el resarcimiento del lucro cesante en caso de resolución contractual comprende los “daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo en que perduró la mora del contratante incumplidor” (CNCiv., en pleno, “Civit c/ Progress”, cit.).

—con la excepción de aquellas que hayan quedado firmes, art. 1204, Código Civil argentino— importa no sólo que dicho acreedor no está obligado a cumplir con la prestación a su cargo (y que si ya lo hizo, tiene derecho a que le sea restituida), sino que tampoco podrá reclamar al deudor que cumpla con la suya. En otras palabras, el acreedor no tendrá derecho en estos casos a reclamar la prestación a cargo de su contraparte, ni tampoco su valor o equivalente pecuniario. En ese sentido, es exacto que el “interés positivo” —entendido exclusivamente como limitado al valor de la prestación adeudada— queda excluido en estos casos. Sin embargo, nada obsta a que el acreedor pida y obtenga el resarcimiento de los mayores daños que el incumplimiento le ha acarreado, al margen de la prestación adeudada por el obligado. Y aquí sí deberán aplicarse las normas generales en materia de daño por incumplimiento contractual, sin limitaciones⁽³⁵⁾.

La omisión de distinguir claramente ambos conceptos puede conducir, pues, a confusiones y problemas al valuar el daño resarcible en caso de resolución contractual. Como apunta Llamas Pombo, si se piensa que la *aestimatio rei* forma parte de la indemnización de daños y perjuicios, el acreedor podría pedirla aún en los supuestos de resolución contractual por incumplimiento, con lo que obtendría, al mismo tiempo, los beneficios esperados del contrato (el interés positivo) y los daños y perjuicios derivados de la resolución (que vienen a resarcir la lesión de su interés negativo), sin que, por su parte, esté obligado a cumplir con las obligaciones a su cargo, que han quedado extinguidas como consecuencia de la resolución⁽³⁶⁾.

Un precedente jurisprudencial ilustra el aserto: una empresa cesionaria de la Ciudad de Buenos Aires demandó y obtuvo la resolución del contrato por incumplimiento. Entre los daños a ser reparados, incluyó el lucro cesante (a lo que expresamente la habilitaba una cláusula contractual), pero lo computó mediante el simple expediente de tomar el canon mensual pactado como precio del contrato y mul-

(35) En una posición cercana: CASTRONOVO, Carlo, “La risoluzione del contratto nel diritto italiano”, en VACCA, LETIZIA, *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. III Congresso Internazionale ARISTEC, Ginevra, 24-27 Settembre 1997*, ps. 236 y ss. GÉNICON (ob. cit., p. 730) arriba a una conclusión similar, aunque acudiendo a la distinción entre el daño intrínseco y el extrínseco, cara a POTHIER. Como ya lo hemos señalado, nosotros pensamos que el mal llamado “daño intrínseco”, en puridad, no es daño, sino el equivalente dinerario (el sucedáneo) de la prestación incumplida, y es precisamente por eso que no se debe en caso de resolución.

(36) LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente...*, cit., p. 259.

tipificarlo por la cantidad de meses que restaban para la conclusión del término contractual. El tribunal, con impecable lógica, rechazó el reclamo, señalando que los montos pretendidos no eran, en puridad, un lucro cesante (un daño), sino la propia prestación a cargo de la demandada, que no resultaba exigible desde el momento en que se había optado por la resolución⁽³⁷⁾. Como se echa de ver, la distinción entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest* tiene muchos frutos para dar también en esta cuestión.

3. LA CUESTIÓN EN LOS PROYECTOS SOBRE EL DERECHO DE LOS CONTRATOS ELABORADOS A NIVEL EUROPEO

Un análisis de los proyectos sobre el derecho de los contratos elaborados en el ámbito europeo permite apreciar que ninguno de ellos distingue adecuadamente entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*.

En efecto, los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales prevén la acción de cumplimiento específico (arts. 7.2.1 y 7.2.2), pero nada dicen sobre la ejecución por equivalente. Cuando mediare imposibilidad de cumplimiento imputable al deudor habrá que estar, pues, al resarcimiento que prevén los arts. 7.4.1. y ss. de los principios, que parecen englobar tanto al valor de la prestación como a los mayores daños sufridos.

Una tesis similar se advierte en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (proyecto “Lando”): la parte perjudicada tiene derecho a reclamar el cumplimiento *in natura* (art. 9:102), pero si este derecho resulta excluido por alguna causa conservará el derecho a la indemnización por daños y perjuicios (art. 9:103). Ahora bien, esos “daños” tienden a colocar al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que habría disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato (art. 9:502), con lo que se engloban una vez más ambos conceptos. El esquema se repite en el “contract code” de Mc Gregor (arts. 307, 309, 403 y 431 y ss.).

Párrafo aparte merece el Código Europeo de los Contratos (proyecto de Pavía), pues un autor ha creído encontrar en él la distinción entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*. Dice al respecto Bustamante Salazar que es indudable que para los juristas de Pavía la indemnización es una cosa diferente del cumplimiento, y cita en su apoyo los

(37) Cám. Apel. Cont. Adm. Trib. CABA, Sala I, 30/03/2005, “Latinoconsult S.A. Proel Sudamericana S.A. Arinsa S.A (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/Ciudad de Buenos Aires”, La Ley, 18/08/2005, p. 7.

arts. 110, 112, 115 y 116 del mencionado proyecto⁽³⁸⁾. Nos permitimos, sin embargo, disentir con esa apreciación: las normas mencionadas distinguen entre el *cumplimiento específico* y la indemnización como remedios autónomos, pero nada dicen, en cambio, respecto del equivalente dinerario de la prestación en caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor. En particular, el art. 112, en tanto permite la sustitución de la prestación por otra —más los daños y perjuicios—, no se refiere al equivalente dinerario de la misma prestación que ha sido incumplida, sino a su reemplazo por otra diferente (un supuesto de novación objetiva). De ahí que la propia norma prevea también el eventual pago —o restitución— de la diferencia de valor entre una u otra prestación. Por el contrario, el art. 166 inc. 2 del proyecto es clarísimo al establecer que si la obtención de la prestación específica no es posible en todo o en parte, o es excesivamente gravosa para el deudor, “*la reparación debe efectuarse mediante la correspondiente cantidad de dinero*”, con lo que se engloba nuevamente al valor de la prestación y los mayores daños en un único concepto. Por lo demás, se añade que esa cantidad será la necesaria para procurar al acreedor la satisfacción de su interés positivo (art. 166 inc. 3 “a”).

