

**LIBERTAD DE CONTRATAR  
Y LIBERTAD CONTRACTUAL**



**LIBERTAD DE CONTRATAR  
Y LIBERTAD CONTRACTUAL**  
**ESTUDIOS SOBRE  
EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS**

**CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA  
CARLOS VATTIER FUENZALIDA**



COLECCIÓN INTERNACIONAL N° 25

---

---

COLECCIÓN INTERNACIONAL N° 25  
ISBN Colección: 978-958-683-044-7  
ISBN Volumen: 978-958-716-417-6

© Carlos Alberto Soto Coaguila 2011  
© Carlos Vattier Fuenzalida  
© Pontificia Universidad Javeriana 2011  
© Grupo Editorial Ibañez 2011

Coordinador Editorial  
JAVIER CELIS GÓMEZ  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
Pontificia Universidad Javeriana

### **Grupo Editorial Ibañez**

Bogotá - Colombia,  
Carrera 69 Bis No 36 - 20 sur  
Teléfonos: 2300731 - 2386035  
Librería: Calle 13 No 7 - 12  
Teléfonos: 2835194 - 2847524

### **COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO**

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO  
Decano Académico  
CARLOS JULIO CUARTAS CHACÓN  
Decano del Medio Universitario  
AURA XIMENA OSORIO TORRES  
Directora de Carrera  
CARLOS ÁLVAREZ PEREIRA  
Director del Departamento de Derecho Laboral  
JORGE PINZÓN SÁNCHEZ  
Director del Departamento de Derecho Privado  
ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO  
Director del Departamento de Derecho Penal  
JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA  
Director del Departamento de Derecho Procesal  
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO  
Director del Departamento de Derecho Económico  
HERNANDO YEPES ARCILA  
Director del Departamento de Derecho Público  
ROBERTO VIDAL LÓPEZ  
Director del Departamento de Filosofía e Historia del  
Derecho

Soto Coaguila, Carlos

Libertad de Contratar y Libertad Contractual: Estudios sobre el Código Europeo de Contratos / Carlos Alberto Soto Coaguila y Carlos Vattier Fuenzalida. - Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas : Grupo Editorial Ibañez, 2011. - (Colección internacional ; N° 25).

392 p. ; 24 cm.  
Incluye referencias bibliográficas.  
ISBN : 978-958-716-417-6

1. CONTRATOS - PERÚ. 2. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN - PERÚ. 3. CONTRATOS - EUROPA. 4. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN - EUROPA. I. Vattier Fuenzalida, Carlos, 1941-. II. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

CDD 346.6 Ed. 15

Catalogación en la publicación - Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S.J.

ech.

Enero 12 / 2011

La presente obra se integra al grupo de investigación en Derecho Privado de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

---

---

## AGRADECIMIENTO

---

Como es de buena educación agradecer la generosidad de los amigos y las instituciones, amable lector, permítame expresar mi eterno agradecimiento a la ilustre Pontificia Universidad Javeriana y, en particular, al señor decano de la Facultad de Derecho doctor Carlos Ignacio JARAMILLO J., por la generosidad de divulgar mis obras entre la comunidad jurídica colombiana y latinoamericana.

No es la primera vez que la Pontificia Universidad Javeriana, «mi Universidad», publica mis trabajos. Anteriormente publicó mis monografías en la Revista de la Facultad “Vniversitas” y luego un libro escrito conjuntamente con el profesor argentino Jorge MOSSET ITURRASPE: “El Contrato en una Economía de Mercado”.

En esta oportunidad, la Universidad Javeriana, en co-edición con el Grupo Editorial Ibañez, publica otro libro escrito en coautoría con el profesor español Carlos VATTIER FUENZALIDA, intitulado “Libertad de Contratar y Libertad Contractual: Estudios sobre el Código Europeo de Contratos”.

Una mención especial merece el doctor Carlos Ignacio JARAMILLO J., notable jurista y ex Magistrado de la H. Corte Suprema de Colombia, con quien desde hace años me une una estrecha amistad y diversos proyectos comunes. En mi experiencia docente y en mis viajes académicos no he conocido autoridad académica más ejecutiva que el doctor JARAMILLO. Apenas le menciono la idea de un proyecto editorial o un congreso académico, de vuelta a mi país me encuentro con mensajes electrónicos con los avances del referido proyecto. En horabuena por la Facultad de Derecho: contar con un notable jurista y un decano ejecutivo a la vez, no es común.

Siempre lo he dicho (no es cumplido), si por alguna razón tengo que dejar mi país, mi segunda patria sería Colombia. Y es que la comunidad jurídica colombiana y los buenos amigos que tengo en Bogotá y Medellín hacen que en cada viaje me sienta como en casa, motivo por el cual, en mi caso se cumple íntegramente el lema colombiano: “El riesgo es que quieras quedarte”.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA





---

## COLECCIÓN INTERNACIONAL

---

La Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en un todo de acuerdo con su inequívoco propósito de estimular y divulgar aún más la investigación, al mismo tiempo que de contribuir a su conocimiento e internacionalización, estimó pertinente reanudar su Colección Internacional. El objetivo es vincular, fundamentalmente, a profesores e investigadores extranjeros de reconocida prestancia, en asocio con reputadas instituciones de carácter científico, al igual que difundir en Colombia y en América Latina obras de caracterizada relevancia, en pro de la ciencia jurídica nacional y de sus países hermanos.

En tal virtud, complacida, continúa esta Colección Internacional, con su Vigésimo quinto número, titulado “***Libertad de contratar y libertad contractual: Estudio sobre código europeo de contratos***” de los profesores CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA, catedrático de derecho civil y Arbitro Internacional y CARLOS VATTIER FUENZALIDA, catedrático de Derecho Civil y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

En su orden, los primeros números de la colección llevan por título:

1. *Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro (Mecanismos de solución alternativa de conflictos.... en el Derecho Comparado)* de CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. (1998).
2. *El reaseguro*, Tomos I y II, de la profesora española BLANCA ROMERO MATUTE (2001).

Los números siguientes impresos en los últimos meses son:

3. *El Derecho global: génesis y evolución* (prof. RAFAEL DOMINGO).
4. *Los corredores de seguros* (prof. JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES).

5. *El Contrato en una economía de mercado* (profesores CARLOS SOTO COAGUILA, y JORGE MOSSET ITURRASPE).
6. *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el código civil chileno-colombiano* (prof. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO).
7. *La democracia. Instituciones, conceptos y contexto»* (prof. DIETER NOHLEN).
8. *Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil* (Prof. EUGENIO LLAMAS POMBO).
9. *Ensayos sobre la Corte Penal Internacional»* (prof. HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO).
10. *Los daños colectivos -prospectiva general-* (prof. LIDIA MARÍA GARRIDO-CORDOBERA).
11. *Elementos de la responsabilidad civil –Examen contemporáneo-* (prof. MARCELO LÓPEZ MÉSA).
12. *La ejecución de la pena privativa de libertad: una lectura desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”* (prof. JOSÉ DANIEL CESANO).
13. *Encrucijadas del Derecho penal internacional y del Derecho internacional de los Derechos Humanos* (prof. DANIEL PASTOR).
14. *Entre el derecho y la moral”* (prof. ROBERT P. GEORGE).
15. *El Fraude y su incidencia en el contrato de seguro. Estudio comparado de la leyes mexicana y colombiana”* (prof. ARTURO DÍAZ BRAVO).
16. *Genética, biotecnología y ciencias penales* (prof. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA).
17. *Derecho administrativo. Tomos I y II* (prof. JUAN CARLOS CASSAGNE).
18. *Estudios de Derecho industrial y derecho de autor* (prof. RICARDO ANTEQUERA PARILLI).
19. *Apuntes sobre legalidad y buena administración (Garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública)”,* (prof. PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO)

20. *Abuso de Derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)*”, (prof. GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA)
21. *El nuevo Derecho de familia. Visión doctrinal y jurisprudencial*” (prof. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI)
22. *Cultura y delito* (Prof. JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA).
23. *Temas de Derecho de seguros* (Prof. RUBÉN S. STIGLITZ).
24. *Las garantías reales. –Nuevas figuras-* (prof. ABEL B. VEIGA COPO)
25. *Libertad de contratar y libertad contractual: estudio sobre el código europeo de contratos* (Profesores CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA y CARLOS VATTIER FUENZALIDA)

Próximamente se espera culminar la edición de otras obras de especial interés académico, tales como:

- *Razonamiento judicial.* (Prof. RICARDO LUÍS LORENZETTI).
- *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos.* (Prof. MARTÍN RISSO FERRAND).
- *Sistema actual de los recursos extraordinarios en el ordenamiento procesal español: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación.*(profesora MARTA GISBERT POMATA).
- *Teoría del Derecho ambiental* (Prof. RICARDO LUÍS LORENZETTI).
- *El Juez y la prueba* (Prof. JOAN PICÓ I JUNOY).
- *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas* (Prof. JORGE BARAONA GONZÁLEZ).
- *30 Estudios de derecho privado* (Prof. ATILIO ANIBAL ALTERINI).
- *Buena fe contractual* (prof. GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA).
- *Ensayos actuales sobre Derecho penal internacional y europeo* (prof. KAI AMBOS).

- *El contrato de transporte marítimo de mercancías* (Prof. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO).
- *El daño causado por el ruido y otras inmisiones* (Prof. AGUSTÍN MACIAS).
- *El daño en la responsabilidad civil* (Prof. DANIEL RAMÓN PIZARRO).
- *La responsabilidad extracontractual*. Tomos 1 y 2 (Prof. FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA).
- *Protección constitucional de los Derechos Humanos en Latinoamérica –un estudio comparado de los procesos de amparo-* (Prof. ALLAN BREWER-CARIAS).

Todo lo anterior, sin perjuicio de la publicación ulterior de otros trabajos de autoría de diversos profesores de reconocida prestancia en el mundo académico.

## LOS AUTORES

---

### ***CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (Perú)***

Abogado, Catedrático de Derecho Civil y Árbitro Internacional.

Abogado por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Maestría en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (2001-2010). Profesor de Contratos y Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (2007-2009). Profesor de Responsabilidad Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (2009-2010). También ha ejercido la docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Academia de la Magistratura.

Profesor visitante regular de Posgrado en Argentina, Colombia y Bolivia en las áreas de Derecho Civil y Arbitraje, en las Universidades de Buenos Aires, Nacional del Litoral de Santa Fe, Pontificia Universidad Javeriana, Externado de Colombia y Andina Simón Bolívar.

Consejero y Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. Miembro del Club Español de Arbitraje – CEA. Árbitro de la Corte de Arbitraje de Madrid. Secretario del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje. Miembro del Consejo Científico Internacional del Comité Venezolano de Arbitraje. Miembro del Grupo de los 100 del Centro de Innovación “Desarrollo e Investigación Jurídica para Latinoamérica” (Universidad Tecnológico de Monterrey y Garrigues).

Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Miembro Académico Honorario

de la Academia de Ciencias Jurídicas de Bolivia. Miembro Honorario del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Profesor Honorario de la Universidad Privada del Norte en Trujillo y Visitante Ilustre de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Fue Asesor de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República. Secretario de la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil y Asesor de la Comisión encargada de elaborar el nuevo Código de Comercio.

Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje - IPA y Director de la Revista Peruana de Arbitraje.

Coordinador y co-autor de importantes obras jurídicas, entre las que destacan *“Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión”* (2 tomos); *“Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”* (2 tomos); *“Incumplimiento contractual”*; *“El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica”*; *“Libro Homenaje a Fernando de Trazegnies”*; *“Libro Homenaje a Jorge Avendaño”*; *“El Contrato en una Economía de Mercado”*; *“Transformación del Derecho de Contratos”*; *“Instituciones de Derecho Privado”* (6 tomos); *“El Código Civil del Siglo XXI”* (2 tomos); *“Contratación Privada”*; *“Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina”* (3 tomos), *“Revista Peruana de Arbitraje”* (10 tomos).

## **CARLOS VATTIER FUENZALIDA (Chile)**

Abogado y Catedrático de Derecho Civil.

Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Estudios de postgrado en Political Behaviour en la Universidad de Essex, Inglaterra. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Universidad de Palma de Mallorca y en la Universidad de León. Profesor Titular en la Universidad de Valladolid. Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Burgos. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Director del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Burgos. Director del Master de Prevención de Riesgos Laborales, Fundación General de la Universidad de Burgos.

Ha sido Profesor invitado de la Universidad de Poitiers y de la Universidad Católica de Puerto Rico.

Fue consultor de la FAO en Caracas, Venezuela. Miembro del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado, Florencia. Miembro de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, Pisa. Miembro del Instituto Interuniversitario de Estudios de Iberoamérica y Portugal. Miembro de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía. Miembro de Consejo de Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid.

Autor de importantes obras en el ámbito jurídico tales como: *“Las mejoras en el arrendamiento rústico. Estudio de Derecho comparado”*; *“Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español”*; *“Sobre la estructura de la obligación”*; *“El derecho de representación en la sucesión mortis causa”*; *“Interpretación del contrato, comentarios al Código Europeo de Contratos”*; *“El Código Europeo de Contratos de la Academia de Iusprivatistas Europeos”*; *“Nota breve sobre el momento*

*de perfección del consentimiento contractual”; “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”; “La responsabilidad del dueño de la obra y acciones frente al mismo. El problema del contratante independiente”; “La responsabilidad civil por alimentos defectuosos”; “El nuevo ‘Anteproyecto Gandolfi’ para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”; “El régimen legal de la firma electrónica”; “Principios sobre los contratos comerciales internacionales”; “Los ‘Principles of European Contract Law’: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea”; “La propuesta de un Código uniforme de obligaciones y contratos en la Unión Europea”.*

## PRESENTACIÓN

---

Constituye inequívoca satisfacción para la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, caracterizada por su arraigado compromiso con la academia nacional e internacional, amén que por su conocido pluralismo científico, tan propio de una genuina universidad, presentar a la comunidad académica y al público jurídico, en general, la obra titulada “Libertad de contratar y libertad contractual”, elaborada por dos civilistas de rancia estirpe y valía, quienes hacen honor a su calificación de tales: los profesores Carlos Alberto SOTO COAGUILA y Carlos VATTIER FUENZALIDA, de nacionalidad peruana y chilena, respectivamente, el último de ellos, también ciudadano español.

Efectivamente, como corolario de la estrecha, antigua y provechosa relación personal, institucional y académica tejida con el profesor Carlos Alberto SOTO COAGUILA, la que trasciende el arco temporal de mi decanatura, felizmente ha sido posible aunar constructivos esfuerzos académicos e institucionales a lo largo de los años precedentes. Tanto es así, sólo por vía de ejemplo, que en el último trienio podemos dar cuenta de su activa y enriquecida participación en las Segundas Jornadas de Derecho Privado, realizadas en 2009 como justiciero homenaje al profesor Jorge MOSSET ITURRASPE; la edición en Colombia de la obra realizada conjuntamente por los profesores Soto y MOSSET I., intitulada “El contrato en una economía de mercado”, la cual contó con extraordinaria acogida, hasta el punto que en breve se agotó; su dinámica vinculación al Grupo de investigación en Derecho Privado de nuestra Facultad; el apoyo brindado por el Instituto de Derecho Privado latinoamericano, por él orientado en asocio del profesor Ricardo LORENZETTI, actual Presidente de la Corte de Suprema Argentina, incluyendo la publicación del libro “Principios para un derecho americano de los contratos y Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, de autoría del profesor uruguayo Gustavo ORDOQUI CASTILLA y del profesor español Miquel MARTÍN-CASALS, recientemente publicado por esta Facultad y presentado en la Primera

Convención Latinoamericana de Derecho Civil, celebrada en el mes de noviembre de 2010 en la ciudad de Lima, con extraordinario éxito, como merecido homenaje al ilustre profesor Ricardo Luis LORENZETTI; su participación autoral en la obra “Realidades y Tendencias del Derecho en el siglo XXI”, con la cual celebramos los 80 años del restablecimiento de la Pontificia Universidad Javeriana en la República de Colombia (fundada en 1623), y en su calidad de profesor visitante en nuestros diversos programas académicos (pregrado, posgrado y doctorado), a lo que se agrega su reiterada condición de articulista en la Revista Universitas de la Facultad, entre muchas otras actividades y tareas científicas que hemos emprendido de manera conjunta, hace cerca de dos lustros, cuando me desempeñaba como Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, y que esperamos seguir emprendiendo, Dios mediante, teniendo en cuenta su característica capacidad de trabajo y su conocida vocación, materia de sistemáticos elogios.

A esta ensanchada cadena de colaboraciones del Profesor SOTO, quien con vibrante y confeso entusiasmo se refiere a esta casa de estudios, como “mi universidad”, gesto que sinceramente le agradecemos, se suma la obra que hoy tenemos el inmenso agrado de presentar a la comunidad, elaborada de manera conjunta por él y por el profesor VATTIER FUENZALIDA, siendo menester resaltar la valiosa y calificada participación científica de este último autor, una de las figuras más salientes del Derecho privado contemporáneo, y más conocedoras de su proyección en la esfera internacional y, claro está, del Derecho chileno y español, tan próximo a nosotros, gracias a esa obra sapiente que es el Código Civil chileno-colombiano, elaborado por Don Andrés BELLO, el codificador de América, como de ordinario se le conoce.

Es de señalar de antemano que esta obra, denominada “Libertad de contratar y libertad contractual”, se erige en la publicación número veinticinco de nuestra cuidada ‘Colección Internacional’, hecho éste de por sí elocuente, al mismo tiempo que indicativo de la importancia alcanzada en los últimos años, merced a la riqueza de los trabajos publicados y a los autores que, para honra nuestra, integran el granado fondo editorial de la Facultad, de gran prestancia y reconocimiento.

Dicha nueva obra, en su esencia, recoge en su primera parte, estudios de Derecho peruano y de Derecho español, sin que por ello se convierta en una obra de consulta netamente local sino, por el contrario, de

interés internacional, puesto que es hija de una temática común, mejor universal, en la hora de ahora, signada por su inobjetable significación jurídico-económica, cual es la libertad contractual y la libertad para contratar, más allá de las limitaciones racionales que el tráfico moderno impone en esta materia, no tantas, sin embargo, como para erosionar su dinámico desenvolvimiento. Al fin y al cabo, aún con puntuales y explicables restricciones, fruto de su frecuente masificación y dictado unilateral de su contenido negocial, el contrato sigue ocupando y ocupará un rol estelar en la centuria que nos cobija, hasta el punto de que se equivocan gravemente, como se equivocaron ya numerosos juristas en el pasado, al extenderle una partida de defunción, como quiera que pervive revitalizado, tanto más en la era actual, estereotipada por la globalización, por la internacionalización o por la mundialización, según se prefiera, en atención a que en sede de autonomía privada, es el vehículo más utilizado en los tiempos que corren, de acentuada connotación y pertinencia social, hoy reconocida por propios y extraños, y refrendada por el Derecho constitucional y privado modernos. Desde esta perspectiva, entonces, tal obra se convierte en referente obligado para quienes deseen entender la evolución y desarrollo del instituto jurídico de los contratos en América latina y en los demás sistemas de Derecho continental, como el español, sin duda de singular importancia.

Sobre este mismo particular, justamente con ocasión del Prólogo que en pretérita oportunidad tuve el honor de efectuar a la espléndida obra de los profesores Jorge MOSSET ITURRASPE y Carlos SOTO C., referente al Contrato en una economía de mercado, había señalado que celebraba que los autores reivindicaran la misión tutelar asignada al contrato, por cuanto en estrictez no podía hablarse ácidamente"... de una prototípica y aguda crisis, salvo en relación con su arquitectura clásica, muy a menudo transformada por fuerza de las circunstancias del tráfico masificado (contratación masiva, estandarizada o seriada). Muy por el contrario, con justeza, es menester registrar un momento estelar en la vida societaria, no exento de puntuales riesgos y vicisitudes, es cierto, fruto de específicas distorsiones, desmanes y abusos, en veces perpetrados por la parte predisponente del contenido negocial, esto es de ese extremo de la relación jurídica que se pretende consolidar que, en desarrollo de su calidad de predominio económico y fáctico, termina dictando e imponiendo el clausulado general. No tantos, empero, como para eclipsar –per se– su cometido bienhechor”.

“Con otras palabras, permítase el libre tránsito al contrato moderno, de insoslayable contenido y talante social, a condición que se respeten los intereses de ambas partes, fundamentalmente los que se anidan en el adherente, quien tiene derecho a que se tomen todas las medidas y correctivos encaminados a su legítima y oportuna salvaguarda, máxime en los tiempos que corren signados por un mayor y acentuado respeto por las prerrogativas radicadas en cabeza de los consumidores, hoy protagonistas del apellidado “derecho del consumo”, en el que cohabitan relaciones del mismo tenor –de consumo–, materia de reconocimiento constitucional y de regulación legal, tal y como ha sucedido en un apreciable número de naciones de diversos continentes, destacándose el europeo y el americano” (El contrato en una economía de mercado, Universidad Javeriana, Colección Internacional No 5, Bogotá, 2009).

En consonancia con lo anterior, a tono con el iluminado futuro contractual, en la segunda parte del libro que presentamos, se hace especial énfasis en el apellidado ‘Código Europeo de Contratos’ elaborado por la Academia Iusprivatista de Pavía (traducción realizada por los profesores José Luis DE LOS MOZOS y Agustín LUNA SERRANO), con agudos comentarios y reflexivos estudios sobre el particular realizados por el profesor VATTIER FUENZALIDA, los que revisten suma trascendencia, habida cuenta del penetrante valor que emerge de esta iniciativa europea, análoga, en lo pertinente, al excelso trabajo realizado por los autores de los llamados ‘Principios Europeos del Derecho de los Contratos’ (proyecto Lando). No en balde, ambos textos preparatorios, con sus particularidades, se constituyen en faro que ilumina la temática contractual en el Derecho europeo, y que en otros continentes, reflejamente, se traducen en imperativa referencia para todos sus estudiosos: legisladores, jueces, profesores y discípulos. Es el caso de la academia latinoamericana que, con gran interés y responsabilidad, ha comenzado a evaluar su contenido y la posibilidad real de realizar un trabajo similar, obviamente sintonizado con las necesidades y exigencias de los países del área, lo que explica la institucionalización de las convenciones latinoamericanas de Derecho civil, como la llevada a cabo en Lima, recientemente, y las que se efectuaran en el futuro, en particular en Buenos Aires (2011) y en Bogotá (2012), entre otras más, con análogo y plausible propósito.

Destacamos, del mismo modo, el elogioso prólogo que hace a esta obra el fallecido profesor vallisoletano, Don José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS

Mozos (q.e.p.d.), uno de los más connotados y brillantes exponentes del robusto Derecho español, con notable influencia en América latina, en donde se le admira y aplaude por su enjundioso legado científico, no de ahora, sino desde hace varios decenios, quien privilegiadamente formó parte del grupo de trabajo de Pavía, oportunidad que, por enriquecedora, el mismo profesor, otrora, consideró "...un verdadero regalo", laborió encaminado a discurrir "...no por el camino del 'Droit des affaires, ni del Derecho uniforme, sino de hacer un 'Código único', un verdadero 'Código de reglas'... que es lo que demanda el 'mercado único' (El anteproyecto del 'código europeo de contratos', en La unificación jurídica Europea, Civitas, Madrid, 1999, p.253)

La importancia de la obra y, en concreto, de la parte relativa al 'Código Europeo de Contratos', como lo expresábamos recientemente en la presentación al libro "Principios para un derecho americano de los contratos y Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil" (Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010), de autoría de los profesores ORDOQUI CASTILLA y MARTÍN-CASALS, como se indicó, estriba en el hecho, de suyo tozudo, de que "...el Derecho, cada vez más, y por potísimas razones, tiende hacia la armonización o hacia su acercamiento preceptivo, más que a la unificación, stricto sensu –algo más quimérica que real, en puridad, salvo si se adoptara en bloque un corpus como los propuestos, luego de su adaptación y ajuste–, respecto de los distintos ordenamientos nacionales actualmente existentes, muy especialmente en el marco del nobilísimo Derecho privado, en el que se han efectuado trascendentes y fértiles ejercicios encaminados al logro del mencionado propósito, ciertamente plausible". En efecto, allí expresábamos que, si bien conceptos como los de Nación, país y Estado, entre otros, no pueden entenderse como ejes territoriales y soberanos que el Derecho contemporáneo desconoce, sin perjuicio de la tendencia a edificar en espacios supranacionales, es cierto que la realidad económica mundial evidencia la imperiosa necesidad de ir derribando las fronteras mentales o reales que separan a nuestras instituciones jurídicas de las de nuestros vecinos y consocios comerciales, como quiera que así se garantiza de mejor manera que el Derecho sea un arquetípico instrumento al servicio del hombre y, correlativamente, de la sociedad, y no al contrario, haciendo énfasis en cómo se tiene establecido que el campo más fértil para este tipo de proyectos y emprendimientos pareciera ser

el del Derecho privado, signado por su antigua preocupación por el ser humano y, por ende, por la civilidad.

Bien decía, hace muy poco, acerca de la interesante génesis e importancia del citado Código Europeo de los Contratos el profesor Gustavo Ordoqui Castilla, igualmente distinguido miembro de nuestro fecundo Grupo de Investigación de Derecho Privado de la Facultad, que “...el 9 de noviembre de 1992, en la Universidad de Pavía, varios juristas destacados de países europeos se reunieron para trabajar también en la unificación del derecho contractual europeo y terminaron creando la prestigiosa Academia de Jusprivatistas Europeos, cuyo propósito fue precisamente contribuir a la unificación y a la futura interpretación y aplicación del derecho privado en Europa y promover el desarrollo de la cultura jurídica. Trabajaron juntos durante años celebrados tales como TRABUCCHI, (Universidad de Padua), GANDOLFI (Universidad de Pavía), CARBONNIER, MAZEAUD y TUNC, (Universidad de París), Jose Luis DE LOS MOZOS, (Universidad de Valladolid), WIEACKER (Universidad de Gottingen), Peter STEIMN (Universidad de Cambridge), entre otras importantes celebridades. Este grupo fue dirigido por el Prof. Giuseppe GANDOLFI y ya concluyó su primera etapa de trabajo con la presentación de un Código Europeo de los Contratos para Europa”.

“En suma, este proyecto consiste en la elaboración de un verdadero Código Europeo de Contratos (CEC), el cual ha suscitado una abundante literatura. Como características más sobresalientes del CEC, se señala que se trata de un texto de aplicación virtualmente universal, ya que pretende regir tanto los contratos civiles como los mercantiles, bien sean celebrados entre empresarios o entre éstos y los consumidores; atiende al Derecho comunitario, en especial en lo relativo a la protección de los consumidores; omite categorías abstractas que podrían generar resistencia en el Derecho anglosajón. La Academia de Jusprivatistas Europeos sigue actualmente sus estudios de regulación sobre los contratos en particular. La integran en la actualidad más de 50 juristas de prestigio de Europa y varios miembros hispanoamericanos. En la propuesta de dicho texto se tuvieron presentes las legislaciones más modernas sobre el tema, como el Código Civil Italiano del 42 y el Código Civil Holandés. Además, se trabajó con el texto de “Contract Codes” del Prof. Mac Gregor (estudio solicitado por la Law Commission del Parlamento Inglés), donde se proponía para el gobierno inglés un código unificado de los contratos”.

Comprenderá el lector, entonces, el significado que para el Derecho latinoamericano reviste una obra como la que hoy presentamos, empeñada en pincelar las líneas cardinales y los puntos de unión para la construcción de un Derecho armónico o común en materia contractual, circunstancia que explica, perfectamente, que uno de los primordiales objetivos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, caracterizada por su pluralismo y apertura ideológica e institucional, como ya se anotó, es la de apoyar iniciativas enderezadas a la elaboración de las “bases para un Código Latinoamericano de Contratos”, anhelo de la comunidad que integra el cinturón latinoamericano, muy especialmente de los profesores que, privilegiadamente, asistimos a la aludida Primera Convención Latinoamericana de Derecho Civil, en desarrollo de la invitación que, con especial deferencia, en su momento nos hiciera el profesor Carlos Soto, uno de los más entusiastas y aguerridos promotores de la idea de adoptar el mencionado código, la que cuenta con nuestra humilde pero irrestricta e incondicional adhesión. De ahí que en el inmediato pasado, con su concurso, diéramos los primeros pasos para la consolación de una red iberoamericana en materia de Derecho Privado, lo cual nos ha permitido convocar a diversos e ilustres juristas vinculados al Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y a la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, sin perjuicio de otros juristas que aún no se encuentran inscritos en las mencionadas instituciones, al Grupo de investigación en Derecho Privado de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas, a distinguidos profesionales que integran la Red Nacional de Profesores –colombianos– de Derecho Privado, y más recientemente a los académicos que, de la mano del admirado profesor MARTÍN-CASALS, conforman la dinámica Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado y el Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado.

No se nos escapa que mucho falta por hacer en el campo de la integración, pero la publicación de investigaciones como ésta, ciertamente son un propicio punto de partida en orden a la elaboración de un corpus armónico que se traduzca en expresión auténtica de nuestras verdaderas realidades y necesidades, ad exemplum, en el ámbito contractual, no siempre idénticas a las de los demás pobladores del orbe, desde luego sin soslayar las simetrías existentes, insuficientes, de todas maneras, para abogar por una unificación integral, o por la adopción plena de los diversos textos que se enseñorean en el viejo continente, los que debemos consultar con fruición, aunque también con mesura, en lo pertinente.

Enhorabuena, pues, por esta oportuna obra, la que sometemos al escrutinio colombiano y latinoamericano, ávido de contribuciones que, cimentadas en exigentes y rigurosos estudios, aborden los aspectos más salientes de nuestro Derecho, no sólo desde una perspectiva teórica, sino también práctica, toda vez que ambas visiones deben ser tomadas en consideración, so pena de que el estudio se inscriba en el espacio -o en el ‘cielo de los conceptos’, agudamente mencionado por Ihering-, ayuno de incidencia efectiva en la realidad terrena, logrando así una combinación de lo abstracto y en gran medida de lo realístico, de aquello que impera en el día a día, que se torna tangible, de algún modo, sin divorciarse equilibradamente de lo científico. Bien decía ARISTÓTELES que “La virtud es un medio entre dos vicios, que pecan, uno por exceso, otro por defecto.

Felicitaciones, pues, a tan renombrados autores de esta publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana, profesores Soto y Vattier, por este nuevo aporte al reverdecido Derecho privado, a las que se une nuestro renovado agradecimiento por la confianza depositada por ellos en esta Alma Mater, vivamente interesada en divulgar el pensamiento jurídico nacional e internacional, fiable brújula para las presentes y futuras generaciones, responsables de un mejor, solidario y próspero mañana.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.  
Decano Académico

## PREFACIO

---

Estas primeras palabras no tienen otra finalidad que la de introducir al amable lector en el contenido aparentemente heterogéneo del libro que tiene entre sus manos. Ante todo hay que decir que, pese a esta apariencia desordenada, existe un hilo conductor que confiere unidad a los diferentes estudios aquí reunidos, hilo que está constituido por la libertad contractual y que se despliega tanto en los trabajos de la primera parte como en los que aparecen en la segunda. En otras palabras, la libertad contractual representa el eje en torno al que giran los trabajos referidos al Derecho peruano, que ocupan casi toda la primera parte de esta obra, y los que figuran en la segunda parte, que están referidos en exclusiva al Código Europeo de Contratos. Este último es importante para el estudio comparado de la libertad contractual pues propone un ponderado punto de equilibrio entre la autonomía privada y las exigencias de la buena fe, en el que convergen en términos generales, tras la mediación de la normativa comunitaria, los distintos ordenamientos europeos.

En efecto, no es necesario insistir en la relevancia de la libertad contractual, no sólo en la economía, ya que es la “reina” del mercado, sino también en el ámbito del Derecho de Contratos, dado su marcado protagonismo en la génesis, el desarrollo y la extinción de la relación obligatoria que brota del contrato. Pero precisamente porque se trata de contratos, la libertad contractual no es unilateral o autárquica, sino que presupone la existencia de dos partes, cuyos intereses han de quedar equilibradamente satisfechos con la celebración y la ejecución del contrato. No está de más recordar aquí a J. DERRIDA, el pensador francés de la “deconstrucción”, recientemente fallecido, para el que una vez superada la fuerza inicial, que es siempre ilegítima, el único sustento válido de todo proyecto ético, político y, por tanto, jurídico reside en la responsabilidad de cada uno ante el otro. Esto quiere decir que la libertad contractual no está predispuesta sólo para la satisfacción exclusiva del interés del contratante

que la ejerce sino que ha de servir además para satisfacer los intereses del otro contratante. Como lo dice el Código civil alemán hoy, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones en vigor desde 2002, en toda relación obligatoria cada parte debe tener en cuenta los derechos, los bienes jurídicos y los intereses de la otra parte (par. 241.2 BGB).

Por eso, en la primera parte de esta obra se subraya el papel central que corresponde a la libertad de contratación, pero a la vez se ponen de relieve los abundantes, aunque no siempre eficaces, límites impuestos a su ejercicio. No sólo la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres configuran hoy en día el ámbito de libre actuación de los contratantes, sino que la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley o la inducción al incumplimiento de contratos preexistentes constituyen, entre otros, los principales límites de la libertad contractual, así como el plazo máximo que pueden durar los contratos preparatorios, limitación que era propia del Derecho peruano y que mereció una reforma en el 2001, pues no tiene otra justificación que la de asegurar la libre circulación de los bienes en el mercado, lo que se puede alcanzar por otros medios. La fijación de penas convencionales forma parte del núcleo duro de la libertad contractual, pero esto no la exime del control judicial, especialmente en el caso de que la pena sea excesiva en su cuantía o desproporcionada ante el riesgo de incumplimiento que trata de evitar, aunque el profesor Carlos Soto se muestra partidario por la intangibilidad de las penalidades libremente pactadas en los contratos negociados. No hay duda que en estos casos, u otros similares, es razonable acomodar el contrato a las circunstancias concretas de los contratantes, labor que sólo puede corresponder a los jueces o a los árbitros. Asimismo, aunque sean posibles en teoría las cláusulas resolutorias genéricas, por responder a lo acordado por las partes, es igualmente aconsejable que su eficacia quede condicionada a que se pacten los supuestos singulares en que el contrato se puede resolver; es aconsejable, pues, que las cláusulas resolutorias sean específicas, no obstante, las cláusulas resolutorias genéricas, como lo propone el profesor Soto, también deberían ser eficaces. En fin, complementa esta primera parte un estudio centrado en las cláusulas abusivas impuestas sin negociación en los contratos celebrados por consumidores en el Derecho comunitario y su mejorable recepción en el Derecho español, y la revisión de los contratos en determinados supuestos como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación, la frustración de la finalidad contractual y la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos.