En definitiva, queda claro que los mencionados proyectos europeos no distinguen adecuadamente entre la *aestimatio rei* y el *id quod interest*, lo cual, más allá de introducir una confusión teórica entre la tutela satisfactiva y la tutela resarcitoria del acreedor⁽³⁹⁾, produce ciertas consecuencias concretas que ya hemos enumerado, como las atinentes a la necesidad del acreedor de probar el daño cuando, ante la imposibilidad sobrevenida de la prestación, demanda que le sea pagado su valor.

4. CONCLUSIONES

Creemos que un eventual código latinoamericano de los contratos ganaría mucho con incorporar, como una de sus notas distintivas, una clara distinción entre *aestimatio rei* e *id quod interest*, entre el valor de la prestación como simple sucedáneo de ella y los mayores daños sufridos por el acreedor como consecuencia del incumplimiento. Con ello no sólo se contribuiría a clarificar el esquema de los remedios frente al incumplimiento (al distinguirse precisamente la tutela satisfactiva de la resarcitoria), sino también a otorgar mayor sustento a un principio

(38) BUSTAMANTE SALAZAR, “La autonomía del equivalente pecuniario...”, cit., T. I, p. 725.

(39) Cf. PIZARRO-VALLESPINOS, *Obligaciones*, cit., t 2, p. 57.

muy arraigado en el pensamiento jurídico contemporáneo, como lo es el de la sustancial unidad de la responsabilidad civil. Como ya lo hemos señalado, el distingo permite poner de resalto que, ya se trate de la esfera contractual o extracontractual, la responsabilidad civil sólo entra en acción ante la producción de un daño, y consiste, en todos los casos, en el nacimiento de una obligación de indemnizar. Algo enteramente diferente es el cumplimiento por equivalente dinerario de la obligación ante la imposibilidad de pago imputable al deudor, donde nos encontramos con la misma obligación original que subsiste, pero con una simple alteración en su objeto.

Más allá de esta importante consecuencia teórica, el distingo tiene además muy concretas implicancias prácticas: permite sostener que para reclamar el valor de la prestación, el acreedor no está precisado de demostrar que el incumplimiento le ha causado un daño, y explica asimismo por qué, en la responsabilidad contractual, el plazo de prescripción liberatoria no debe computarse a partir del incumplimiento, sino desde el momento en que se sufre cada daño (pues es sólo allí que, al igual que sucede en la esfera aquiliana, nace la obligación de indemnizar). Finalmente, en caso de resolución contractual por incumplimiento, la distinción permite comprender (y fundar) por qué motivo el acreedor tiene derecho a reclamar los daños que le causó el incumplimiento, pero no el valor de la prestación que le era debida por su deudor.

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

Por Ramón A. GUZMÁN⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los aspectos más significativos de la reforma en la regulación del contrato. 2.1. Propósitos de la revisión y reforma. 2.2. Las fuentes de la reforma: la presencia significativa de Argentina y Perú. 2.3. La reforma de la regulación general del contrato. 2.4. La reforma de la regulación de los tipos contractuales. 2.4.1. Los contratos tradicionales que han sido modificados. 2.4.1.1. La compraventa y la permuta. 2.4.1.2. La donación y el préstamo. 2.4.1.3. El arrendamiento y los contratos de obras y servicios. 2.4.1.4. El depósito y el comodato. 2.4.1.5. La fianza. 2.4.1.6. La transacción. 2.4.2. Los “nuevos contratos”. 2.4.3. Los contratos suprimidos. 3. Las obligaciones con cláusula penal o las llamadas “penas convencionales”. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Mediante la aprobación de la Ley núm. 85 de 16 de agosto de 1997⁽²⁾ se creó, en la legislatura de Puerto Rico, la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico (“Comisión”). Los trabajos comenzaron una vez aprobada la ley orgánica y, en diciembre de 2009, luego de cinco fases de trabajo⁽³⁾,

(1) Profesor de Derecho Civil en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Asesor de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico.

(2) 2 LPRA §§141 y ss.

(3) Los trabajos de la Comisión fueron realizados en cinco etapas: (i) la redacción de los criterios orientadores de la revisión y reforma, equivalentes a una ley de bases, la cual resultaba innecesaria, dado que la reforma la realizaría la misma rama legislativa y no el poder ejecutivo mediante una delegación de poder (ii) la presentación de estudios preparatorios, solicitados a cinco juristas puertorriqueños, quienes realizaron un primer análisis de los cambios más importantes que re-

la Comisión cumplió su tarea de proporcionar un proyecto de Código Civil de Puerto Rico (“proyecto”).

En el ámbito de las obligaciones y de los contratos, el proyecto presenta innovaciones importantes, aunque sin alejarse de la tradición jurídica que impera en nuestro país desde la recepción del Código Civil de Puerto Rico (“CcivilPR”) en 1889⁽⁴⁾.

Me propongo, en estas páginas, explicar sucintamente las innovaciones más importantes que tiene el proyecto en la sede del contrato y atender, con más detenimiento, el tema de las obligaciones con cláusula penal o las llamadas “penas convencionales”⁽⁵⁾, en cuanto su desarrollo constituye uno de los aportes más significativos de la reforma y puede ilustrar la metodología utilizada para toda la propuesta que aparece en el proyecto.

2. LOS ASPECTOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE LA REFORMA EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO⁽⁶⁾

2.1. Propósitos de la revisión y reforma

La revisión y la reforma de la regulación del contrato han tenido los mismos objetivos de la revisión total del código. Aunque se ha planteado de modos diversos, este servidor prefiere resumirlos del modo siguiente⁽⁷⁾:

quería el CcivilPR (iii) una fase de investigación, en la cual se profundizó en los temas identificados en los estudios preparatorios y en la cual participaron más de sesenta profesores de derecho y otros juristas (iv) la redacción de los borradores de cada uno de los libros y (v) la discusión pública de los borradores y los ajustes necesarios antes de la presentación del proyecto.

(4) Aunque la última revisión completa fue en 1930, el grueso del articulado del CcivilPR data de 1889, cuando el gobierno de España hizo extensivo a Puerto Rico el código español de 1888. Su Libro IV, que regula las obligaciones y los contratos, es el que más exactitud guarda con el original.

(5) Tomo la expresión de: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coordinador), *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones* (Madrid: Colex, 2000), 232.

(6) Dado que fue este servidor quien redactó el borrador de la exposición de motivos del proyecto, seguiré muy de cerca el resumen que allí aparece de la reforma de la regulación del contrato.

(7) Para una exposición más detallada del tema y de algunas singularidades del proceso de revisión y reforma, cf.: “Ponencia del asesor de la Comisión, Prof. Ramón Antonio Guzmán, en torno a la presentación de los borradores para la discusión del Libro cuarto: De las obligaciones y del Libro quinto: De los contratos y otras fuentes de las obligaciones del Código Civil de Puerto Rico revisado”, 29 de marzo de 2005. www.codigocivilpr.net, página de la Comisión (revisitada el 15 de diciembre de 2009).