La segunda parte del libro comienza con un estudio descriptivo del Anteproyecto elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos, con sede en Pavía, al objeto de introducir al lector en el proceso de gestación, estructura, contenido y características más sobresalientes del Código Europeo de Contratos, cuya traducción al castellano se inserta a continuación; se trata de la traducción realizada por los Profesores José Luis DE LOS MOZOS y Agustín LUNA SERRANO, a quienes agradecemos la debida autorización. Con ello se pretende no sólo dar a conocer este texto entre los juristas latinoamericanos, sino facilitar al lector la comprensión de los trabajos, en ocasiones críticos, que tienen por objeto la prorregulación establecida por dicho Código. Aquí la libertad contractual es también la protagonista, pero aparece igualmente limitada por la buena fe y los intereses de la otra parte en las distintas fases de formación del consentimiento contractual, las diversas técnicas y métodos previstos para la interpretación de los contratos, así como la invalidez de los mismos, que presenta la importante particularidad de separar la inexistencia y la nulidad del contrato en dos figuras distintas, ambas con su propia disciplina y consecuencias.

Sólo nos queda expresar nuestra gratitud a quienes nos han ayudado a preparar los trabajos reunidos en esta obra. Queremos agradecer, en especial, a los profesores y juristas que desinteresadamente han colaborado a que este libro salga adelante, aunque por supuesto las opiniones aquí vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores. En especial, nuestro agradecimiento al recordado profesor José Luis DE LOS MOZOS por el impecable prólogo. Asimismo, nuestra gratitud a los doctores Rider VERA MORENO, John JARA CANO, Estefanía IGLESIAS BOBADILLA y Alexa ESTACIO MORALES por su apoyo en la revisión de las pruebas del presente libro.

No podemos concluir estas breves líneas, sin expresar nuestro profundo agradecimiento a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en la persona de su Decano Dr. Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO y al doctor Gustavo IBÁÑEZ CARREÑO, Director del Grupo Editorial Ibañez, por permitir que nuestro pensamiento se difunda entre la distinguida comunidad jurídica colombiana y latinoamericana.

LOS AUTORES



## PRÓLOGO

---

Para mí constituye un grato e inmerecido honor que agradezco de todo corazón a los autores del presente libro, mis dilectos amigos, el que hayan querido que se inicie con unas palabras mías, lo que hago con el mayor gusto. Pero, además, no he podido negarme, puesto que me encuentro implicado, de alguna manera, con su contenido, como cotraductor del llamado Código Europeo de Contratos, lo que, inicialmente, me da la oportunidad de repetir, una vez más, que los indudables méritos de esta obra corresponden, por entero, al eminente profesor Giuseppe GANDOLFI que ha sabido realizar, con toda honradez y competencia, una tarea de Derecho comparado tan perfecta que algunos sedicentes comparatistas no están dispuestos a reconocer como se merece, seguramente porque no son verdaderos comparatistas, o porque siéndolo, a ellos no se les ha ocurrido la empresa y si, se les ha ocurrido, no han tenido ni el coraje, ni la paciencia de emprenderla.

Dicho esto, como se dice por aquí, “aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid”, me permito hacer unas consideraciones que aunque poco tengan que ver con el contenido concreto del presente libro, si tienen que ver con el Derecho de contratos que, en definitiva, es de lo que se trata y con unas preocupaciones personales que, a veces, me agobian un poco, sino me desahogo convenientemente.

El Derecho de contratos resulta especialmente atractivo por ser la expresión del reconocimiento de la autonomía privada que se manifiesta, tanto en la formación y desarrollo del propio concepto de contrato, como en su consagración, casi por entero, en los códigos modernos y que responde a la idea, grata al maestro Francesco CALASSO, de un “desarrollo paralelo de los poderes del ordenamiento y de los poderes de los particulares”. Sin embargo, hay que reconocer que los peligros que acechan a ese equilibrio, saltan al primer plano de la atención de los juristas, en cualquier momento, comprometiendo la propia veritas del contrato, en modo que deja de ser un verdadero paradigma de la libertad en el mundo del Derecho.

En este sentido, una idea incorrecta de orden público, como límite de la autonomía privada, pone en peligro su desenvolvimiento natural, por lo que no se puede uno entregar a ella, sin la resistencia debida, asistiéndole el derecho de defender la libertad contractual. Porque una cosa es el orden público sistemático y otra el orden público económico. Este último, modernamente, se halla totalmente desprestigiado, desde un riguroso análisis jurídico, pero a ello vuelven los legisladores, cada poco, de manera recurrente.

Se ha pretendido construir su fundamento, sobre la falsa creencia de que el Derecho económico formaba parte del Derecho fundamental, como si existiera una constitución económica lo que, como es sabido, fue muy discutido en la Alemania de la última postguerra. Pero, como ya advertía el civilista Rudolf VIETHÖLDER, en un libro que tuve el honor de prologar en su edición española<sup>1</sup>, semejante pretensión encubre otros oscuros problemas, relativos a la “cooperación” entre política y economía que, no siempre resulta, ni como se quiere ni como se debe. Mientras que, no hay que olvidar tampoco que la gran mayoría de las Constituciones modernas, no imponen ningún modelo económico, en concreto; se limitan a proclamar ciertos principios, a veces contradictorios, como la planificación, por un lado, y la libertad de mercado y de empresa, por otro. Según ello, es posible que puedan llegar a caber diversos modelos económicos dentro de una misma Constitución, como expresión o manifestación de la libertad política en el Estado democrático. Lo malo es pretender que sean algo más que simples medidas políticas, acertadas o equivocadas, pues, entonces, el modelo adoptado se pretende erigir en una especie de súper norma, tratando de evitar los efectos económicos no deseados, lo que generalmente no consigue, y, lo que es peor, de suplantar y corregir, sin ninguna otra justificación, los criterios jurídicos, en este caso, de la propia lógica contractual.

Otras veces, los procesos naturales, o su deformación, consecuencia o no de la globalización de la economía y de la masificación de las relaciones sociales, así como de esa “cooperación” entre política y economía, dan lugar a que el mercado no funcione con la fluidez que debiera, presentando numerosas dificultades a la libertad de comercio que se halla en la base del sistema contractual. Dificultades que generalmente no se arreglan del todo en virtud de medidas de reformas estructurales de orden económico,

---

<sup>1</sup> *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, trad. esp., Madrid (ed. Edersa), 1991.

de sectores productivos, ausentes de toda técnica jurídica, como en muchas de las actuaciones comunitarias, efectuadas en el seno de la Unión Europea, de espaldas a la realidad jurídica de las sociedades nacionales que, a través de los Estados, se integran en aquélla; ni tampoco con las bien intencionadas medidas de equidad, emanadas de un nuevo Derecho social, como son aquellas que dan lugar al Derecho de consumo, carentes por igual de una técnica rigurosa, en todas partes.

Los dos tipos de medidas, no pueden construirse, como se viene haciendo, de espaldas al Derecho, por ponerse de espaldas a la técnica jurídica, como ya hemos dicho. En el primer caso, se producen deformaciones muy difíciles de absorber por el ordenamiento; en el segundo, pasa lo mismo, resulta muy forzado hablar de equidad sin tener en cuenta el orden normativo en el que, las situaciones que se tratan de remediar, están insertas. En ambos casos, hay un deterioro, producido también por su desprestigio, de la libertad contractual, por una trivialización o degradación del vínculo jurídico que de ella surge. Todo lo cual, en definitiva, no es más que expresión de esa nueva vulgarización que nos acecha.

En tercer lugar, se aprecia en Derecho de contratos también una manifestación de ese espíritu materialista que domina la sociedad moderna, aunque esta apreciación excede del ámbito concreto del contrato y se manifiesta, en general, en el contexto más amplio en el que se inserta: el Derecho de obligaciones, repercutiendo también, como es natural, en el ámbito contractual. El Derecho de obligaciones moderno se ha alejado peligrosamente del fundamento ético que está en la base del ordenamiento jurídico y de la propia libertad, como decía I. KANT<sup>2</sup>, produciéndose, paralelamente, una inevitable degradación del razonamiento jurídico, como se aprecia en la excesiva importancia que ha adquirido, partiendo de la responsabilidad extracontractual, una nueva categoría general, la responsabilidad civil que trata de borrar las diferencias, entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual y donde fluyen otras ideas, como la socialización del daño, o su reparación hasta extremos totalmente injustificados para un discurso jurídico, o la facilidad con que se acoge el daño moral y su discutible extensión, etc.; consecuencia de anteponer la magnitud del

---

<sup>2</sup> *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ed. bilingüe, Barcelona (ed. Ariel), 1999, pp. 223 y ss.

daño, expresión, sin más, de un *alterum non laedere* mal entendido y la necesidad, puramente materialista, por exagerada o infundada, de su reparación, a otras consideraciones que jurídicamente no se pueden olvidar, en ningún caso, pero tampoco desde la *fides pacti* que da la medida de los efectos que surgen del contrato mismo; lo que, a pesar de todo, desaparece con la teoría de la “unidad de la culpa” que ha desfigurado, por completo, la noción de responsabilidad contractual.

Esto me parece que es una consecuencia, por una parte, de una mala utilización del método del Derecho comparado, al tomar en consideración una jurisprudencia que, aparte de todo, utiliza exageradamente unos criterios simplistas que nada tienen que ver con nuestro sistema jurídico, ni tampoco con el suyo, al menos originariamente, pero que ha producido una contaminación muy generalizada, en todas partes. Mientras que, por otra, resulta claramente de haber abandonado negligentemente la dogmática de las fuentes de las obligaciones, conservada en la tradición gayana que se mantiene y perfecciona a lo largo del Derecho común y que es acogida por el *Code civil* aunque fuera en parte abandonada por la doctrina francesa, a partir de M. PLANIOL, como ha explicado muy bien Ph. RÉMY<sup>3</sup>. Decir que las obligaciones derivan sólo del contrato y de la ley, no deja de ser una simplificación trivializadora que destruye, en buena parte, lo más propio del discurso jurídico, las *similitudinem atque disimilitudinem rationis*, acaso por estar atentos, únicamente, a dar satisfacción a las demandas del cliente o a hacer el coro al lobby de cierta demagogia social, sin caer en la cuenta de los oscuros intereses que lo fomentan.

Pero estas consideraciones no hacen que pierda la fe en el contrato, buscan sólo invitar a la reflexión, para preservarle en su más rica tradición, sin olvidar, por lo demás, que su propio espíritu se ha extendido por doquier en este último medio siglo, transformando las relaciones económicas y sociales y las propias estructuras del poder, proyectándose hacia el futuro, como base del entendimiento entre los hombres, en el seno de una sociedad pluralista.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (†)

---

<sup>3</sup> “La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997-2, pp. 323 y ss.

# TABLA DE CONTENIDO

---

COLECCIÓN INTERNACIONAL.....	9
LOS AUTORES .....	13
PRESENTACIÓN	
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO Decano Académico .....	17
PREFACIO	
CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA CARLOS VATTIER FUENZALIDA .....	25
PRÓLOGO	
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS .....	29

## PRIMERA PARTE

### LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN HOY

LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: EJERCICIO Y LÍMITES	
Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Perú) .....	41
1. Introducción .....	41
2. La libertad de contratación .....	42
2.1. Libertad de contratar .....	42
2.2. Libertad contractual .....	45
3. Limitaciones a la libertad de contratación .....	52
4. Los límites impuestos por el legislador a la libertad de contratación .....	54
4.1. Normas legales imperativas .....	54
4.2. Orden público .....	57
4.3. Buenas costumbres .....	61
4.4. Principio de la buena fe .....	64
4.5. Abuso del derecho .....	65

4.6. Fraude a la ley .....	68
4.7. Fraude a los acreedores .....	72
4.8. Competencia desleal mediante la inducción a la infracción contractual .....	74
4.9. Valor de transferencia de bienes y servicios para efectos del Impuesto a la Renta .....	78
5. Contratos forzosos .....	79
6. Contratos predispuestos o estandarizados .....	82
7. A modo de conclusión .....	84
 LIBERTAD CONTRACTUAL PARA PACTAR EL PLAZO EN LOS CONTRATOS PREPARATORIOS	
Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Perú) .....	87
1. Libertad de contratación o autonomía contractual .....	87
2. Contratos preparatorios .....	88
2.1. Compromiso de contratar .....	89
2.2. Contrato de opción .....	91
3. El plazo en los contratos preparatorios. ¿Quién debe fijar el plazo, las partes o el legislador? .....	93
4. Reforma incompleta de los plazos de los contratos preparatorios en el Código Civil .....	97
 INMUTABILIDAD DE LAS PENAS CONVENCIONALES	
Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Perú) .....	101
1. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra .....	101
2. La cláusula penal: concepto y funciones .....	103
2.1. Concepto .....	103
2.2. Funciones de la cláusula penal .....	106
2.2.1. Función punitiva o compulsiva .....	106
2.2.2. Función indemnizatoria o resarcitoria .....	107
2.2.3. Función resolutoria .....	108
2.2.4. Función preventiva o disuasiva .....	110
2.3. Función económica de la cláusula penal .....	113
2.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano .....	114
2.4.1. Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional .....	114
2.4.2. Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984 .....	116
3. Inmutabilidad de las penas convencionales .....	118

4. A modo de conclusión .....	130
LIBERTAD CONTRACTUAL, CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y «CLÁUSULAS DE ESTILO»	
Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Perú) .....	133
1. Cláusula resolutoria expresa .....	133
2. Eficacia de la cláusula resolutoria expresa .....	134
3. Conclusiones .....	142
LIBERTAD CONTRACTUAL Y CLÁUSULAS ABUSIVAS	
Carlos VATTIER FUENZALIDA (España) .....	145
1. Introducción .....	145
2. Ámbito de aplicación .....	148
3. Mecanismos de control .....	152
4. Tipología de las cláusulas abusivas .....	157
EL <i>PACTA SUNT SERVANDA</i> Y LA REVISIÓN DEL CONTRATO	
Carlos Alberto SOTO COAGUILA (Perú) .....	161
1. El contrato y los principios de la contratación privada .....	161
2. El principio de la obligatoriedad del contrato o “pacta sunt servanda” .....	164
3. Figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos .....	169
3.1. Lesión .....	170
3.2. Desaparición de la base del negocio .....	175
3.2.1. Excesiva onerosidad de la prestación .....	176
3.2.2. Frustración del fin del contrato .....	180
3.3. Cláusula penal excesiva .....	181
3.4. Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos .....	188
4. Modificación de los contratos por parte del Estado mediante la dación normas legales .....	191
5. A modo de conclusión: ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero? .....	195

## SEGUNDA PARTE

ESTUDIOS SOBRE EL CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS  
(ANTEPROYECTO)

## EL ANTEPROYECTO DE PAVÍA

Carlos VATTIER FUENZALIDA (España) .....	201
1. Los dos modelos de unificación y su compatibilidad .....	201

2.	La Academia de Pavía y el Anteproyecto Gandolfi .....	206
3.	Estructura y contenido del Anteproyecto .....	208
4.	Noción y elementos esenciales del contrato .....	209
5.	Formación del contrato y efectos obligacionales y reales .....	212
6.	Supuestos de anomalías del contrato .....	214
7.	Incumplimiento y responsabilidad contractual .....	215
CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS (ANTEPROYECTO)		
	Versión española de los Profesores José Luis de los Mozos y Agustín Luna Serrano .....	221
LIBRO PRIMERO		
TÍTULO I		
	Disposiciones preliminares .....	221
TÍTULO II		
	Formación del contrato .....	223
	Sección 1ª	
	Tratos precontractuales .....	223
	Sección 2ª	
	Conclusión del contrato .....	225
TÍTULO III		
	Contenido del contrato .....	230
TÍTULO IV		
	Forma del contrato .....	233
TÍTULO V		
	Interpretación del contrato .....	235
TÍTULO VI		
	Efectos del contrato .....	236
	Sección 1ª	
	Disposiciones preliminares .....	236
	Sección 2ª	
	Efectos debidos a elementos accidentales .....	240
	Sección 3ª	
	Representación .....	243
	Sección 4ª	
	Contrato con persona a designar .....	247
	Sección 5ª	
	Contrato a favor de tercero .....	248
TÍTULO VII		
	Ejecución del contrato .....	249