1. Reestructurar sistemáticamente la materia.
2. Revisar y actualizar el lenguaje, especialmente la terminología técnica, de tal modo que ésta armonice con la doctrina científica.
3. Conjugar las normas con la jurisprudencia, cuando sea lo más apropiado, o dejar claramente pautada la modificación o la revocación *legislativa* del fallo judicial⁽⁸⁾.
4. Revisar conceptualmente las figuras, de modo que tenga lugar —aunque no se logre totalmente la pretensión cartesiana— una redacción adecuada, es decir, que plasme una noción “clara y distinta” de los conceptos jurídicos.
5. Como resultado de esta revisión conceptual, sostener e incluir las figuras que resulten adecuadas o necesarias y suprimir las que jurídicamente ya no son tan útiles.

2.2. Las fuentes de la reforma: la presencia significativa de Argentina y Perú

No es éste el lugar para detenernos en los detalles de revisión. Sin embargo, es importante señalar que, en la regulación de la contratación en general y de los tipos contractuales, la fuente principal es el mismo código vigente, al cual muchas veces se le describe con un desprecio injustificado. El CcivPR no es una pieza obsoleta, aunque algunas disposiciones tenga que estén desfasadas.

Después del código vigente, muy especialmente en el Libro IV (obligaciones) y en el Libro V (los contratos y otras fuentes de las obligaciones), hay una presencia innegable de las experiencias de codificación en la Argentina y en el Perú.

Tanto en su estructura como en su discurso, la nueva codificación es muy distinta —en la sede que nos ocupa— del código vigente. El contenido de los libros y de los títulos que anteceden a la normativa

(8) Esta es una de las tareas más difíciles o sensitivas de la reforma, dado que en Puerto Rico el legislador, casi siempre, actúa para refrendar la opinión judicial. No son pocas las personas que piensan que el fallo judicial sólo es revocable mediante otro pronunciamiento del tribunal. Ojalá que el ejercicio de revisión y reforma sirva, por lo menos, para que el poder legislativo tome conciencia de que no estamos obligados a cargar, para siempre, con una decisión judicial desafortunada. Hay que reconocer, empero, que si bien la ópera judicial demuestra que nuestro Tribunal Supremo no es un buen legislador —*v.gr. Figueroa Ferrer c/E.L.A.*, 107 DPR 250 (1978)— siempre está más o menos enterado de por dónde andan los tiros.

de los contratos en particular obliga a seguir dos tendencias que, con algunas variaciones en el tratamiento de la materia, están muy cerca. Me refiero a las experiencias de codificación que, primero en el Perú y luego en la Argentina, significan los antecedentes casi obligatorios del nuevo código. A esta circunstancia hay que sumar, por fuerza, el significado que tiene en la nueva redacción el acercamiento al *Código Civil* alemán (“BGB”). El Código Civil del Distrito Federal de México, que ha ido revisándose en íntima relación con la doctrina española, y que ha orientado grandemente en la redacción de muchos artículos del proyecto, está estructurado de un modo que ha tenido que ceder ante el modelo argentino y el peruano.

Ello no significa, por supuesto, que estemos totalmente alejados de las normas y las doctrinas que han imperado en Puerto Rico durante más de un siglo. Las tradiciones que se conjugan y conciertan en los nuevos textos, es importante recalcarlo, están obviamente en la vertiente civilista que el nuevo código no sólo propugna sino que la confirma con gran fuerza. No obstante, los operadores jurídicos que tengan la función de implantar e interpretar el nuevo código, aunque no quedan desprovistos del mismo sustrato doctrinal, sí deben estar atentos a los cambios y tener siempre presente que el esfuerzo de revisión obliga a no invocar, sin los debidos cuidados, las prácticas y los fallos producidos durante la vigencia de un código derogado.

Hablando un poco más claro, aunque alguno o alguna pueda considerarlo como una actitud irreverente: hay que despertar y avivar el seso⁽⁹⁾. En Puerto Rico ya es hora, y desde hace rato, de que vayamos un poco más allá de Puig Brutau, de Roca Sastre, de Albaladejo y del resto de los tratadistas tradicionales. Y esto hay que hacerlo aunque el proyecto no se apruebe. No hay que olvidar que la última edición de los tratados escritos por Puig Brutau fue hace más de un cuarto de siglo. La insistencia de refugiarse en las mismas fuentes es lo que produce, por ejemplo, la idea de que la “inoponibilidad” es un embeleco argentino. Sin embargo, los españoles más oxigenados conocen y explican la inoponibilidad como un supuesto de ineficacia relativa del contrato⁽¹⁰⁾.

Pero independientemente de lo que ocurra en España, a la que siempre estaremos vinculados por la fuerza de un devenir histórico

(9) Resulta obvia la referencia a la primera estrofa de las coplas de Jorge Manrique a la muerte de su padre; pero por si acaso.

(10) Cf. Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 446.

que es esencial en nuestra idiosincrasia, en Hispanoamérica debemos vivir con mayor intensidad aquello que decía el Maestro cubano José Martí: “El vino, de plátano; y si sale agrio, ¡es nuestro vino!”⁽¹¹⁾ Me permito, en consecuencia, elogiar y aplaudir los tratados magníficos que ha publicado nuestro amigo Ricardo Luis Lorenzetti, quien recibe un homenaje merecidísimo con la publicación de esta obra. Sus trabajos hay que conocerlos y exprimirlos en Puerto Rico y en toda la América hispana.

2.3. La reforma de la regulación general del contrato

Entre las notas destacables del proyecto de Libro V, específicamente en el área de la regulación general del contrato, deben mencionarse las siguientes:

1. En el Capítulo I, *Disposiciones generales*, se define el contrato. La definición lo presenta como acto jurídico bilateral, con lo cual se hacen aplicables —a las normas del Libro V— las disposiciones que, sobre los actos jurídicos, aparecen en el Título III del Libro I.

Al incluirse en la definición el concepto de “parte”, resulta viable el “autocontrato”, aunque éste simplemente se considera como la posibilidad de que una sola persona consienta *pro se* y en representación de otra persona o que comparezca al acto en representación de dos o más personas. Es decir, no se reconoce la posibilidad de la contratación “consigo mismo”, la cual carece de todo sentido jurídico. De este modo, si alguna duda había causado la decisión en el caso de *Kogan Huberman c. Registrador de la Propiedad de San Juan*,⁽¹²⁾ no existe ya razón para seguir arrastrando tal duda.