Sección 1ª	
Disposiciones generales .....	249
Sección 2ª	
Ejecución de ciertas obligaciones contractuales .....	255
TÍTULO VIII	
Incumplimiento del contrato .....	258
Sección 1ª	
Disposiciones generales .....	258
Sección 2ª	
Mora del acreedor .....	264
Sección 3ª	
Efectos del incumplimiento .....	266
TÍTULO IX	
Cesión de contrato y de las relaciones que nacen del contrato .....	272
Sección 1ª	
Cesión de contrato .....	272
Sección 2ª	
Cesión de crédito .....	275
Sección 3ª	
Cesión de deuda .....	278
TÍTULO X	
Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo .	281
Sección 1ª	
Hechos extintivos y que entrañan prescripción y caducidad	281
Sección 2ª	
Modos de extinción diferentes del cumplimiento .....	283
Sección 3ª	
Prescripción y caducidad .....	287
TÍTULO XI	
Otras anomalías del contrato y sus posibles remedios .....	288
Sección 1ª	
Anomalías .....	288
Sección 2ª	
Remedios .....	302
FORMACIÓN DEL CONTRATO	
Carlos VATTIER FUENZALIDA (España) .....	319
1. Introducción .....	319

2.	Nociones de oferta y aceptación .....	320
3.	Momento de conclusión del contrato .....	325
4.	Contenido útil, determinable y no abusivo .....	328
5.	Condiciones generales y cláusulas implícitas .....	331
INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO		
	Carlos VATTIER FUENZALIDA (España) .....	337
1.	Cuestiones generales .....	337
2.	Las reglas de interpretación subjetiva .....	342
3.	Las reglas de interpretación objetiva .....	349
4.	Breve reflexión final .....	355
INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL CONTRATO		
	Carlos VATTIER FUENZALIDA (España) .....	357
1.	Principales novedades del Anteproyecto de Pavia .....	357
2.	Distinción de inexistencia y nulidad .....	364
3.	Disciplina de la inexistencia .....	369
4.	Causas, efectos y remedios de la nulidad .....	373
5.	Supuestos de ineficacia parcial .....	379
	BIBLIOGRAFÍA .....	383

**PRIMERA PARTE**

**LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN HOY**



# LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN: EJERCICIO Y LÍMITES<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Libertad de contratación. 2.1. Libertad de contratar. 2.2. Libertad contractual. 3. Limitaciones a la libertad de contratación. 4. Los límites impuestos por el legislador a la libertad de contratación. 4.1. Normas legales imperativas. 4.2. Orden público. 4.3. Buenas costumbres. 4.4. Principio de la buena fe. 4.5. Abuso del derecho. 4.6. Fraude a la ley. 4.7. Fraude a los acreedores. 4.8. Competencia desleal mediante la inducción a la infracción contractual. 4.9. Valor de transferencia de bienes y servicios para efectos del Impuesto a la Renta. 5. Contratos forzosos. 6. Contratos predispuestos o estandarizados. 7. A modo de conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Por qué contratan las personas? Respondiendo a esta interrogante diremos que las personas contratan porque quieren y porque tienen una necesidad o un interés que desean satisfacer o alcanzar. Y contratar no sería posible si no contasen con la “libertad” para hacerlo.

En efecto, las personas contratan y se vinculan jurídicamente porque tienen la libertad y el poder jurídico para hacerlo. Y este poder jurídico, conocido como el principio de la autonomía privada (autonomía de la voluntad, libertad de contratación o autonomía contractual) no ha sido creado por gracia divina, sino que el Estado, sobre la base de su *ius imperium*, lo ha delegado en los particulares.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar el mencionado principio contractual y –principalmente– preguntarse si la autonomía privada o la libertad de contratación debe tener límites. Si la respuesta a esta primera interrogante fuese positiva, vale decir: el ejercicio de la libertad de contratación tiene que estar limitado o, dicho de otro modo, no puede ser irrestricto, entonces será necesario formularse una segunda interrogante: ¿cuáles son esos límites?

---

<sup>(\*)</sup> Por Carlos Alberto SOTO COAGUILA.

## **2. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

La autonomía privada, también conocida en la doctrina como autonomía de la voluntad, autonomía contractual o libertad de contratación, es el poder jurídico o facultad que tienen todas las personas para decidir si contratan o no, para elegir a su contraparte y para determinar libremente el contenido de sus contratos, incorporando las cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, tengan estos un carácter patrimonial o no. Así por ejemplo, si una persona compra un camión para transportar su mercadería, es evidente que existe en ella un interés patrimonial; pero también puede adquirir un perfume por el simple hecho de satisfacer su vanidad.

En síntesis, la autonomía privada es la libertad que tienen las personas para contratar y la libertad para pactar y establecer las condiciones en sus contratos.

Pero, ¿cómo se ejerce o exterioriza esta libertad de contratación? Estando estrechamente ligada la autonomía privada a la libertad, diremos que aquélla se exterioriza mediante dos clases de libertades:

- a) La Libertad de Contratar o libertad de conclusión y
- b) La Libertad Contractual o libertad de configuración interna.

### **2.1. LIBERTAD DE CONTRATAR**

Esta libertad está concebida como un derecho fundamental de toda persona. Así lo reconoce el artículo 2, inc. 14) de la Constitución Política de 1993, al disponer que “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

Por consiguiente, no es una obligación contratar. Nadie está obligado a celebrar contratos, salvo los supuestos de contratos forzosos que veremos más adelante.

Tal vez, apoyándose en este principio, los ideólogos de la revolución francesa expresaron que toda persona que contrata libremente celebra un contrato justo, porque ninguna persona contrataría para perjudicarse. En la actualidad, esta premisa no es del todo cierta, ya que existen numerosos contratos, principalmente los predispuestos o estandarizados, que no

siempre son “justos”<sup>1</sup>, ya que una de las partes resulta perjudicada debido al desequilibrio contractual entre las prestaciones, bien porque no leyó los términos del contrato o porque conociéndolos se encontraba en la necesidad de contar con el bien o servicio.

Por otro lado, la libertad de contratar no sólo permite a las personas decidir si contratan o no, sino que también los faculta para elegir a su contraparte, es decir, elegir a la persona con quien desean vincularse jurídicamente. Por consiguiente, no está permitido imponer contrapartes a los individuos que desean contratar.

Resumiendo esta libertad, podríamos decir que una persona contrata porque quiere, con quien quiere y cuando quiere.

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 2185-202- AA/TC nos ilustrará mejor sobre la importancia de esta libertad.

Los antecedentes de esta acción de amparo son los siguientes: el Instituto Superior Pedagógico Privado Víctor Andrés Belaúnde (en adelante el ISP) con el propósito de desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico celebró un convenio con el Ministerio de Educación mediante Resolución Ministerial N° 253-90-ED. Dicho convenio se suscribió el 2 de marzo de 1990. Vencido el plazo del convenio, el ISP solicitó su renovación al Ministerio de Educación, en virtud de lo estipulado en la cláusula quinta, cuyo tenor era el siguiente: “[...] éste [el convenio] podrá renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente”. Sin embargo, el pedido del ISP fue rechazado. Posteriormente, la Jefatura de la Unidad de Tecnología Educativa de la Dirección Departamental de Educación de Lima emite el Informe N° 20A-J-UTE-DEL-96, pronunciándose a favor de la renovación. Fundamentándose en este informe, el ISP reitera su solicitud en julio y diciembre de 1999, la cual es desestimada por la Dirección Nacional de Formación y Capacitación Docente del Ministerio de Educación, mediante el Oficio N° 0059-2000-DINFOCAD/UFOD y la Resolución Directorial 355-2000-ED del 14 de abril de 2000. Apelada la resolución, es confirmada por Resolución Viceministerial N° 023-2001-ED, de 2 de mayo de 2001. Ante ello, “el ISP interpuso una demanda de Acción de

---

<sup>1</sup> Para nosotros un “contrato justo” es aquél en el cual existe un equilibrio entre las prestaciones de los contratantes, en el sentido de que cada contratante se beneficia patrimonialmente o no.

Amparo contra el Ministerio de Educación alegando que se vulneró su derecho constitucional a la libertad de enseñanza”.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Educación contesta la demanda, alegando que la acción de amparo no es la vía idónea para ventilar la controversia, sino la acción contencioso-administrativa.

El Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda por considerar que se requería de la actuación de pruebas para dilucidar la controversia. Apelada, la Corte Superior de Justicia confirma la resolución de primera instancia. Por lo cual, el ISP interpone recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional contra la sentencia de vista.

El Tribunal Constitucional precisa que todo contrato es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En consecuencia uno de los elementos esenciales del contrato es la voluntad. Agrega, que este elemento se encuentra sustentado en el *principio de la autonomía de la voluntad*, el cual tiene un doble contenido: a) **la libertad de contratar o libertad de conclusión**, consagrada en los artículos 2, inciso 14), y 62 de la Constitución Política, y que viene a ser la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y, b) **la libertad contractual o libertad de configuración interna**, que es la facultad de determinar el contenido del contrato.

Por otro lado, la cláusula quinta del convenio estipula claramente que: “podrá [el convenio] renovarse a solicitud de una de las partes; en efecto, esto sería posible siempre y cuando la otra parte acepte voluntariamente la oferta”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señala que la pretensión de Acción de Amparo no armoniza con el principio de autonomía de la voluntad, porque se advierte que el ISP pretende obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio celebrado con el recurrente el año 1990, lo cual importa desconocer su libertad de contratar, es decir la libertad que tiene de celebrar o no el contrato. En consecuencia, queda claro que la decisión del Ministerio de Educación de no renovar el aludido convenio no vulnera los derechos constitucionales invocados.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia de vista que confirma la apelada que declaró improcedente la demanda; y, reformándola, declara infundada la demanda.

En el presente caso, el ISP Víctor Andrés Belaunde deseaba obligar al Ministerio de Educación a renovar el convenio para desarrollar programas de profesionalización de docentes sin título pedagógico. Este hecho, según los fundamentos del Tribunal Constitucional, que compartimos plenamente, atentaba contra la libertad de contratar del Ministerio de Educación, que, como toda persona natural o jurídica, tiene el derecho de contratar o no.

## **2.2. LIBERTAD CONTRACTUAL**

Mediante la libertad contractual las personas que han decidido contratar, acuerdan los términos y condiciones del negocio jurídico, es decir, elaboran el contenido del contrato.

Por lo tanto, sobre la base de esta libertad los contratantes determinan el esquema contractual, las condiciones y cláusulas que regularán la relación jurídica obligatoria que se creará con la celebración del contrato. Esta libertad también faculta a los contratantes a incluir el plazo, determinado o determinable, cuando celebren un contrato de larga duración.

La libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, se encuentra garantizada por nuestra Constitución Política en su artículo 62, aunque impropia mente el legislador utilizó el término “libertad de contratar”, pero de la lectura se advierte que el texto constitucional se refiere a la “libertad contractual”. Revisemos el texto constitucional:

*“Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente” (las cursivas son nuestras).

Luego de la lectura correspondiente, nos preguntamos si el legislador está refiriéndose a la libertad de contratar o a la libertad contractual. Sin duda, se ha referido a la libertad contractual o libertad de configuración

interna del contrato. Con la autoridad del caso, el maestro Manuel DE LA PUENTE ha escrito que “se incurre en una inexactitud de orden técnico, porque el hecho de que las partes sean libres de decidir sobre el contenido del contrato que celebren, concierne más bien a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quién hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata”.

Más allá de los problemas de redacción que, desde luego, con una adecuada interpretación pueden salvarse, lo que interesa destacar es que mediante el artículo 62 el legislador peruano garantiza a los contratantes que pacten los términos y condiciones más convenientes a sus intereses y que, a su vez, dichos términos y condiciones sean intangibles, porque no podrán modificarse por leyes o disposiciones legales de cualquier clase. Vemos pues, que el legislador ha consagrado el principio de intangibilidad de los contratos.

El Código Civil también reconoce la importancia de la libertad contractual en su artículo 1354 al prescribir que las partes contratantes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

En buena cuenta, mediante la libertad contractual los contratantes tienen el poder jurídico para dictar las normas privadas que regularán sus conductas. Así, por ejemplo, pueden incluir en sus contratos:

- a) las cláusulas y condiciones que regularán el vínculo contractual,
- b) las garantías para el cumplimiento de sus obligaciones,
- c) las penalidades en caso de incumplimiento,
- d) las causales de resolución extrajudicial del contrato,
- e) el plazo, tratándose de contratos de larga duración,
- f) la forma de resolver los conflictos que se susciten de la interpretación o ejecución del contrato,
- g) otros términos y condiciones propios del contrato a celebrarse.

Las partes contratantes también tienen la libertad para elegir el tipo contractual, es decir, decidir si celebran un contrato regulado por ley (contrato típico) o un contrato que se regirá por su autonomía privada ya que no existe una regulación legal para el contrato que desean celebrar

(contrato atípico). En este sentido, con muy buen acierto, el codificador de 1984 incorporó en el artículo 1356 el principio de supletoriedad de las normas legales de la teoría del contrato, prescribiendo que las disposiciones de la ley en materia contractual son supletorias a la voluntad de las partes, salvo que se trate de normas imperativas, en cuyo caso éstas primarán sobre los pactos de los contratantes.

En el siguiente caso<sup>2</sup> veremos cómo se respetaron los términos contractuales:

En 1997, la empresa Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. dedicada al transporte interprovincial de pasajeros contaba con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para operar en la ruta Lima-Tacna y viceversa. Asimismo, era arrendataria, junto con otras tres empresas de transporte interprovincial, de un terminal terrestre de propiedad de la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A., esta última también dedicada al transporte interprovincial cubriendo diversas rutas (incluso Lima-Tacna y viceversa). La empresa Miguel Segundo Ciccía Vásquez E.I.R.L. interpone demanda de Acción de Amparo contra la arrendataria porque sostiene que fue amenazada con diversas comunicaciones a fin de prohibir que sus unidades ingresen a las salas destinadas al embarque de pasajeros del terminal terrestre, amparándose en un Reglamento Interno que afirma nunca fue firmado por su apoderado. Fundamenta su demanda manifestando que lo establecido en el artículo 12 del Reglamento Interno, que dispone que no se podrá operar en las rutas servidas por otro usuario, vulnera los principios de libertad de trabajo, el libre tránsito y la libertad de empresa contenidos en los artículos 58, 59 y 61 de la Constitución.

La empresa demandada rechazó en todos sus extremos la demanda de Acción de Amparo.

El Tribunal Constitucional en sus fundamentos sostuvo que el hecho de que exista una prohibición en el uso del terminal sobre las unidades de transporte interprovincial pertenecientes a la empresa demandante no puede, en principio, interpretarse como transgresión de sus derechos constitucionales, ya que aquellos no están siendo restringidos de manera absoluta y generalizada, sino únicamente delimitados dentro del ámbito de una relación contractual. En lo referente al uso del terminal de

---

<sup>2</sup> Ver Sentencia del TC recaída en el Exp. N° 0147-97-AA/TC del 8 de julio de 1998.

transporte terrestre, el artículo 12 del Reglamento Interno prescribe lo siguiente: “Las empresas usuarias, se comprometen a no hacer uso de las rutas del otro usuario; salvo que mediara acuerdo escrito en el cual una de las empresas concediera a la otra un número determinado de frecuencias...”. Agrega el Tribunal, que toda situación regulada bajo los términos de una relación contractual no puede merituar un enjuiciamiento constitucional, salvo cuando dichos términos adoptan un tratamiento absolutamente opuesto a lo establecido en la norma fundamental y aparecen como desprovistos de toda justificación, hipótesis que no ocurre en el presente caso.

Los hechos cuestionados en el presente caso responden a la administración natural de una actividad empresarial (terminal terrestre) y, por lo tanto, la empresa demandante se encuentra sujeta al Reglamento Interno que suscribió oportunamente.

En consecuencia, al no acreditarse la amenaza o violación de los derechos constitucionales de la empresa demandante, el Tribunal Constitucional revocó la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la que declara no haber nulidad en la sentencia de vista que confirma la apelada, que declara improcedente la demanda; y reformándola “declaró infundada la acción de amparo”.

Es oportuno referirnos en este punto a la intervención del Estado en las relaciones contractuales, hecho que rechazamos tajantemente, pero que es una realidad en nuestro medio. Un ejemplo del intervencionismo del Estado lo constituyen la Ley N° 28138 (publicada el 26 de noviembre de 2003) que prorroga el régimen de excepción especial de los contratos de alquiler (Decreto Ley N° 21938). Mediante esta ley, el Estado interviene en la libertad contractual de los contratantes, al establecer que el plazo del contrato de alquiler será indeterminado, que el valor asignado a los predios será el contenido en el autovalúo, que el monto del alquiler mensual de los predios comprendidos no podrá exceder de 1/12 del 10% del autovalúo del predio arrendado, que el inquilino tiene la primera opción de compra para adquirir el inmueble que ocupa, etcétera.

Para nosotros, lo establecido en la Ley N° 28138 es contrario a la libertad de contratación de las partes, ya que atenta las normas sobre el contrato de arrendamiento contenidas en el Código Civil, el inciso 2 del artículo 14 y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú.