Queda claramente establecido el ámbito de la eficacia contractual, pues la definición pauta que las partes crean, regulan, modifican o extinguen obligaciones. Así se amplía el radio actualmente previsto en el Artículo 1206 del CcivPR⁽¹³⁾ y se aclara que dicho efecto se limita al ámbito de las obligaciones, lo que excluye directamente los derechos reales y las relaciones jurídicas extrapatrimoniales como son las propias del derecho de familia.

(11) José MARTÍ, T. VI *Obras completas* (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, 1975), 20.

(12) 125 DPR 636 (1990).

(13) 31 LPRA §3371.

Las normas del contrato aplican, salvo prohibición expresa, a las convenciones patrimoniales que no son contratos (*v.g.* las tratativas precontractuales) y a los actos jurídicos unilaterales y entre vivos de contenido patrimonial (*v.g.* la oferta y el asentimiento conyugal para realizar ciertos actos jurídicos).

También se reafirma que es facultativo contratar y con quién se contrata, aunque se veda el ejercicio abusivo de estas facultades, en consonancia con lo dispuesto en el Título Preliminar.

Se establece a quiénes afectará la eficacia de los contratos, en concordancia con lo dispuesto en el Título dedicado al *contrato con estipulación a favor de tercero*. Se favorece una mayor seguridad normativa, pues se establece un orden de prelación normativa para los contratos atípicos. También se regula el contrato preliminar, conocido como contrato preparatorio, precontrato o promesa de contrato y se establece un orden normativo para la integración del contrato en caso de falta de previsión o de ineficacia de lo previsto.

2. El proyecto conserva la norma vigente que proclama el consensualismo como principio general de la contratación, el cual se exceptúa sólo en caso de requerirse legislativamente la observancia de una formalidad solemne o de la existencia de una condición suspensiva.

Define las nociones de consentimiento y de tiempo y lugar en que se celebra el contrato. Sustituye la teoría de la cognición (Artículos 1214 y 565 del CcivPR)⁽¹⁴⁾ por la de la recepción, sin hacerse diferencia entre el contrato celebrado entre presentes y el convenido entre personas distantes. El lugar de la celebración es aquél en el cual se expidió la oferta que resulte aceptada. La revocación de la oferta es un acto jurídico recepticio igual que la oferta misma.

Está definido el término “oferta”, enunciándose sus requisitos. También define el término “aceptación” y se establece que la oferta hecha por un medio que admite respuesta inmediata debe aceptarse inmediatamente. La modificación de la oferta recibida no implica aceptación sino la emisión de una nueva oferta pero dirigida al oferente originario. A semejanza de la oferta, la aceptación también es revocable y su revocación será eficaz si llega al oferente antes que la aceptación.

(14) 31 LPRA §§3401 y 1988.

Sólo la oferta caduca —no la aceptación— por el vencimiento del plazo previsto por el oferente, o por cumplirse las condiciones que estableció o por ser rechazada por su beneficiario. Pero ni la oferta ni la aceptación caducan por muerte o incapacidad del oferente o del aceptante, salvo que el contrato propuesto contenga una obligación *intuitu personae*.

3. El Capítulo III, *De otros elementos de los contratos*, reúne básicamente las previsiones referidas al objeto de los contratos y a su forma.

Sobre el objeto —además de las reglas propias del objeto del acto jurídico— aparecen reglas especiales para el caso de que consista en un bien futuro o ajeno. Se establece que el contrato con tales objetos es aleatorio, excepto cuando garantice la existencia del bien, en cuyo caso sería conmutativo y condicional.

Se pauta el deber de actuar con la mayor diligencia para que el bien prometido llegue a existir e ingrese en el patrimonio, como aplicación de la regla de buena fe prevista en el Título Preliminar. Si el contrato tiene por objeto una cosa futura para constituir o transmitir un derecho real sobre la cosa ajena, el derecho no se constituye ni se transmite sino hasta que el deudor de la cosa la haya incorporado en su patrimonio, lo que se efectúa cumpliendo con el modo previsto para la constitución de derechos reales.

4. El Capítulo IV, *De los contratos predispuestos*, contiene previsiones sobre contratos con cláusulas generales, los celebrados por adhesión y los contentivos de cláusulas abusivas.

Luego de establecer qué debe entenderse por “cláusulas generales”, el proyecto dispone que éstas deban ser asequibles para el no pre-disponente.

A los contratos celebrados por adhesión —y al que contiene cláusulas generales— les aplica la regla que dispone cómo debe interpretarse una disposición ambigua.

Para la redacción del precepto sobre cláusulas abusivas se ha optado por lo que la doctrina conoce como lista “gris”, consistente en una serie de cláusulas que, incorporadas en los contratos de adhesión, se tornan anulables y que se enumeran de forma meramente ejemplar, pues concluye con la referencia a aquellas cláusulas que descalifique el Departamento de Asuntos del Consumidor (DACO). Las previsiones incluidas deben revisarse a la luz de cualquier ley especial que se apruebe con el propósito de proteger al consumidor. No hay que olvidar, empero, que las normas propuestas no son reclamables sólo ante

el comerciante, sino que aplica en todo tipo de contratación, independientemente de quienes sean los sujetos.

5. El Capítulo V, *Incorporación de terceros al contrato*, desarrolla en tres artículos las reglas del contrato por persona a designar, el contrato sobre el hecho de un tercero y el contrato a favor de tercero.

El contrato con estipulación a favor de terceros se regula sobre la base del Artículo 1209 del código vigente⁽¹⁵⁾, aunque mejorado en lo atinente a la determinación del beneficiario.

6. El Capítulo VI, *De los efectos*, se desarrolla en dos secciones: *Del incumplimiento* y *De las cláusulas de garantía*. En la primera de ellas se regulan las reglas ahora previstas en los Artículos 1077, 1053, 1355, 1356, 1389 y 1391 del CcivPR⁽¹⁶⁾. Se ubica en la parte general de los contratos y no en el Libro IV (*De las obligaciones*) porque es en los contratos bilaterales o sinalagmáticos en los cuales se verifica la mayoría de las obligaciones sinalagmáticas perfectas. Los restantes casos son los derivados de la obligación legal de restituir las prestaciones a consecuencia de la nulidad, pues por su analogía con la fuente que lo origina también debe seguir la regla de los contratos.

La suspensión de cumplimiento en el contrato con prestaciones recíprocas constituye una generalización, para ese tipo de contratos, de la regla contenida hoy en el Artículo 1356 del CcivPR⁽¹⁷⁾.

A la facultad implícita de resolución, regulada en el Artículo 1077 del CcivPR⁽¹⁸⁾, se añaden normas particulares sobre sus requisitos y sus efectos.

7. En la Sección Segunda, *De las cláusulas de garantía*, se trata de las arras penitenciales, cuya regulación se extiende del contrato de compraventa (Artículo 1343 del CcivPR)⁽¹⁹⁾ a todo tipo contractual. Se regulan sus requisitos y sus efectos tanto en caso de cumplimiento como de arrepentimiento. El segundo contenido de esta sección es la “cláusula penal”, la cual examinaré más adelante.

(15) 31 LPRA §3374.

(16) 31 LPRA §§3052, 3017, 3019, 3020, 3871 y 3873.

(17) 31 LPRA §3816.

(18) 31 LPRA §3052.

(19) 31 LPRA §3750.

8. La Sección Tercera, *De la revisión de los contratos*, trata del vicio de lesión en los actos jurídicos y de la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente.

Las nuevas normas extienden el contenido de los números 1 y 2 del Artículo 1243 del CcivPR⁽²⁰⁾ a todos los supuestos en los que en un contrato oneroso concorra alguna de las situaciones subjetivas que se prevén. Al incluirse como principio general, se hacen innecesarias las aplicaciones del vicio de lesiones actualmente previstas en este artículo y en los Artículos 1073, 1074 y 406 del CcivPR⁽²¹⁾. La concurrencia de la situación subjetiva prevista y la desproporción —que, a diferencia del Código vigente, no se cuantifica— no acarrea necesariamente la anulación del contrato, sino que, por aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, se permite reajustar las prestaciones.

La excesiva onerosidad sobreviniente —también conocida como teoría de la imprevisión— se regula con detalle en lo atinente a los requisitos excepcionales que debe reunir y a sus efectos.

Igual aplica el principio de conservación de los actos jurídicos, permitiendo al perjudicado optar por la ineficacia o la revisión del contrato y dando al demandado la posibilidad de modificar la acción de ineficacia ofreciendo un reajuste de las prestaciones. Están previstas las pautas a las cuales debe ajustarse el juez cuando considera la proposición de alguna de las partes, así como el efecto del instituto en caso de prosperar las acciones y se establece un breve plazo de caducidad que otorga seguridad a los negocios convenidos por las partes con otras personas.

9. El Capítulo VII, *De la obligación de saneamiento en los actos onerosos*, se desarrolla en tres secciones: *Del saneamiento en general*, *De la evicción* y *De los vicios redhibitorios*.

En la primera de ellas se prevén reglas comunes a ambas garantías de los actos onerosos. Se aplican a todas las transmisiones de bienes a título oneroso, se establece quiénes son los sujetos obligados, así como la posibilidad de acordar el aumento, disminución o supresión de la garantía. Sin embargo, la disminución y la supresión serán inválidas si el transmitente obró con culpa o con dolo. También se regulan detalladamente los derechos del adquirente y el alcance de la resolución.

(20) 31 LPRA §3492.

(21) 31 LPRA §§3048, 3049 y 1517.

Para todo ello se generalizan las reglas de los Artículos 1350 y del 1363 al 1368 del CcivPR⁽²²⁾.

Se define qué debe entenderse por “evicción” y cuáles son los requisitos de la turbación que la produce. En este aspecto se prevé una situación especial: el caso del tercero que ha obtenido un derecho mediante la usucapión empezada antes de la enajenación pero consolidada después. En ese caso, el tribunal puede apartarse de la regla establecida en el artículo y considerar que se ha producido la evicción.

Quedan establecidas las reglas para la citación del transmitente y los supuestos de caducidad de la garantía. Se reciben las reglas de los Artículos 1364, 1370 y 1371 del CcivPR⁽²³⁾.

10. La Sección Tercera se dedica a los vicios redhibitorios. Se define con precisión el instituto. Existe responsabilidad del transmitente aunque ignore la existencia del vicio. El conocimiento del defecto por parte del adquirente excluye la aplicación del instituto. Se prevén las consecuencias de la pérdida total o parcial del bien a consecuencia del vicio redhibitorio. Son los supuestos previstos en los artículos 1373, 1374, 1376, 1377 y 1379 del CcivPR⁽²⁴⁾, aunque generalizados a todo supuesto de transmisión onerosa de un bien.

11. El Capítulo VIII, *Responsabilidad precontractual y postcontractual*, desarrolla en tres artículos los deberes de conducta exigibles en la etapa precontractual, los supuestos que origina la responsabilidad precontractual y la conducta que se requiere en la etapa postcontractual, así como los supuestos de este tipo de responsabilidad.

Los deberes de conducta en la etapa precontractual están contenidos en una enumeración meramente ejemplar, aunque se destacan especialmente el deber de colaborar en la formación del contrato, de obtener y proporcionar información de circunstancias de hecho y derecho relevantes, de guardar reserva de la información recibida y de conservar el bien objeto del contrato futuro.

Se establece el alcance del resarcimiento y se prevé como supuesto especial de responsabilidad precontractual —con factor de atribución objetivo— el resarcimiento de los gastos efectuados o las pérdidas sufridas por el aceptante que ignora, sin culpa, la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente. También —aunque con factor de atribu-

(22) 31 LPRA §§3801 y 3831-3836.

(23) 31 LPRA §§3832, 3838 y 3839.

(24) 31 LPRA §§3841, 3842, 3844, 3845 y 3847.

ción subjetivo— se deben resarcir los gastos o pérdidas sufridas por el aceptante que ignora, también sin culpa, la retractación del oferente.

La responsabilidad postcontractual queda definida en la regla que dispone que incurra en ella quien frustre la ventaja otorgada en el contrato o viole el deber de confidencialidad. Comprende los actos realizados desde que se satisface la prestación principal del contrato hasta que vence el plazo común de prescripción. En alguna medida el tema se vislumbra en el artículo 1210 del CcivPR⁽²⁵⁾.

2.4. La reforma de la regulación de los tipos contractuales

La revisión del Código Civil de Puerto Rico ha resultado, en los títulos dedicados a la contratación en particular, en una reestructuración del articulado que ellos comprenden. No significa, esta particularidad, que no haya habido cambios sustantivos, que los hay en gran cantidad y vienen enumerados desde la primera fase de la revisión, pero el cambio dramático ha ocurrido en el ámbito de la estructuración del contenido sustantivo.

El primer cambio visible es la reducción considerable del número de los artículos. Obedece este hecho a la reforma impresionante que ha sufrido el código con la inclusión de un título dedicado al acto jurídico y la importante reformulación de la contratación en general.

Así, en los artículos dedicados al acto jurídico, aparecen tratados los tópicos del objeto y la causa, los vicios de la voluntad, las modalidades, la representación, la ineficacia y la transmisión de los derechos.