Un caso<sup>3</sup> que se presentó en el medio peruano y que generó serios y largos debates estuvo referido a la eliminación de la renta básica en el servicio de telefonía fija.

El 14 de enero de 1994 se publicó la Ley N° 26285 por la cual se dispuso la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Telefonía Fija Local y de Servicios a Portadores de Larga Distancia. Casi mes y medio después se llevó a cabo una subasta pública internacional en la que se otorgó la buena pro a Telefónica del Perú. En virtud de ello, la Compañía Peruana de Teléfonos (hoy Telefónica del Perú S.A.A.) y el Estado Peruano celebraron y suscribieron el 16 de mayo de 1994 un contrato-ley por la referida concesión.

El 20 de mayo de 2003, una demanda de acción de inconstitucionalidad firmada por 64 congresistas fue presentada contra los artículos 1, 2 y 3, y Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N° 26285. Además, solicitaban la impugnación del “contrato-ley” de concesión celebrado entre el Estado Peruano y la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A. Las normas cuestionadas son:

“Artículo 1.- Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de larga distancia nacional e internacional serán desmonopolizados progresivamente mediante la fijación de un período de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia.

Artículo 2- Los contratos de concesiones de servicios públicos que se otorguen en cumplimiento de esta Ley deberán contener, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- a) Plazo de duración de la concesión.
- b) Plazo máximo y servicios comprendidos en el período de concurrencia limitada.
- c) Plan mínimo de expansión del servicio.
- d) Área de cobertura del servicio.
- e) Mecanismos tarifarios.
- f) Causas de término de la concesión.

<sup>3</sup> Para mayor detalle consultar la Sentencia del Tribunal Constitucional: Exp. N° 005-2003-AI/TC LIMA.

Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley.

#### Disposiciones finales y transitorias

Primera.- La presente Ley sólo entrará en vigencia una vez en vigor la Constitución aprobada por el referéndum del 31 de octubre de 1993, y será considerada Ley de Desarrollo Constitucional conforme a lo previsto en el numeral 2, de la Octava de sus Disposiciones Finales y Transitorias.

Segunda.- Dentro de un plazo de 60 días desde la promulgación de esta Ley, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (CPTSA) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel Perú S.A.) adecuarán sus concesiones y títulos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo previsto en la presente Ley. En ningún caso, el plazo de concurrencia limitada será mayor de cinco años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones”.

Los demandantes argumentan que, con las citadas normas, el contrato-ley de concesión estableció un monopolio por cinco años en favor de Telefónica del Perú, para que preste, de forma exclusiva, los servicios de telefonía fija local y de portadores de larga distancia nacional e internacional; que el carácter de “contrato-ley” a la concesión pactada con Telefónica del Perú no está permitido para la concesión de un servicio público. Además, sostienen que se han pactado una serie de beneficios a favor de Telefónica del Perú y se ha omitido defender a los millones de usuarios. Esas ventajas se traducen en haber creado un monopolio a favor de la empresa, el cobro de la renta básica, el cobro por minuto y el pago que se hace la misma empresa por gerenciar su negocio, todo lo cual resulta perjudicial para los consumidores y usuarios, añadiendo que la mencionada ley se expidió sólo para celebrar el contrato de concesión con la Compañía Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú S.A.A. Por todo ello, los demandantes señalan que el contrato-ley celebrado con Telefónica es inconstitucional, al haber sido suscrito y pactado violando los artículos 2 (inciso 14), 62, 65 y 103 de la Constitución, además de otras normas legales.

El apoderado del Congreso de la República solicita se declare infundada la demanda aduciendo que el plazo de cinco años de concurrencia limitada no crea un monopolio, sino fija un plazo para la culminación de un monopolio legal y real ya existente (desmonopolización progresiva). Asimismo afirma

que el contrato de concesión es un contrato administrativo, al que la ley le confiere el carácter de contrato-ley, y las garantías y seguridades que lo caracterizan están vinculadas con los contratos de concesión. Por último, señala que al inicio de la vigencia de la ley impugnada ya existía un monopolio y que la norma no crea, lo que la ley hace es establecer un plazo para la culminación de dicho monopolio.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que independientemente de la desmonopolización progresiva en la prestación de los servicios públicos de telefonía y de la creación de un monopolio legal en virtud de un período de concurrencia limitada, el artículo 1 de la Ley N° 26285 y, por extensión, la Segunda Disposición Final y Transitoria de la misma ley, cesó en su eficacia, al fijar un periodo de concurrencia limitada por el término de cinco años, que ya ha fenecido.

Referente a sí una concesión de prestación de un servicio público, como el de telefonía, puede revestirse bajo la modalidad de un contrato-ley, el Tribunal señala que el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. En virtud de dicho contrato, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Por ello, a tenor del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, así como del artículo 1357 del Código Civil, tanto la autorización para la suscripción u otorgamiento de un contrato-ley, como la inclusión de determinadas relaciones jurídico-patrimoniales, deben fundarse en un interés público específico, lo que significa que el otorgamiento de un contrato-ley no puede considerarse como un acto de pura libertad contractual ni meramente discrecional, tanto para el legislador como para los órganos de la administración pública. El Tribunal precisó que gozan de inmodificabilidad el ordenamiento jurídico particular fijado para su suscripción. Si bien el legislador puede modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

Respecto a la lesión de derechos de los consumidores, el Tribunal precisa que no actúa como juez de casos, sino como “juez de la ley”, es decir, como garante de que los límites constitucionales impuestos a la legislación no sean sobrepasados. Por lo tanto, no puede determinar, en abstracto, si la ley impugnada lesiona los derechos de los consumidores, a no ser que se trate de un supuesto en el que surja una manifiesta

irracionalidad de los resultados, como producto de la aplicación de las disposiciones impugnadas.

Por último, el Tribunal señala que el problema de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional es tan complejo que, ciertamente, no admite ni tolera, razonablemente, que se le regule dentro de un paquete de actividades económicas.

Por todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad e improcedente en sus demás pretensiones.

En el presente caso, el Tribunal se pronunció a favor del respeto de los acuerdos contenidos en los contratos-ley, vale decir, subrayó la intangibilidad de las cláusulas y condiciones pactadas en ejercicio de la libertad contractual.

### **3. LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

Luego de haber analizado el principio de la autonomía privada o libertad de contratación y la forma de ejercerlo, cabe preguntarse si ella tiene límites o no, si debe estar restringida o, por el contrario, no debe tener límite alguno.

Categorícamente debemos decir que la libertad de contratación no puede ser irrestricta. Por el contrario, debe tener límites. Creo que en ningún lugar del mundo el ejercicio de la “libertad” es absoluto. Lo mismo debe suceder con la autonomía privada o libertad de contratación.

Ni el Código Francés, el más liberal de todos los tiempos, concibió a la autonomía privada con un carácter irrestricto, sin límites. El artículo 6 del Code Napoléon (1804) estableció que no se podían derogar mediante convenios particulares las leyes que afecten al orden público y las buenas costumbres. Por consiguiente, podemos decir que el viejo lema del *laissez faire, laissez passer, le mond va de lui même* tenía como límites al orden público y a las buenas costumbres.

Esta limitación a la autonomía de la voluntad de los particulares también fue recogida por los siguientes códigos civiles, liberales o no,

y desde luego por los seis códigos civiles peruanos (1836—dos códigos, estado Nor-peruano y estado Sud-peruano—, 1850 —Código Civil sólo promulgado—, 1852, 1936 y 1984).

En definitiva, en la actualidad la autonomía privada o libertad de contratación se encuentra limitada. Pero, ¿cuáles son estas limitaciones a la libertad de contratación y dónde se encuentran?, ¿están contenidas en algún texto legal?

Sobre este tema, no existe una norma legal en el Derecho peruano que señale en forma expresa cuáles son los límites a la autonomía privada. Por ejemplo, no existe una norma legal como el artículo 2 del moderno Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos<sup>4</sup>, cuyo texto dispone:

“Artículo 2.- Autonomía contractual.

1. *Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijados en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, siempre que las partes no perciban únicamente el fin de dañar a otro”.*

2. En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes y a la conexión entre diversos actos”.

Como se apreciar, en este texto se indica en forma expresa y clara los límites a la autonomía privada o libertad de contratación que los juristas europeos denominan como autonomía contractual.

En la legislación peruana no tenemos un artículo similar al del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, pero ello no implica que la libertad de contratación sea absoluta, irrestricta o ilimitada.

---

<sup>4</sup> El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos ha sido elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia. Para el profesor DE LOS MOZOS, el Anteproyecto de Pavia “representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos”.

Debemos revisar todo el ordenamiento jurídico, en especial la Constitución Política, el Código Civil, las leyes penales, tributarias, de la competencia, etcétera, para encontrar en ellas los límites al ejercicio de la autonomía privada.

## **4. LOS LÍMITES IMPUESTOS POR EL LEGISLADOR A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

La autonomía privada o la libertad de contratación se encuentra limitada por mandato del legislador. Al respecto, precisemos que el Estado, a través del legislador, ha delegado en los particulares el poder jurídico para contratar, para vincularse jurídicamente. Por lo tanto, es lógico y razonable que él establezca los límites para su ejercicio.

Como manifestamos anteriormente, no existe una norma legal que agrupe a todos los supuestos de límites al ejercicio de la libertad de contratación, por lo que el operador jurídico deberá analizar sistemática e íntegramente todo el ordenamiento jurídico a fin de conocer tales límites.

Por nuestra parte, creemos que existen tres grandes categorías jurídicas que limitan el ejercicio de la autonomía privada: a) las normas legales imperativas, b) el orden público, y c) las buenas costumbres.

No obstante, existen otras figuras jurídicas que de una manera u otra también limitan el ejercicio de la libertad de contratación. Estas figuras, a nuestro criterio, son: el principio de la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley, el fraude a los acreedores, la inducción a la infracción contractual en el ámbito de la competencia desleal y el valor de transferencia de bienes y la prestación de servicios para efectos del Impuesto a la Renta.

### **4.1 NORMAS LEGALES IMPERATIVAS**

Las normas legales atendiendo a su eficacia pueden clasificarse en imperativas o dispositivas.

Las normas imperativas son aquellas que se imponen a la voluntad de los contratantes, es decir, deben ser acatadas obligatoriamente por los particulares, excluyéndose toda posibilidad de pacto en contrario o sentido distinto al establecido por la norma legal.

Las normas imperativas son normas que ordenan o prohíben conductas. Las normas que imponen una determinada conducta son conocidas como normas legales preceptivas, y las que prohíben conductas son conocidas como normas legales prohibitivas. En todo caso, se trate de normas preceptivas o prohibitivas –ambas imperativas–, estas no podrán ser derogadas por el acuerdo de las partes, ya que son de obligatorio cumplimiento.

En cambio, las normas dispositivas son supletorias de la voluntad de las partes contratantes y, como tal, solamente se aplicarán en ausencia de una declaración contractual. Respecto de estas normas, los contratantes pueden pactar en contrario o en sentido distinto. Figurativamente, las normas dispositivas vendrían a ser como los jugadores suplentes en un partido de fútbol, que siempre están listos para reemplazar a un jugador titular, pero que tal vez no tengan la oportunidad de ingresar al terreno de juego. Lo mismo sucede con las normas dispositivas, que solo se aplicarán a los contratos cuando los contratantes no hayan pactado la solución a un tema concreto, ya que de existir el pacto de las partes, la norma dispositiva no se aplicará a dicho contrato.

La referencia legal a este límite al ejercicio de la libertad de contratación se encuentra en el Código Civil, en los artículos 1354 y 1356, cuyos textos transcribimos:

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

“Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

De acuerdo con el artículo 1354, las personas o, mejor dicho, los contratantes tienen libertad para incorporar en sus contratos las cláusulas, condiciones y términos que deseen, pero siempre que tales acuerdos no sean contrarios a normas legales imperativas. Por lo tanto, si existe una norma que regula una conducta con carácter imperativo –como la norma que establece que es nula la renuncia a la acción por lesión (artículo 1453 del Código Civil)–, los contratantes tienen que pactar conforme lo prescribe la norma, ya que si pactan de forma contraria (renuncian a la acción por lesión) o distinta (establecen condiciones para el ejercicio de la acción por lesión), dicho pacto no será válido por ser contrario a la norma legal imperativa contemplada en el artículo 1453 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1356 precisa que las disposiciones legales sobre contratos son supletorias a la voluntad de los contratantes, pero si se trata de normas imperativas su aplicación primará sobre los acuerdos de las partes.

Determinar si una norma legal es imperativa o dispositiva es de suma importancia. Si el intérprete concluye que una norma es imperativa, los contratantes están obligados a pactar conforme lo establece dicha norma. En cambio, si se establece que la norma es dispositiva, los contratantes pueden pactar en sentido contrario o distinto a lo establecido por ella.

Y ¿cómo saber cuándo una norma es imperativa o dispositiva? ¿Existe alguna regla para su determinación?

No existe una regla legal o criterios para determinar cuándo una norma legal es imperativa o no. La doctrina ha señalado que dentro del texto de una norma legal imperativa, por lo general, se encontrará términos como deben, deberán, no deben, no podrán, tendrán u otras palabras equivalentes. En otros casos, la norma sancionará con nulidad el incumplimiento del mandato legal, utilizándose con frecuencia la fórmula “es nulo” o “bajo sanción de nulidad”.

En principio, parecería simple saber cuándo una norma legal es imperativa o no. Sin embargo, la realidad jurídica nos demuestra que ello no siempre es así. Veamos el caso del artículo 1430 del Código Civil que regula la cláusula resolutoria expresa:

“Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”.

¿La norma contenida en el artículo 1430 es imperativa o dispositiva?

Para la Corte Suprema de la República esta norma es imperativa. En la Sentencia de Casación 982-2003-Lima, la Sala Civil considera que, de acuerdo con el artículo 1354 del Código Civil, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Por su parte, el artículo 1430 prescribe que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida

con toda precisión; y que la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. En relación con el segundo párrafo del artículo 1430, la Sala Civil concluyó que es una norma de carácter imperativo, ya que la resolución operará de pleno derecho cuando se comunique a la parte deudora de dicha decisión mediante comunicación válida.

Por lo tanto, para la Sala Civil, los contratantes no pueden pactar en el contrato que este se resolverá de pleno derecho por el solo incumplimiento, ya que será necesario que se cumpla con comunicar a la parte deudora de que se desea hacer valer la cláusula resolutoria expresa, dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con ese objetivo se estará frente a una resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los contratos, colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad, pues continuará actuando en la creencia de que el contrato aún se encuentra vigente porque el acreedor no ha hecho valer la facultad resolutoria.

En este caso, para la Corte Suprema, el segundo párrafo del artículo 1430 contiene una norma imperativa. Pero ¿existe en el segundo párrafo de dicha norma algún término indicado por la doctrina, como “deben, tienen, tendrán u otro equivalente”? Desde luego que no hay ningún término igual o parecido. Entonces, ¿cómo puede saber con exactitud un operador jurídico (abogado, juez, árbitro, notario, registrador) cuándo una norma es imperativa o dispositiva?

Algunas personas, como las del caso resuelto por la Sala Civil, podrían concluir que la norma del artículo 1430 es dispositiva y por ello pactarán que el contrato se resolverá cuando uno de los contratantes incumpla con sus obligaciones, no siendo necesaria comunicación alguna.

En conclusión, cuando se interprete una norma legal se debe ser muy cauto y prudente, para determinar no solo a partir de un término o palabra si la norma es imperativa o no; sino que, por el contrario, deberá analizarse todo el contenido de la norma, su redacción, sus antecedentes, a fin de concluir si existe implícito un mandato o una prohibición.

## **4.2 ORDEN PÚBLICO**

¿Qué es el orden público? ¿Existe un concepto uniforme sobre el orden público?

No hay un concepto uniforme sobre el orden público. Por el contrario, existen varios y diferentes conceptos.

El profesor Marcial RUBIO CORREA nos dice que el orden público es el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas.

Para Luis Díez-PICAZO, el orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Para Massimo BIANCA, el orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social.

El orden público, según Francesco MESSINEO, es el “conjunto de principios fundamentales y de interés general sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas.

Por su parte, Francesco GALGANO sostiene que el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios éticos fundamentales del ordenamiento.

Henri CAPITANT señala que el orden público es el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares.

Una sentencia de la Corte Suprema también nos ofrece una definición de orden público. La Sentencia de Casación N° 2516-98-San Martín, en su tercer considerando, expresa: “Que el orden público debe entenderse conforme la doctrina imperante a aquella situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas, sin que se produzcan perturbaciones o conflictos; así mismo lo caracteriza el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares”.

Como se aprecia, no existe uniformidad sobre el contenido de la categoría jurídica orden público. Y algunos, como la Corte Suprema en la sentencia referida, confunden orden público con seguridad nacional.

Sin perjuicio de las anteriores definiciones, creemos que el orden público debe ser entendido como el conjunto o conglomerado de normas destinadas a regular las relaciones de los particulares y las relaciones de la sociedad en su conjunto. Son, pues, los principios jurídicos, políticos, económicos, éticos y religiosos, predominantes en una sociedad y que son indispensables para la coexistencia social y pacífica, siendo el Estado el encargado de tutelarlos y defenderlos.