En el título que contiene las normas de la contratación en general no sólo están incluidas las disposiciones generales del código vigente. También se incorpora las normas relacionadas con los contratos que originan prestaciones recíprocas (antiguamente llamadas bilaterales), lo que obliga a suprimir, en los títulos de la tipificación, contenidos cuya reinclusión resultaría en una repetición innecesaria y que produciría una obra falta de técnica, que es precisamente uno de los objetivos que se pretende superar con la revisión y la reforma del código vigente.

Así ha ocurrido con los artículos que versan sobre el incumplimiento, la obligación de saneamiento, el subcontrato y las obligaciones posteriores a la ejecución de las obligaciones principales, entre otros

(25) 31 LPRA §3375.

aspectos. Ello ha implicado, por ejemplo, que la compraventa, aunque no pierde su carácter paradigmático en la contratación, sí pierde gran parte de sus artículos, dado que la nueva realidad jurídica exige que las remisiones no sean tanto hacia ella sino a hacia la parte general.

El segundo cambio patente, a pesar de lo que se ha dicho, es el aumento en el número de los tipos contractuales. No existe contradicción en ello. Ha ocurrido, simplemente, que aumenta el número de los contratos regulados particularmente, pero de un modo mucho más breve.

La tercera variación ostensible es que algunos tipos contractuales han sido suprimidos. En el código vigente aparecen contratos como el de renta vitalicia, que a través del tiempo perdieron el sentido y la función que tenían en medio de la organización decimonónica, aparejada a una realidad económica muy distinta de la actual y que, por tanto, exigió su tipificación. Por el contrario, en la actualidad existen otros negocios que obedecen a objetivos tan diversos y de contenido tan acusadamente creativos, que los tipos contractuales que en el pasado los instrumentaron resultan, hoy día, de muy poca ayuda. Ese es el caso del contrato de sociedad, que los códigos más modernos han optado por dejarla fuera de la tipificación y abandonar algunos de sus aspectos, cuando de algo sirve, en manos de la legislación especial. Sin embargo, el proyecto ha optado, en cuanto al contrato de sociedad, por una postura intermedia. Se ha mantenido su regulación, aunque de un modo mucho más limitado. De este modo se ha querido estimular, como en los demás tipos, que las partes negocien adecuadamente y ejerciten, en cuanto sea posible, su autonomía privada.

En el ámbito puramente sustantivo es de anotar que el proyecto ha puesto fin a la bifurcación del derecho de obligaciones. Quedan integradas en él las dos vertientes —civil y mercantil— que por razones históricas de mera urgencia permanecieron escindidas durante casi dos siglos. Es decir, la nueva regulación de los contratos se propone servir a estos dos mundos que, en términos legislativos, nunca estuvieron realmente comunicados. La tipificación de los contratos en el *Código de comercio* siempre apuntó y refirió, en sus aspectos esenciales, al CcivPR.

2.4.1. Los contratos tradicionales que han sido modificados

2.4.1.1. La compraventa y la permuta

La compraventa, como se ha dicho, no queda desplazada como contrato modelo. Igual que en el código vigente, es el tipo más exten-

samente regulado. Pero existen ya normas a las que la misma regulación de la compraventa tendrá que acudir para encontrar su sentido total.

La nueva definición presenta cambios esenciales, como son la obligación del vendedor de transferir el dominio del bien vendido, así como el requerimiento de una correspondencia, que no exactitud, entre el valor del precio pagado y el valor real de lo vendido.

Hubo también necesidad, dada la unificación del derecho de obligaciones, de regular más detalladamente la compraventa de bienes muebles.

En cuanto a la permuta, ésta continúa considerándose con una esencia distinta de la compraventa y, para ello, se ha puesto fin al subjetivismo que tenía lugar en las normas de calificación. Es decir, no se optó por fundirla en la compraventa, como ocurre, por ejemplo, en el BGB y se privó a las partes de calificar subjetivamente el negocio, tal como ocurre en el Artículo 1435 vigente⁽²⁶⁾.

2.4.1.2. La donación y el préstamo

La donación, por fin, ha llegado a donde siempre debió estar. Así se resuelve legislativamente la discusión secular en torno a su naturaleza. La donación es un contrato. No sólo ha ocurrido el traslado debido; la redefinición del tipo pone fin, por sí sola, a otra discusión importantísima en torno a su naturaleza obligatoria, que estaba prácticamente vedada ante la visión formalista y manual que aún impera en la doctrina española.

Ciertamente la donación y el préstamo no guardan gran relación, excepto que ambos son susceptibles de servir de título para la transmisión del dominio. De ahí que, en el proyecto, el préstamo se haya reubicado, alejándolo del comodato, para destacar esa nota esencial, aunque hay que reconocer que no es posible ubicar los contratos en un orden que corresponda a los criterios clasificatorios que establece la doctrina científica.

2.4.1.3. El arrendamiento y los contratos de obras y servicios

La nueva tipificación pone fin a la anomalía que, en nuestro tiempo, significa el arrastre de la noción de arrendamiento como inclusiva de las obras y de los servicios. La visión tripartita del arrendamiento

(26) 31 LPRA §4014.

obedecía a una concepción ya desfasada. En su origen era comprensible, dado que tanto las obras como los servicios eran asunto de esclavos y éstos eran considerados “cosas”.

En el proyecto no hay, pues, que hablar de “arrendamiento de cosas”, dado que el único arrendamiento es el de cosas. Tanto las obras como los servicios son tratados como contratos independientes y sacudidos de su largo sambenito de modalidad del “arrendamiento”.

La regulación del arrendamiento contiene disposiciones que significan un avance conceptual y normativo impresionante. Hay que destacar, *verbi gratia*, la eliminación de la “tácita reconducción”, la cual, entre otros aspectos, atiende la necesidad de adoptar normas para la protección del arrendatario. En esta vertiente quedan formulados algunos preceptos relacionados con la duración, los cuales están íntimamente ligados a la resolución anticipada, así como resultan mucho mejor regulados los efectos de la extinción. Amén que, como se ha dicho de la compraventa, aparece un inventario bastante completo de las obligaciones que el arrendamiento genera. Se enfoca, este último aspecto, desde el arrendamiento mismo y no con la vaga remisión a los derechos del usufructuario, que fue una de las causas de la discusión, innecesaria por demás, en torno a la naturaleza, real u obligatoria, del arrendamiento.

Aunque ya en el código vigente la noción de “servicio” estaba fragmentada en varios contratos, esta visión ha resultado acentuada por la nueva concepción diferenciada del arrendamiento y de los servicios. Pero no sólo por ello. Hay que sumar la reformulación detallada de las modalidades del servicio, como es el transporte, más la inclusión de nuevos tipos. Deben mencionarse los contratos de corretaje, agencia, concesión y franquicia, que volverán a mencionarse cuando se hable de los “nuevos contratos” y de los que hay que decir, no obstante su contenido de “servicio”, que también están relacionados con los antiguos contratos de gestión colectiva, que hoy están mejor predicados con el término “contrato asociativo”.