La referencia legal al orden público como uno de los límites a la libertad de contratación la encontramos en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución Política y en el artículo V del título preliminar del Código Civil, cuyos textos transcribimos:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que *no se contravengan leyes de orden público*” (las cursivas son nuestras).

“Artículo V.- *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público* o a las buenas costumbres” (las cursivas son nuestras).

Debemos resaltar el hecho de que el legislador peruano haya incorporado tanto en la Constitución como en el Código Civil al “orden público” como límite al ejercicio de la autonomía privada, pero también debemos manifestar la falta de técnica legislativa, ya que una lectura literal de ambas normas establece que el orden público debería encontrarse en leyes, como el lector puede observar en la parte señalada por nosotros con cursivas en ambos artículos.

Ante ello habría que preguntarse si el orden público tiene que encontrarse regulado o no en normas legales.

De estar contenido en una norma legal, ¿no estaríamos ante normas legales de carácter imperativo? De ser así, normas imperativas y orden público serían sinónimos. Al respecto, CANCINO señala que “la noción ideal de orden público se materializa en normas jurídicas de carácter imperativo o prohibitivo –por lo general–, y resultan en todo caso inderogables”.

Para nosotros, ambas categorías jurídicas, normas legales imperativas y orden público, son figuras distintas, que, desde luego, están vinculadas, ya que el orden público por definición se impone a los individuos de una sociedad. No obstante, el orden público es una categoría jurídica de mayor amplitud que las normas legales imperativas, pues el orden público comprende a los principios jurídicos, políticos, económicos, morales y religiosos, predominantes en una sociedad. El orden público puede comprender a algunas normas legales imperativas, pero no a todas. GALGANO diferencia ambas categorías señalando que el orden público está constituido por aquellas normas imperativas que salvaguardan los principios jurídicos y éticos fundamentales del ordenamiento, a diferencia de las normas simplemente imperativas puestas para tutelar los intereses generales.

Al respecto, Juan ESPINOZA sostiene que “el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público”. Así, por ejemplo, el artículo 1328 del Código Civil dispone que “es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público”, contiene una norma de carácter imperativo. En cambio, el inciso 2 del artículo 242 contiene una norma de orden público, según la cual “no pueden contraer matrimonio entre sí los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados”.

Con un criterio distinto, la Sala Civil de la Corte Suprema, en la Sentencia de Casación 3702-2000-Moquegua, ha señalado que “una norma de orden público es cuando su observancia es obligatoria para todas las personas, y se diferencia de las normas imperativas, que son normas de observancia obligatoria solo para todas las personas que se encuentran dentro de supuesto de hecho de tales normas; en tal sentido las normas de derecho de familia, y en particular las normas referidas al régimen patrimonial del matrimonio no son normas de orden público, sino normas imperativas, porque solo son obligatorias para aquellas personas que se encuentren dentro de una relación jurídica matrimonial”.

Nuestro parecer es que el orden público no tiene que estar contemplado en normas legales, aunque en algunos casos así suceda. En líneas

generales, el orden público no tiene que materializarse en normas legales, ya que, por ejemplo, los principios no se encuentran en normas, sino que subyacen en todo el sistema jurídico, son los cimientos sobre los que ha construido el ordenamiento jurídico de un país.

Luego de estas precisiones es necesario manifestar que en una futura reforma de la Constitución Política y del Código Civil deberían eliminarse, respectivamente, las referencias “no se contravengan leyes de orden público” o “las normas legales que interesen al orden público”, y prescribir simple y sencillamente que “toda persona tiene derecho a contratar libremente siempre que no se atente contra el orden público, las buenas costumbres o las normas legales de carácter imperativo”.

### **4.3 BUENAS COSTUMBRES**

El maestro José LEÓN BARANDIARÁN declaró: “Le atribuyo a las buenas costumbres el significado de elementos existenciales acordes con la moral, pero entendida como una moral social”.

Las buenas costumbres están referidas a la moral social. Las buenas costumbres no pueden identificarse con la moral de cada individuo, a lo que es bueno o malo para un determinado sujeto, sino a la conducta aceptada como “normal” en una determinada sociedad.

Las buenas costumbres son el conjunto de convicciones de ética social imperantes en una sociedad, en un determinado momento histórico y en un lugar geográfico específico. Desde luego, estas convicciones deben ser aceptadas por los miembros de la sociedad, para apreciar la conducta humana de manera arquetípica.

Según el profesor Fernando VIDAL RAMÍREZ, “las buenas costumbres sirven para prohibir conductas que le son contrarias o para producir rechazo en cuanto un hecho o una situación jurídica no guarde la debida correlación con ellas”.

Por todo ello, debe existir conformidad entre la conducta de los hombres, entre los contratos que celebran y la moral social.

Pero la moral es cambiante de acuerdo con los convencionalismos sociales. La sociedad evoluciona y se transforma, y, como consecuencia de ello, como diría KUHN, los paradigmas vigentes en un momento son

sustituidos por otros. Por lo tanto, la apreciación de cuando un acto o negocio jurídico es contrario a las buenas costumbres, quedará librada al arbitrio razonado del juez.

La referencia legal a las buenas costumbres la encontramos en el artículo V del título preliminar del Código Civil de la siguiente manera:

“Artículo V.- *Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres*” (las cursivas son nuestras).

Nótese que el legislador ha establecido que los actos jurídicos son nulos cuando contravienen leyes que interesan a las buenas costumbres. Desde luego que esta redacción es impropia, por decir lo menos, ya que las buenas costumbres no se encuentran codificadas, es decir, no están contenidas en preceptos legales. A decir de Marcial RUBIO CORREA, “las buenas costumbres adquieren autonomía formativa y no será necesario que se hallen recogidas expresamente en la legislación”.

Por consiguiente, una interpretación adecuada de esta norma debe ser que los contratos contrarios a las buenas costumbres son nulos.

Las buenas costumbres también constituyen como un límite al ejercicio de la libertad de contratación. Así, las personas no pueden celebrar contratos que atenten contra las buenas costumbres de la sociedad o simplemente las alteren. Del mismo modo, los contratantes tampoco podrán incluir pactos o condiciones que atenten la moral social o buenas costumbres.

Un interesante caso sobre la forma cómo la Corte Suprema ha concebido las buenas costumbres puede encontrarse en la Sentencia de Casación 1104-00-Lima. El caso se origina en el reclamo que presentó Nilda Morón Silva, usuaria del servicio de telefonía fija, por el cobro de llamadas a la serie 0-808, línea para adultos, también conocidas como servicio *hot line*, que según manifestó no había realizado. Habiendo sido desestimado el reclamo tanto por Telefónica del Perú S. A. como por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel), y habiéndose agotado la vía administrativa, Morón Silva acudió ante el Poder Judicial para interponer la respectiva acción contenciosa administrativa.

La Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema, en la acción contenciosa administrativa seguida por Nilda Morón Silva contra el Osiptel y otros, consideró que “el usuario, en principio, solicita el

servicio telefónico para su uso y el de su familia, para su desarrollo social, económico, laboral y cultural por medio de la comunicación; no para realizar comunicaciones telefónicas libidinosas promovidas por industrias o empresas que fomentan la deformación de la conducta sexual, afectando a la niñez, la juventud y la familia [...]; por lo tanto ‘no resulta, válidamente exigible el pago por el consumo de un servicio no solicitado por la demandante, más aún, si resulta que atenta contra la moral y las buenas costumbres; en consecuencia, los consumos que se imputan efectuados por la actora por llamadas a la serie 0-808 (línea para adultos) son inexigibles por la concesionaria de telefonía’”.

En otros fundamentos, la Corte Suprema expresa que “la moral y las buenas costumbres constituyen la base de todo derecho; nuestro sistema jurídico obedeciendo a este principio rechaza la inmoralidad y las malas costumbres; nadie puede beneficiarse a costa de la degradación moral y el envilecimiento de las costumbres de un pueblo”, por consiguiente, “está prohibido celebrar contratos que afecten al orden público, vale decir, que contravengan la moral y las buenas costumbres”.

Resulta muy ilustrativo el presente caso, más aún cuando no existen casos sobre nulidad de actos o contratos contrarios a las buenas costumbres. En el presente caso, la Sala Constitucional consideró contrario a las buenas costumbres el servicio de llamadas eróticas.

Por otro lado, si las buenas costumbres son un conjunto de convicciones y principios éticos, no deben estar comprendidas dentro de la categoría genérica de orden público, ya que este se encuentra conformado por los principios jurídicos, políticos, económicos, éticos, morales y religiosos.

Al respecto, diremos que el orden público es una categoría genérica que comprende tanto a las buenas costumbres como a las normas imperativas, y que bastaría referirse únicamente al orden público como único supuesto limitativo de la autonomía privada; sin embargo, considero que se debe seguir manteniendo los supuestos específicos, buenas costumbres y normas imperativas, como límites a la autonomía privada en razón de que constituyen categorías jurídicas con características propias y que si bien se encuentran comprendidas dentro del concepto genérico de orden público, son de gran utilidad en el ejercicio profesional para el operador jurídico.

## 4.4 PRINCIPIO DE LA BUENA FE

La buena fe es un principio general que impone a las personas el deber de actuar conforme a Derecho.

Para Fernando VIDAL, “el principio de buena fe impone una limitación que radica en consideración de orden ético en base a un estándar jurídico sustentado en el consenso social en cuanto a lo justo, lo correcto, lo honesto”.

Para la jueza Roxana JIMÉNEZ, la buena fe es un principio general del Derecho y “constituye una vía de comunicación del Derecho con la moral social y con la ética, y esto enfatiza su predominante connotación ética, lo cual supone la canalización del Derecho hacia sus metas más puras”.

Como advierte la doctora Roxana JIMÉNEZ, “la doctrina se inclina mayoritariamente a subdividir a la buena fe en dos grandes tipos o categorías: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva; empero, la mayor parte de los autores no son claros en delinear o determinar si ambas clases o tipos de buena fe constituyen las dos caras de la misma moneda o si se trata de dos conceptos distintos e independientes entre sí. Por su parte, los Códigos civiles también recogen a la buena fe en ambas vertientes sin que de sus normas se desprenda la interrelación entre ambos “tipos” de buena fe. Así, ella es a veces considerada un deber y en otras ocasiones un requisito para adquirir o conservar un derecho. Cuando se trata de deberes, es de aplicación el estándar o patrón objetivo de medición. De ahí el deber de celebrar contratos según las reglas de la buena fe. *Contrario sensu*, el criterio subjetivo de la buena fe se aplicará cuando se trata de derechos, como en el caso del poseedor ilegítimo que por haber actuado de buena fe puede hacer suyos los frutos”.

“Si bien ambas ‘categorías’ de buena fe son distintas y se manifiestan en normas diferentes –según la doctora JIMÉNEZ–, tienen una base o raíz común, que es la unidad de esencia, su fundamento ético. *Es la convicción de actuar conforme a Derecho*. A partir de esta comprensión amplia del principio y sus alcances éticos, pueden derivarse bifurcaciones o especialidades, pero con un tronco común”.

En el ámbito contractual, la buena fe es el deber jurídico que tienen todas las personas-contratantes de comportarse leal y honestamente durante todas las etapas de la contratación. En consecuencia, las personas

tienen el deber jurídico de comportarse leal y honestamente durante las negociaciones o tratativas previas, al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico y durante la ejecución del contrato que comprende el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada contratante. En todo este proceso los contratantes deben observar el comportamiento propio de un buen contratante.

Para Manuel DE LA PUENTE, “la buena fe se introduce por integración en cada contrato, tal cual si fuera una estipulación del mismo”.

La referencia legal a la buena fe en materia contractual la encontramos en el artículo 1362 del Código Civil, que dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

En consecuencia, la buena fe también es una limitación al ejercicio de la libertad de contratación, ya que nadie puede contratar con engaños, abusando de su posición contractual para incorporar términos y condiciones abusivas, como usualmente sucede en los contratos predispuestos, donde las cláusulas son elaboradas exclusivamente por uno de los contratantes.

Un juez –según palabras del gran jurista argentino Guillermo A. BORDA–, al dirimir una controversia, debe preguntarse qué significado hubiera atribuido a tal o cual declaración contractual una persona honorable y correcta.

## **4.5 ABUSO DEL DERECHO**

Los actos y contratos realizados en ejercicio de un derecho subjetivo son, en principio, actos lícitos. El abuso del derecho, o más propiamente de un derecho, se presenta cuando, existiendo un derecho subjetivo, su titular lo ejercita en forma excesiva, irregular, desconsiderada, anormal y hasta antisocial. Según, Fernando Vidal, “el titular tiene derecho, pero lo ejercita desmedidamente, lo que hace que su ejercicio sea también contrario al principio de la buena fe”.

Siguiendo al maestro Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, “el abuso del derecho consiste en una conducta que, sustentándose en un derecho subjetivo, se convierte en antisocial al transgredir en su ejercicio, o a través de su omisión, un genérico deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad”.

El abuso del derecho, según nuestra jurisprudencia, se presenta “cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, existe un exceso que provoca una desarmonía social, y por ende una situación de injusticia”.

El artículo II del título preliminar del Código Civil dispone que “la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho y que cuando una persona demande la indemnización por el daño causado u otra pretensión, también puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

Es sabido que la libertad de contratación es un derecho de toda persona. Sin embargo, este derecho no puede ejercitarse abusivamente. Tiene que ejercerse con responsabilidad, prudencia y seriedad, respetando los derechos de los demás.

Una forma de abusar del derecho a contratar puede encontrarse en los establecimientos al público que, bajo el pretexto de la fórmula “la casa se reserva el derecho de admisión”, no contratan con personas de determinadas características raciales y/o culturales. Según nuestro parecer, si bien esta empresa o local comercial tiene la libertad de contratar a quien desee, este derecho no puede ejercerlo abusivamente, sin un interés legítimo, con ausencia de seriedad.

El maestro Jorge MOSSET ITURRASPE, refiriéndose al abuso del derecho en la ejecución de un contrato, señaló: “Es innegable que los contratos se hacen para ser cumplidos y que razones muy poderosas, jurídicas y morales avalan el cumplimiento de la palabra empeñada; pero esta fuerza vinculatoria, que la norma compara a la fuerza de la misma ley, no debe hacernos perder de vista el fin de la institución: la satisfacción de las necesidades humanas. No debe alejarnos de la idea de contrato como medio para composición o conciliación de intereses contrapuestos. Y, por sobre todo, del equilibrio que debe mediar entre prestación y contraprestación. Si el derecho subjetivo emergente es ejercido por su titular sin un verdadero interés; si en su actuación prima la intención de perjudicar sobre el beneficio que puede lograrse; o si entre los varios senderos que se abren al sujeto activo de la relación se opta por aquel que más detrimento causará al sujeto pasivo; o si la actuación deja de ser razonable para volverse arbitraria y caprichosa o repugnante al sentimiento moral; o si contraría el fin que verosímelmente se proponen las partes, el ejercicio se torna abusivo. Conducta como la descrita se plantea

en la realidad del tráfico jurídico con bastante frecuencia. Reparemos en el requerimiento que el acreedor dirige al deudor, sobre el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación nacida del contrato; cuántas veces esa interpelación se realiza con olvido de un requisito básico, cómo es que el requerimiento sea ‘circunstanciado’, y busca tan solo sorprender o desubicar al deudor; con qué frecuencia se torna en formulismo vacío al dejar de lado toda posibilidad o factibilidad en el cumplimiento. Y el abuso que denunciamos en la pretensión de situar o colocar en mora es extensivo al ejercicio por el acreedor de los medios compulsivos”.

Hace poco fui consultado sobre el siguiente caso: una persona que se encontraba laborando en la empresa “X” recibe una propuesta de trabajo de la empresa “Y”. Inmediatamente comunica este hecho a su empleador y le dice que esa propuesta le conviene y le agradece por el trabajo que le ofrecieron en su oportunidad. Cabe precisar que este trabajador no era indispensable, es decir, podía ser reemplazado rápidamente o hasta cubierto por sus compañeros como era costumbre cuando alguno salía de vacaciones o se enfermaba.

Según la Ley Laboral (artículo 18 del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), “en caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día”.

Lo que el trabajador solicitó verbalmente y por escrito a su empleador era que se le exonere de los 30 días para retirarse de la empresa, a lo cual el empleador se negó mediante carta notarial dentro del plazo de ley, por lo que el trabajador debía permanecer 30 días en la empresa, de lo contrario su inasistencia sería considerada como falta grave y, por ende, causal de despido. En la misma carta el empleador le manifestaba al trabajador que si no continuaba laborando iba a causarle daños y que lo podría demandar por los daños y perjuicios. Como se podía desprender de los documentos y los hechos, nos encontrábamos ante una evidente amenaza: si no vienes a trabajar, te despido y luego te demando por daños y perjuicios. Según el trabajador las razones solo eran simples envidias.

Sin duda, el empleador estaba en todo su derecho de rechazar el pedido del trabajador de exonerarlo de los 30 días de anticipación para renunciar

a su centro de trabajo, pero ¿acaso no estamos ante un supuesto de abuso del derecho de parte del empleador? No existía, por lo menos los hechos así lo demostraban, un ejercicio serio, regular, normal, razonado; sino, por el contrario, un ejercicio abusivo, caprichoso, antisocial, irregular.

## 4.6 FRAUDE A LA LEY

En el Digesto (1, 3, 29) encontramos el siguiente texto de Paulo: “*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* [Obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido]”.

El fraude a la ley puede definirse como el acto que origina un resultado contrario o distinto a los supuestos de una norma jurídica (norma defraudada), amparado en otra norma jurídica dictada para regular otros supuestos (norma de cobertura).

Como enfatiza el profesor Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA, mediante el fraude a la ley “se logra clandestinamente un resultado censurado, burlando así la ley originaria”.

El fraude a la ley no se encuentra regulado en forma explícita en el Código Civil peruano. No obstante, debemos agregar que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Uruguay, 1979) debidamente ratificada por el Perú el 9 de abril de 1980 establece en su artículo 6, que no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte, quedando a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

En el Derecho Internacional se encuentra consagrada la figura del fraude a la ley, aún antes de la vigencia del Código Civil de 1984.

Del mismo modo, el artículo 77, inciso d, del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR), establece que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

En la actualidad, la Comisión de Reforma del Código Civil, presidida por el maestro Jorge AVENDAÑO, ha aprobado la inclusión del instituto del fraude a la ley en el título preliminar y en las normas de derecho internacional privado del Código Civil con los siguientes textos:

“Artículo IX.- Fraude a la ley Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo, salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir”.

“Artículo 2049-A.- Fraude a la ley peruana

No producen efectos en el Perú las situaciones o relaciones jurídicas creadas de conformidad con un derecho extranjero cuya aplicación haya sido provocada a fin de eludir fraudulentamente la ley peruana. El fraude a la ley puede ser invocado solo por el perjudicado”.

Si bien las sanciones que la Comisión propone para el fraude a la ley, en el derecho civil interno y en el derecho internacional privado son distintas, debemos señalar que en ambos casos el fraude a la ley “supone la utilización de medios para obtener resultados contrarios al espíritu y finalidad de la ley”.

El instituto del fraude a la ley contempla una abundante jurisprudencia en el derecho internacional. Un supuesto del fraude a la ley “consiste en que una persona, fraudulentamente, consigue colocarse en una situación tal que puede invocar las ventajas de una ley extranjera, a la que, normalmente, no podía recurrir”.

En el ámbito contractual encontramos el siguiente caso de fraude a la ley: por un lado, el artículo 882 del Código Civil establece que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita, en consecuencia, en un contrato de hipoteca, un banco no podría incorporar una cláusula prohibiendo al deudor que disponga o hipoteque nuevamente el bien inmueble otorgado en garantía hipotecaria, ya que dicha cláusula sería nula. Por otro lado, el Código Civil permite a las partes pactar e insertar cláusulas resolutorias expresas en sus contratos con la finalidad de resolver extrajudicialmente la relación contractual cuando se incumpla determinada obligación prevista por los contratantes. Así, el artículo 1430 del Código Civil dispone que los

contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. Amparados en esta norma (artículo 1430), algunos contratantes pactan que, si el deudor hipotecario vende o hipoteca el bien sin autorización expresa del banco, el contrato quedará resuelto de pleno derecho de conformidad con el artículo 1430.

Frente a este caso, debemos preguntarnos si el pacto contractual de resolver el contrato por vender o gravar el bien sin autorización del banco es válido o, por el contrario, estaríamos ante un caso de fraude a la ley, ya que el banco está obteniendo un resultado contrario al artículo 882, amparándose en el supuesto formativo del artículo 1430.

Personalmente, creo que nos encontramos ante un caso de fraude a la ley. Por lo tanto, los efectos del acto fraudulento deberían ser, por un lado, sancionar con nulidad el acto fraudulento y, por otro, aplicar la norma legal que se eludió, vale decir, el artículo 882, con lo cual el pacto de prohibir vender o gravar es nulo.

Aunque el contratante beneficiado (banco) trate de alegar la libertad contractual materializada en el pacto expreso de resolver extrajudicialmente el contrato, mediante el fraude a la ley se estaría imponiendo limitaciones al pacto de las cláusulas resolutorias, lo cual determina a su vez un claro límite a la libertad contractual de los particulares.

Del mismo modo, no será válido que el banco pretenda alegar la norma constitucional que dice: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2, inciso 23), ya que en este caso sí está prohibido prohibir, es decir, no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar.

Otro caso que resulta interesante para comprender mejor la figura del fraude a la ley fue resuelto por el Tribunal Constitucional en el Exp. 1397-2001-AA/TC.

El caso es el siguiente: los demandantes, Ángel de la Cruz Pomasoncco, Judith Mary Guillén Velásquez, Edgar Andrés Mendieta Callirgos, Bertta Luz Vargas Pérez, Néstor Vásquez Ayala y Zarita Chancos Mendoza, alegan que celebraron sucesivos contratos de prestación de servicios personales, a plazo fijo y sujetos a modalidad, con la Entidad Prestadora

de Servicios de Saneamiento de Ayacucho S. A. (Epsasa). Sin embargo, a pesar de haber suscrito diversos contratos de trabajo sujetos a modalidad, los trabajadores realizaban labores de naturaleza permanente, existiendo, por consiguiente, simulación o fraude a las normas laborales por parte de la demandada, lo que supone que, en aplicación del artículo 77, inciso d, del TUO del Decreto Legislativo N° 728, sus contratos debieron considerarse como de duración indeterminada, por lo cual no podían ser despedidos sino por causa justa.

El gerente general de Epsasa contesta la demanda negando y contradiciéndola, fundamentalmente por considerar que su representada tiene la facultad para rescindir el contrato a su vencimiento. Agrega que los contratos se celebraron con el acuerdo voluntario de aceptar cada una de las cláusulas, entre ellas, la de vigencia.

El Tribunal Constitucional, sobre la base del principio de causalidad, sostiene que la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, debe existir una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada.

Dentro de dicho contexto, los contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.

Agrega el Tribunal que, conforme al artículo 77 de la norma laboral, los contratos sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato que suscribió se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales, situación que se verifica cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula

las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad.

Estando plenamente acreditada la naturaleza permanente y ordinaria de las actividades realizadas y los cargos ocupados por los demandantes durante la vigencia de la relación laboral, situación que, incluso, ha sido corroborada por la autoridad administrativa de trabajo y por el propio tenor de los contratos que no han cumplido con consignar de manera expresa las causas objetivas determinantes de la contratación.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional asevera que la empresa demandada “simuló necesidades temporales para suscribir contratos de trabajo sujetos a modalidad, con el fin de evadir las normas laborales que obligaban a una contratación por tiempo indeterminado”.

Por consiguiente, detectado el despido arbitrario, tras haberse comprobado la distorsión en la utilización del artículo 77, inciso d, del TUO del Decreto Legislativo N° 728, resulta evidente que si los demandantes acuden a la vía del amparo constitucional, no es con el propósito de que se disponga su indemnización, sino con la finalidad concreta, por lo demás claramente expresada en el petitório de la demanda, de ser restituidos en sus puestos de trabajo.

El Tribunal Constitucional revocó la apelada que declaró improcedente la acción de amparo y, reformándola, la declaró fundada, ordenando que la demandada reponga a los demandantes en sus puestos de trabajo.

## **4.7 FRAUDE A LOS ACREEDORES**

Francesco MESSINEO sostiene que se produce fraude a los acreedores cuando una persona enajena sus bienes con la finalidad de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores.

Según el maestro José LEON BARANDIARÁN, el fraude consiste en la conciencia que tenga el deudor del perjuicio que causará al acreedor.

Por su parte, Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA señala que se trata de un comportamiento impropio o imperfecto del deudor. Para este autor, el “comportamiento se traduce en un acto jurídico estructural y formalmente perfecto, de contenido patrimonial, mediante el cual el deudor, a sabiendas o no, midiendo las posibles consecuencias de su conducta, crea las condiciones para frustrar la posibilidad de que su acreedor pueda satisfacer

su crédito mediante la ejecución de sus bienes conocidos, que quedarían total o parcialmente fuera del alcance del acreedor”.

En esta línea, nuestro Código Civil prescribe:

“Artículo 195.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1) Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2) Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito”.

El fraude a los acreedores mediante la celebración de actos o negocios jurídicos consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito, que realiza el deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlos haciéndose pago con dichos bienes, en la renuncia de derechos o en la constitución de garantías en favor de un acreedor de otro deudor o constituyéndolas por deudas ajenas teniendo deudas propias.

El fraude a los acreedores se diferencia del fraude a la ley, ya que en esta última puede o no haber un perjuicio para terceros. En cambio, la existencia de un perjuicio para los acreedores es una característica esencial en el fraude a los acreedores.

El fraude a los acreedores se realiza mediante un acto jurídico real y verdadero, y cuyos efectos son queridos por el deudor.

Frente a tales actos fraudulentos, el derecho pretoriano instituyó la acción pauliana como un remedio en favor del acreedor, para que este pueda solicitar la ineficacia de los actos o negocios jurídicos respecto de él.

Consideramos que la sanción prevista por el legislador peruano, es decir, la ineficacia del acto jurídico respecto del acreedor, no es la más idónea, ya que la sanción correcta es la inoponibilidad.

En suma, todo deudor que pretenda disponer o gravar sus bienes, basándose en su libertad de contratación, debe tener en cuenta que tales actos serán ineficaces (entiéndase inoponibles) si perjudican los derechos de crédito de su acreedor.

#### **4.8 COMPETENCIA DESLEAL MEDIANTE LA INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL**

“Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben de regir en las actividades económicas”<sup>5</sup>.

Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, ya que es suficiente probar el perjuicio potencial e ilícito (daño concurrencial lícito) al competidor, a los consumidores o al orden público.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley N° 26122) contempla los siguientes actos de competencia desleal:

- Infracciones a la cláusula general.

---

<sup>5</sup> Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad (Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI).

- Actos de confusión.
- Actos de engaño.
- Actos prohibidos respecto a la procedencia geográfica.
- Actos de denigración.
- Actos de comparación.
- Actos de imitación.
- Actos de explotación de la reputación ajena.
- Actos de violación de secretos.
- Actos de inducción a la infracción contractual.
- Actos de violación de normas.
- Actos de discriminación.
- Actos de copia o reproducción no autorizada.

El supuesto de competencia desleal que nos interesa en el presente trabajo es el acto de inducción a la infracción contractual que se encuentra regulado en la ley de la siguiente manera:

“Artículo 16.- Inducción a la infracción contractual.- Se considera desleal:

a) La interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a estos a infringir las obligaciones que han contraído.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo anterior, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto básico del mismo.

Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga

por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas”.

Respecto a este supuesto de competencia desleal, el INDECOPI, a través de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, considera que es sancionable la conducta del agente que “consiste en el ejercicio de influencia sobre otra persona conscientemente encaminada y objetivamente inadecuada para moverla a infringir deberes básicos derivados de una relación jurídico-contractual eficaz. La calificación de una conducta como inducción contractual solo está condicionada al desarrollo de un comportamiento idóneo para provocar la decisión de infringir deberes contractuales básicos, conducta que deberá ser valorada según los medios empleados para incitar a infringir”.

“El supuesto de la norma, dice el INDECOPI, es aplicable a cualquier relación contractual, como los contratos de trabajo, distribución, concesión, agencia, franquicia, locación de servicios y obra, entre otros, y no implica que el infractor fomente la terminación de la relación contractual sino basta que logre el incumplimiento de algunas de las obligaciones asumidas por las partes. En el caso de un contrato de trabajo, por ejemplo, no se requiere la renuncia de los trabajadores a su puesto de trabajo, bastando que se constate el desarrollo de conductas cuyo propósito es inducir a un trabajador al incumplimiento de deberes u obligaciones contractuales básicos (como los horarios, el rendimiento, entre otros), a fin de lograr una ventaja competitiva, y no necesariamente la terminación de una relación contractual.

Para la aplicación del presente supuesto, se requiere que se encuentre vigente la relación contractual entre el competidor presuntamente perjudicado por el acto de competencia desleal y la persona que es inducida a incumplir sus obligaciones, en el momento en que se producen los actos de inducción y que dicha relación contractual se mantenga vigente una vez que han cesado los actos indicados”.

El segundo supuesto que contempla el artículo 16:

“Considera desleal la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya

acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

Para que se configure la conducta desleal, según el INDECOPI, deberá acreditarse, en cada caso, los siguientes supuestos: i) la existencia de un contrato entre el competidor presuntamente afectado y el trabajador, proveedor o distribuidor al que indujo a terminar regularmente la relación contractual; ii) la realización de una actividad inductora por parte de los presuntos infractores para que el trabajador, proveedor o distribuidor termine la obligación que mantiene con un competidor; y iii) la realización de la inducción al trabajador, proveedor o distribuidor para que termine el contrato con el presunto afectado, con la intención de aprovecharse de un secreto comercial, o usando el engaño para la inducción, o realizándola con el fin de eliminar al competidor del mercado o, ejercitando otras prácticas similares a las señaladas anteriormente”.

La Comisión de Competencia Desleal del Indecopi declaró fundada la denuncia que por la realización de estos actos presentó una empresa comercializadora de teléfonos monederos contra un competidor que remitió cartas a los clientes de la denunciante, requiriéndolos para que devolvieran los aparatos telefónicos aduciendo que necesitaban contar con una concesión otorgada por el Estado para instalar un equipo de esas características e indicándoles que, en caso de que no devolvieran dichos equipos, serían sancionados por los supuestos actos ilícitos que estarían realizando. En este caso se determinó que, de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, para instalar un equipo de esta naturaleza no se requería contar con una concesión o autorización previa otorgada por el Estado, por lo que la Comisión concluyó que la denunciada había inducido a los clientes de la denunciante a terminar sus contratos mediante la difusión de afirmaciones engañosas y con la finalidad de eliminar a dicha empresa del mercado.

La interpretación correcta de esta norma debe realizarse en concordancia con el derecho constitucional a la libertad de contratación (inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú), ya que no toda inducción a la terminación regular de la relación contractual constituye per se una infracción a las normas de Represión de la Competencia Desleal. Así, por ejemplo, “el retiro libre y voluntario de los trabajadores debido a ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible en un mercado competitivo, donde las empresas no solo compiten para captar más clientela, sino también para contar con los mejores trabajadores”.

En definitiva, la libertad de contratación no puede ejercerse con la finalidad de perjudicar a sus competidores induciendo a sus trabajadores a incumplir con sus contratos.

#### **4.9 VALOR DE TRANSFERENCIA DE BIENES Y SERVICIOS PARA EFECTOS DEL IMPUESTO A LA RENTA**

El artículo 32 de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto Legislativo N° 774, refundido en el TUO-Decreto Supremo N° 054-99-EF) dispone:

“Artículo 32.- En los casos de ventas, aportes de bienes y demás transferencias de propiedad a cualquier título, así como prestación de servicios y cualquier otro tipo de transacción, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto, será el de mercado. Si el valor asignado difiere del de mercado, sea por sobrevaluación o subvaluación, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Para los efectos de la presente Ley se considera valor de mercado:

1) Para las existencias, el que normalmente se obtiene en las operaciones onerosas que la empresa realiza con terceros. En su defecto, se considerará el valor que se obtenga en una operación entre partes independientes en condiciones iguales y similares.

2) Para los valores, cuando se coticen en el mercado bursátil, será el precio de dicho mercado; en caso contrario, su valor se determinará de acuerdo a las normas que señale el Reglamento.

Tratándose de valores transados en bolsas de productos, el valor de mercado será aquel en el que se concreten las negociaciones realizadas en rueda de bolsa.

3) Para los bienes de activo fijo, cuando se trate de bienes respecto de los cuales se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el que corresponda a dichas transacciones; cuando se trate de bienes respecto de los cuales no se realicen transacciones frecuentes en el mercado, será el valor de tasación.

4) Para las transacciones entre partes vinculadas o que se realicen desde, hacia o a través de países o territorios de baja o nula imposición, los

precios y monto de las contraprestaciones que hubieran sido acordados con o entre partes independientes en transacciones comparables, en condiciones iguales o similares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32-A.

Lo dispuesto en el presente artículo también será de aplicación para el Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, salvo para la determinación del saldo a favor materia de devolución o compensación.

Mediante decreto supremo se podrá establecer el valor de mercado para la transferencia de bienes y servicios distintos a los mencionados en el presente artículo”.

En lo concerniente a los límites a la libertad de contratación, podemos decir que cuando se transfiere la propiedad o se presten servicios, el valor asignado a los bienes, servicios y demás prestaciones, para efectos del Impuesto a la Renta, será el valor de mercado; y si el valor pactado por los contratantes difiere del valor de mercado, ya sea por sobrevaluación o subvaluación, la Sunat procederá a ajustarlo tanto para el adquirente como para el transferente.

Por tanto, los contratantes deben tener en cuenta el valor de mercado de los bienes y servicios que deseen transferir.