El Proyecto de Código Civil de Argentina, aunque distingue conceptualmente el contrato de obras y el de servicios, los reguló conjuntamente. Estableció normas comunes a ambos y luego estableció las diferencias. En Puerto Rico se prefirió regularlos separadamente. Ciertamente es que la relación es innegable, pero no cabe duda de que la función de cada uno es distinta y, en consecuencia, la legislación debe contribuir y abrir puertas a la existencia de una noción clara y distinta de ambos tipos.

2.4.1.4. El depósito y el comodato

El depósito y el comodato, así como le ocurrió al préstamo, han perdido —entre otras novedades— su condición de “contratos reales” para convertirse en “contratos obligatorios”. Con este último término se evita decir “consensual”, que es una locución ambigua que muy poco es lo que ayuda en el quehacer de clasificar los contratos.

2.4.1.5. La fianza

La nueva tipificación de la fianza no sólo atiende aspectos que están atropelladamente tratados en el código vigente. También atiende los problemas relacionados con la “fianza solidaria”, cuyo antiguo régimen adolecía de claridad en cuanto a las normas a las que quedaba sometida. La nota más importante, en el nuevo articulado, es que la “fianza solidaria” es una fianza y, en cuanto tal, se rige por las normas de la fianza, excepto cuando el fiador funge como fiador solidario, en cuyo caso —aunque no deja de ser un fiador— le resultan inaplicables ciertas normas. Al mismo tiempo, se adopta una normativa que claramente establece que el fiador solidario, aunque pierde el beneficio de excusión, en los demás aspectos tiene que ser mirado tal cual es, como un fiador. Ergo, las normas que le resultan vinculantes, o que le facultan para actuar, son las de la fianza.

2.4.1.6. La transacción

El contrato de transacción adquiere, en primer lugar, una definición que expresa el concepto más clara y distintamente que la enrevesada noción que aparece en el Artículo 1709 del código vigente⁽²⁷⁾. Pero aunque sólo eso es ya un gran avance, también hay que subrayar que las nuevas normas atienden, con mucha más precisión, los aspectos de este contrato, que cada vez adquiere una mayor relevancia en la vida jurídica del país.

2.4.2. Los “nuevos contratos”

Con muchísima razón hay un sector doctrinal que considera que “muchas cuestiones que son aparentemente novedosas y que se presentan como ‘nuevos contratos’, no precisan de la noción de ‘tipo legal especial’, pudiendo ser solucionadas con algunas normas de carácter general”⁽²⁸⁾. Pero también hay que reconocer que los tipos contractua-

(27) 31 LPRA §4821.

(28) LORENZETTI, Ricardo Luis, T. I, *Contratos: parte especial* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003), 13.

les evitan que los interesados tengan que “inventarse” una fórmula cada vez que necesitan instrumentar un negocio. Amén que las diversidades recogidas en un solo tipo contractual, como ocurre por ejemplo en el “arrendamiento financiero” o “leasing” (que incluye los contratos de compraventa, arrendamiento y opción) permiten el manejo mucho más adecuado y coherente cuando se le imprime personalidad propia (tipo, desde una perspectiva más técnica).

El proyecto tiene, entre los nuevos tipos, el suministro. Éste es un contrato nuevo en el proyecto pero viejísimo en la experiencia. La importancia de su inclusión, además de propiciar un modelo adecuado, es la de tener un punto claro de referencia cuando el suministro se haya convenido oralmente o cuando sólo hayan sido convenidos los aspectos esenciales. Ahora no hay carencia de normas supletorias.

Lo mismo puede decirse de otros nuevos tipos, como son el corretaje, la concesión, la franquicia, la agencia y el hospedaje.

2.4.3. Los contratos suprimidos

Ya se ha indicado que en el proyecto hay contratos que desaparecen, como es el caso de la renta vitalicia, que la nueva normativa la deja abandonada al arbitrio de la autonomía privada. Es decir, siempre es posible su negociación y perfeccionamiento, pero sin necesidad de darle volumen al código con un contrato tan poco usual en la vida diaria, dado que su cometido económico ha sido desplazado por nuevas formas o programas, como son los planes de retiro o jubilación, además de las leyes de seguridad social que procuran un ingreso más o menos adecuado cuando ya la persona, por razón de su edad, no está en condiciones o le resulta muy pesado generar ingresos para atender sus necesidades básicas de alimentación, vestido, medicamentos y albergue, entre otras.

Otra ausencia notable es la de la cesión. Ésta no sólo resultaba innecesaria en la codificación vigente, sino que, en la nueva, sería realmente una repetición cuya falta de técnica resultaría mucho más ostensible. Es así, dada la concepción que de los “bienes” y de las “cosas” aparece en el Libro III del proyecto. Así, no queda la mínima duda de que, por ejemplo, al definirse la compraventa como un intercambio de “bienes” por dinero, está incluida la cesión de derechos y no sólo el intercambio de una cosa material por dinero, aunque la doctrina española —que es imperante en la interpretación del código vigente— considera, hace mucho tiempo, que la “cosa” a que hace referencia el

Artículo 1334⁽²⁹⁾ incluye los bienes inmateriales y no sólo los materiales.

Por todo ello resulta con mayor cohesión lógica la solución adoptada en el proyecto que la postura sostenida en el Proyecto de Código Civil de Argentina, que retuvo la cesión como tipo contractual. No hay que olvidar que, en Puerto Rico, aunque las transformaciones del código pueden instrumentar sin problemas los intercambios que pueden considerarse “cesión” conforme al código vigente, la realidad jurídica incluye una ley cambiaria, la cual es imposible fundirla en el código, lo que no es óbice para reconocer que atiende adecuadamente las necesidades del comercio y los aspectos más significativos del intercambio de los títulos de crédito, los cuales reciben —en Puerto Rico— la denominación de “instrumentos negociables”.

3. LAS OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL O LAS LLAMADAS “PENAS CONVENCIONALES”

El Artículo 29 del proyecto regula las obligaciones con cláusula penal. El texto propuesto es el siguiente:

Artículo 29.- Cláusula penal y cálculo anticipado del daño

[1] Las partes pueden pactar cláusulas con el propósito de evitar el incumplimiento parcial o el retraso del cumplimiento de la obligación principal. Las cláusulas así convenidas pueden consistir en el pago de una suma cierta, la pérdida del beneficio del plazo o en cualquier otra pena.

[2] Aunque el tribunal tiene facultad para atemperar las penas en casos de extrema desproporción económica, debe reconocer la obligatoriedad de las cláusulas convenidas y sólo en tales casos puede sustituirlas o moderarlas.

[3] En la aplicación de la cláusula penal, se observarán las reglas siguientes:

(a) El pago de la pena convenida corresponde exclusivamente al incumplimiento o al retraso.

(b) El acreedor puede optar por el cumplimiento íntegro o por el pago de la pena. Sólo puede acumular ambos en el caso de cumplimiento tardío.

(c) La cláusula penal se interpreta restrictivamente.

(d) Sólo si se ha convenido expresamente, puede sustituirse la prestación debida por la convenida en la cláusula penal.

[4] Además de las cláusulas penales, los contratantes pueden convenir otras que estén relacionadas con el cálculo anticipado del daño causado por

(29) 31 LPRA §3741.

el incumplimiento. En tal supuesto, el acreedor no está obligado a probar el daño ni el deudor puede eximirse al acreditar que el daño no se verificó o que fue de menor cuantía.

[5] Las cláusulas penales y las que precálculan el daño pueden convenirse conjuntamente, siempre que así conste, de forma clara, en el contrato.

El primer señalamiento que debe hacerse es, por supuesto, la sede en la cual está reubicada la materia. El proyecto traslada la regulación de la cláusula penal, de su actual ubicación en la regulación general de las obligaciones, a donde siempre debió estar, es decir, a la regulación general del contrato. Las “penas convencionales” — ¡expresión tan acertada! — son tales precisamente porque son el resultado de una estipulación contractual. No hay cláusula penal sin contrato. Sin embargo, el proyecto optó por conservar la expresión “cláusula penal” para no desconectarla del lenguaje usual en la doctrina científica y en la jurisprudencial. No obstante, la nueva ubicación es suficiente para llamar la atención sobre la naturaleza contractual de la figura y que, en consecuencia, la aplicación de la cláusula debe arrancar de una exégesis del contrato que la incluye.

El título del artículo (“Cláusula penal y cálculo anticipado del daño”) advierte el propósito más acusado del texto, es decir, establecer una diferencia conceptual entre lo que es la pena convencional y lo que es una cláusula de cálculo anticipado del daño. La confusión de ambas nociones en el texto vigente del CcivPR es la que más esfuerzos ha requerido de la doctrina y de la jurisprudencia. Los tribunales, especialmente los de primera instancia, han tenido grandes problemas para identificar cuándo se trata de una pena y cuándo de un cálculo anticipado de la indemnización. De ahí que resulte tan beneficioso el texto que se adopta en los párrafos [1] y [4], puesto que de ellos se deduce que son cláusulas esencialmente distintas. En el párrafo [1] resalta el objetivo de la protección del cumplimiento y en el [4] el de evitar controversias relacionadas con la cuantía del daño cuando se produce el incumplimiento. Más claro queda el asunto cuando en el párrafo [5] se pauta, sin ambages, que la cláusula penal y la de cálculo anticipado del daño pueden convenirse conjuntamente. Ciertamente es que se exige un requisito de claridad en la redacción, pero un requisito que no requiere mayores esfuerzos que el interés. Se trata además, de una nueva invitación, como las muchas que hay a través de todo el proyecto, a que las partes aprovechen toda la libertad y la creatividad que permite la autonomía privada.

El párrafo [2] destaca el carácter *in terrorem* que le imprime esencia a la cláusula penal, del cual se deriva su carácter de protección del cumplimiento. La cláusula penal no existe para que su implantación quede a la discreción o al arbitrio de los tribunales. Por eso en este

párrafo segundo —aunque se reconoce lo que no puede ser de otro modo, dado que la realidad siempre es más complicada que la su- puesta en la norma jurídica— se impone una regla que establece el deber judicial de no moderar la fuerza de la cláusula, salvo *en casos de extrema desproporción económica*. Es decir, no se permite que el juez la modere por el simple hecho de que subjetivamente le parezca demasiado fuerte. Los operadores jurídicos, todos, están para proteger el vínculo contractual, no para obviar o sustituir alegremente el cui- dado y el tiempo que se tomaron las partes en negociar una cláusula. Esta norma es singularmente necesaria en Puerto Rico, donde vivimos una idiosincrasia del “ay bendito”, precisamente porque la mayoría de la veces resulta mucho más fácil ser bueno que dispensar justicia mediante la aplicación de las normas legislativas o las negociales. No está mal que nos guste ser buenos, pero sí resulta inadecuado que un ciudadano, quien pensaba que estaba protegido por un contrato, salga decepcionado de un tribunal porque al juez, “en su sala” (como a veces se dice para invocar una autoridad que constitucionalmente no existe), no le gustó la pena convenida.

El párrafo [3] contiene las reglas de aplicación. Con éstas se favo- rece el cumplimiento, dado que no tiene sentido que, en el momento de la contratación, el resultado pretendido sea el pago de una pena. Ésta tiene un carácter *accesorio*. Y resulta impensable que, *ab initio*, dé lo mismo lo accesorio que lo principal. Otra cosa es que el incum- plimiento, que no es la finalidad de ninguna contratación, tenga un remedio a través de la pena convenida.

De ahí que resulte innecesaria la letra (d) del párrafo [3], dado que contiene un supuesto en el que ya no hay que hablar de incumplimiento y mucho menos de una pena. Una cláusula que contenga tales términos ya no es penal; es más bien una estipulación de una obligación *faculta- tiva* que, en cuanto tal, lo que reconoce es una facultad para sustituir la prestación. Sin embargo, se incluyó esta posibilidad —aunque innecesaria— para que no pareciera un olvido o una inadvertencia, amén de que recalca que, tanto en el CcivPR vigente como en el proyecto, puede convenirse ese tipo de obligación. Actualmente hay un sector doctrinal que piensa que las obligaciones facultativas son inexistentes en el orde- namiento de Puerto Rico. No hay que continuar la discusión, dado que el asunto ha quedado resuelto con la claridad de la nueva codificación.

4. CONCLUSIÓN

Todos los que hemos contribuido en este trabajo de reforma del CcivPR, unos menos, otros un poco más, estamos esperanzados con que el proceso concluya con la aprobación del proyecto. Quiero se-

ñalar, sin embargo, que incluso cuando esa aprobación no llegara, el derecho de Puerto Rico ha crecido mucho durante este proceso que ha durado más de once años. Los trabajos de la Comisión, y de sus asesores, constituyen un verdadero caudal de riqueza doctrinal. El portal cibernético de la Comisión contiene las discusiones que se han producido en el país y, afortunadamente, todos los memoriales explicativos que justifican el proyecto. Ojalá que, muy pronto, podamos tener, y para muchos años por su juventud y por sus aciertos, el primer Código Civil del siglo veintiuno.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1RA QUINCENA DE JULIO DE 2012
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