Nótese que hay una seria interferencia, para efectos fiscales, en el contenido del contrato.

## **5. CONTRATOS FORZOSOS**

El profesor chileno Jorge LÓPEZ SANTA-MARÍA señala que el contrato forzoso es aquel que el legislador obliga a celebrar o da por celebrado. El contrato forzoso es la imposición de relaciones obligacionales de carácter privado entre particulares por mandato legal.

Estos contratos también son conocidos como contratos dictados, por ser una coacción de la autoridad, contratos impuestos, contratos necesarios, contratos imperativos, etcétera.

El maestro Guillermo A. BORDA precisa que los contratos forzosos son la expresión extrema del dirigismo contractual, preguntándose en forma irónica: ¿cómo puede hablarse de consentimiento cuando la ley obliga a vincularse jurídicamente con otras personas, en contra de la voluntad

del interesado? Evidentemente, en estos casos, no pueda existir libertad de contratación y menos consentimiento contractual.

Jorge LÓPEZ SANTA-MARÍA ha clasificado a los contratos forzosos en contratos forzosos ortodoxos y contratos forzosos heterodoxos. En los primeros, interviene un mandato de autoridad de celebrar el contrato. Quien está obligado a contratar puede elegir a la otra parte y discutir con ella las cláusulas del negocio. La libertad contractual subsiste, pero lo que se ha impuesto es la libertad de contratar. A este hecho, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE lo denomina: “obligación legal de contratar”.

El contrato forzoso heterodoxo se caracteriza por la pérdida completa de la libertad contractual. En estos contratos el legislador constituye o impone el acto de contrato de un solo golpe. Tanto el vínculo jurídico, como las partes y el contenido de contrato vienen determinados heterónomamente por un acto único del Poder Público.

Como ejemplos de contratos forzosos encontramos la obligación de contratar seguros contra incendios en los edificios, seguros de desgravamen en los contratos de préstamo bancario, entre otros.

Por lo general, estos contratos sirven al logro del bien común, entendido este como el bienestar de uno y el de todos, al logro de un interés público.

Un ejemplo de contrato forzoso es el Seguro Obligatorio para Accidentes de Tránsito (SOAT), regulado por el TUO del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito<sup>6</sup>.

Este seguro obligatorio cubre los riesgos de muerte o lesiones físicas que sufran las personas como consecuencia de un accidente de tránsito en el que participe el vehículo asegurado, sean las víctimas ocupantes o no ocupantes del vehículo.

Según la ley, todo vehículo automotor que circule en el territorio peruano debe contar con una póliza vigente de SOAT. La obligación de contratar el SOAT recaerá sobre el propietario del vehículo automotor o el prestador del servicio de transporte. Para tal fin, la ley presume como propietario a la persona cuyo nombre aparezca inscrito en la tarjeta de

---

<sup>6</sup> Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, publicado el 14 de junio de 2002. Cabe agregar que anteriormente el artículo 30 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley N° 27181 del 8 de octubre de 1999) ya se refería a un seguro obligatorio.

identificación vehicular o tarjeta de propiedad del vehículo expedido por el Registro de Propiedad Vehicular.

Las pólizas o contratos del SOAT serán emitidos en forma independiente de cualquier otra póliza y tendrán una vigencia anual. En el certificado de SOAT deberá constar la individualización del vehículo, el nombre del contratante del seguro, el nombre de la compañía de seguros, el número de la póliza, el inicio y término de vigencia del seguro, el monto de la prima y la firma de un apoderado de la compañía de seguros que haya emitido el documento. El referido certificado será considerado como prueba suficiente de la existencia del contrato del SOAT.

El incumplimiento de la obligación de contar y mantener el SOAT vigente inhabilita al vehículo automotor para transitar por cualquier vía pública terrestre del país, debiendo la Policía Nacional del Perú retener el vehículo, impedir su circulación e internarlo en el depósito oficial de rodaje hasta que se acredite la contratación del seguro correspondiente, independientemente de la sanción administrativa a que hubiere lugar.

El SOAT es un seguro automático. Es suficiente que la víctima acredite los daños sufridos para que la empresa aseguradora cumpla con pagarle la prima correspondiente según el daño sufrido y de acuerdo con las tablas fijadas por la ley. Luego, la empresa aseguradora ejercerá su derecho de exigir su reembolso al verdadero responsable.

Otro caso, muy discutido y que aún no es norma legal vigente, lo constituye el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Médica. El Proyecto de Ley N° 13449, presentado por el congresista Natale AMPRIMO PLÁ, propone garantizar el derecho del paciente a obtener una indemnización del profesional de la salud que en el ejercicio de su profesión, pudiera haberle causado daños por error, negligencia, impericia u omisión. En tal sentido, la iniciativa legislativa obliga a todos los que desempeñan actividades profesionales propias de la medicina a contratar un “seguro obligatorio por responsabilidad en el ejercicio profesional”.

Cabe precisar que no es el único proyecto de ley que regula un contrato forzoso, también existe otro proyecto similar denominado “Ley que Obliga a la Contratación de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Previa a una Intervención Quirúrgica”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Compárese el Proyecto de Ley N° 08500, presentado por el congresista Jorge MERA RAMÍREZ.

Por último, existe el proyecto de ley que pretende obligar a los propietarios de inmuebles urbanos a contratar seguros contra incendios<sup>8</sup>.

## **6. CONTRATOS PREDISPUESTOS O ESTANDARIZADOS**

La libertad de contratación es un derecho y no una obligación, y las personas tienen la facultad de ejercer o no este poder jurídico que el Estado les ha conferido. Por lo tanto, cada persona decide si lo ejerce o no.

Sin perjuicio de lo enunciado, existen determinadas situaciones jurídicas en las que el ejercicio de la autonomía privada, a través de la libertad de contratar o la libertad contractual, se encuentra seriamente limitada (aunque propiamente deberíamos decir que se encuentra ausente). Esto sucede en la denominada contratación predispuesta, concretamente, en los contratos celebrados por adhesión o en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación, que, en conjunto, podríamos calificarlos como contratos predispuestos.

Los contratos predispuestos son aquellos en los cuales una de las partes contratantes predispone y redacta, íntegra o parcialmente, el contenido del contrato y el otro contratante únicamente se adhiere y acepta las condiciones sin posibilidad de discutirlos.

En estos contratos, el contratante que se adhiere tiene la alternativa de contratar o no, de tomar o dejar el contrato, de aceptar o rechazar las condiciones.

Sabemos que la libertad de contratación se ejerce mediante dos clases de libertades: la libertad de contratar y la libertad contractual. Mediante la primera, las personas deciden si contratan o no, y sobre la base de la segunda, los contratantes determinan libremente el contenido de los contratos.

En los contratos predispuestos la libertad de contratación se encuentra ausente o reducida a su mínima expresión, ya que en la mayoría de casos las personas contratan porque no tienen otras opciones o contratan por

---

<sup>8</sup> Compárese el Proyecto de Ley N° 07023, presentado por el congresista Ernesto ARANDA DEXTRE.

necesidad, como sucede con los servicios básicos de agua, desagüe, luz, telefonía fija, etcétera.

Algunos tratadistas y economistas podrían señalar que la libertad de contratar sí se encuentra presente, ya que el individuo decide contratar, es decir, no está obligado a hacerlo, y que solamente la libertad de configuración interna o libertad contractual se encuentra ausente o reducida. Ello es cierto parcialmente, ya que si estamos ante la prestación de servicios básicos, como los servicios de telefonía fija, luz, agua, desagüe, etcétera, la libertad de contratar desaparece, ya que la necesidad es mucho más fuerte e imperiosa que la voluntad del individuo.

En estos casos, observamos que la libertad de contratación o autonomía privada se encuentra reducida a su mínima expresión. La libertad contractual se encuentra limitada o reducida, pero no por una norma imperativa, sino por la fluidez y eficiencia en el tráfico patrimonial de bienes y servicios, hecho que desde luego es indispensable en una sociedad como la nuestra.

Lo que rechazamos no es la predisposición unilateral de los contratos, que –como dijimos– es necesaria en una sociedad moderna como la nuestra, lo que reprochamos es la inclusión en los contratos de las llamadas cláusulas abusivas o vejatorias, aquellas cláusulas que en una relación contractual específica reportan una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes y en menoscabo del otro. Una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.
- d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.

Por consiguiente, se consideran abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente,

trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. En tales supuestos, no habrá, desde luego, un respeto al principio general de la buena fe, entendido este como un principio rector en la negociación, celebración y ejecución del contrato, y fuente de integración del contrato.

Sobre la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación o en los contratos por adhesión, mayoritariamente la doctrina señala que tales cláusulas son nulas e ineficaces.

Desde luego, una cláusula abusiva no debe calificarse como tal *in abstracto*, sino dentro de un contrato específico, ya que, por ejemplo, no podemos solicitar la nulidad de una cláusula que exonere o limite la responsabilidad del predisponente, sin antes analizar esa cláusula limitativa de responsabilidad en una relación contractual en particular. Por ejemplo, puede presentarse el caso en el cual un proveedor de un bien limite su responsabilidad una vez transcurrido el tiempo de la garantía ofrecida. En este caso, no se debería calificar de abusiva esta cláusula por el único hecho de limitar la responsabilidad del predisponente, ya que se deberá analizar si tal limitación de su responsabilidad es equitativa y razonable en el contrato visto como un todo.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cuando el maestro Guillermo A. BORDA presentó el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino en 1968 manifestó que, “aun a riesgo de ser considerado herético, estaba ‘tentado de decir que el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional’, porque ella ‘está más alejada de la vida cotidiana del hombre’ que el Código Civil, el cual, en cambio, ‘lo rodea constantemente; es el clima en que el hombre se mueve, y tiene una influencia decisiva en la orientación y conformación de una sociedad’”.

No es nuestro deseo cuestionar cuál es la norma legal de mayor importancia en un país, si la Constitución o el Código Civil. Lo que sí está claro es que el Código Civil es la segunda norma de mayor importancia en toda sociedad moderna.

Luego del análisis realizado, podemos afirmar que no existe una libertad de contratación ilimitada; por el contrario, el legislador ha

considerado conveniente y necesario establecer límites al ejercicio de la libertad de contratación.

No es concebible, por definición, una sociedad sin reglas, una sociedad donde el individuo ejerza sus derechos sin limitación alguna. Y en materia contractual, la libertad de contratación que tiene cada individuo debe estar limitada en función no solo del beneficio de las partes contratantes, sino de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, la legislación peruana es deficiente, ya que no señala, en una norma legal, cuáles son los supuestos de limitación a la libertad de contratación.

Desde luego, no pedimos que se incluya en una norma legal todos los supuestos de limitación a la libertad de contratación que hemos analizado en el presente trabajo, pero sí creemos necesario que establezca, como lo hace el moderno Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, en una norma legal (constitucional o civil) los grandes supuestos limitativos de la libertad de contratación. Y estos grandes supuestos, desde nuestro punto de vista, son tres: el orden público, las buenas costumbres y las normas legales imperativas o prohibitivas.

Esta propuesta legislativa podría ser la siguiente: “Son nulos, total o parcialmente, según sea el caso, los actos y contratos contrarios al orden público, a las buenas costumbres o a las normas legales imperativas o prohibitivas”.



# LIBERTAD CONTRACTUAL PARA PACTAR EL PLAZO EN LOS CONTRATOS PREPARATORIOS<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. Libertad de contratación o autonomía contractual. 2. Contratos preparatorios. 2.1. Compromiso de contratar. 2.2. Contrato de opción. 3. El plazo en los contratos preparatorios. ¿Quién debe fijar el plazo, las partes o el legislador? 4. Reforma incompleta de los plazos de los contratos preparatorios en el Código Civil.

## 1. LIBERTAD DE CONTRATACIÓN O AUTONOMÍA CONTRACTUAL

La autonomía contractual o libertad de contratación es el poder jurídico que tienen las personas para decidir si contratan o no, y con quién hacerlo, del mismo modo, esta libertad los faculta para determinar el contenido de sus contratos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar), así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades que regirán la relación contractual (libertad contractual).

La libertad de contratar es un derecho fundamental de toda persona y se encuentra reconocida por la Constitución Política de 1993 en el artículo 2, inciso 14)<sup>1</sup>, y en el artículo 62<sup>2</sup>.

---

(\*) Por Carlos Alberto SOTO COAGUILA.

<sup>1</sup> “**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

<sup>2</sup> “**Artículo 62.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Como precisamos anteriormente, el ejercicio de la libertad de contratación tiene límites. Ella actúa dentro del marco legal que el Estado, en aras del bien común, ha establecido, a efecto de que los particulares se relacionen jurídicamente. La Constitución Política señala que es lícito celebrar toda clase de contratos siempre que no se contravengan leyes de orden público (artículo 2, inciso 14). Por su parte, el Código Civil también impone como límites al ejercicio de la libertad de contratación: el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar<sup>3</sup>) y las normas legales de carácter imperativo (artículo 1354<sup>4</sup>)<sup>5</sup>.

## 2. CONTRATOS PREPARATORIOS

Mediante los contratos preparatorios dos o más partes contratantes acuerdan celebrar en el futuro un contrato definitivo, que por diversas razones o intereses no desean o no pueden celebrarlo en ese momento, pero una vez reunidas las circunstancias propicias los contratantes deciden hacerlo, para lo cual ya han negociado las condiciones esenciales de antemano o han otorgado una oferta irrevocable en el caso del contrato de opción. Los contratantes se comprometen a la celebración de un contrato futuro, cuyo contenido debe ser determinado en el contrato preparatorio.

Los contratos preparatorios tienen como objeto el compromiso de celebrar un negocio definitivo, que será el que realmente produzca los resultados definitivos queridos por las partes<sup>6</sup>.

Para el recordado maestro Fernando FUEYO LANERI, en los contratos preparatorios se presentan dos situaciones; por un lado estamos frente

---

<sup>3</sup> “**Artículo V.**- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”

<sup>4</sup> “**Artículo 1354.**- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”

<sup>5</sup> Para Marcial RUBIO, la libertad de contratar tiene dos limitaciones: la primera referida a los fines del contrato, los cuales tienen que ser lícitos, es decir que el ámbito de acuerdo de las partes puede ser todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley; y la segunda consiste en que no se debe contravenir las leyes de orden público (Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 343).

<sup>6</sup> Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda edición. Lima: Librería Studium Ediciones, 1986, p. 106.

a una vinculación contractual que descarta la etapa inicial o primaria anterior al consentimiento ya formado; y por el otro, estamos realizando la formación progresiva de un contrato futuro que podemos llamar definitivo. Agrega, el profesor chileno, que de todos modos, de momento, hay contrato, pues nadie dudaría que concurre una intención vinculante<sup>7</sup>.

Los contratos preparatorios pueden utilizarse para la celebración futura del cualquier contrato, se trate de un contrato típico como la compraventa, el mutuo, el arrendamiento, etc., o de un contrato atípico como la franquicia, el *joint venture*, el *know how*, etc.

Los contratos preparatorios que regula el Código Civil peruano son dos:

- a) El compromiso de contratar, y
- b) El contrato de opción.

## 2.1. COMPROMISO DE CONTRATAR

Conforme con el artículo 1414 del Código Civil peruano, “por el compromiso de contratar las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo”.

El recordado maestro Max ARIAS-SCHREIBER, comentando esta norma, señaló que mediante la promesa de contratar, dos más partes se obligan recíprocamente a otorgar, en el futuro, un contrato definitivo<sup>8</sup>.

El compromiso de contratar, o contrato de contratar como diría el maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE<sup>9</sup>, es el contrato por el cual una parte se obliga frente a la otra o ambos contratantes se obligan recíprocamente a celebrar en el futuro otro contrato –que será el

---

<sup>7</sup> Cfr. FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. Tomo V, “Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Volumen II, Contratos preparatorios, Santiago de Chile: Imprenta y Lit. Universo S.A.; 1964, p. 15.

<sup>8</sup> Cfr. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Contratos Parte General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 1998, p. 202.

<sup>9</sup> Ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo IV. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993, p. 51.

definitivo—, pero cuyos elementos esenciales —del contrato definitivo— se encuentran determinados en el contrato preparatorio.

Respecto a la naturaleza jurídica de este contrato, la doctrina<sup>10</sup> señala que como contrato, no servirá para trasladar, declarar o constituir el dominio, ya que no tiene relación con el bien, sino únicamente con la obligación de contratar. Por lo tanto, el compromiso de contratar no puede ser traslativo ni constitutivo de derechos, simplemente crea una obligación de hacer, esto es, celebrar en su momento el contrato definitivo.

De lo dicho se desprende que el compromiso de contratar es un medio para preparar situaciones jurídicas destinadas a producir consecuencias para un momento posterior, pero pactando desde ahora celebrar en el futuro el contrato definitivo. Por ejemplo, en un contrato preparatorio de compromiso de compraventa, se originan dos situaciones jurídicas: para el promitente-vendedor, la obligación futura de vender el bien; y para el promitente-comprador, la obligación de comprar el bien en el precio y la forma pactada en el contrato preparatorio.

El compromiso de contratar carece de un fin económico propio e inmediato, ya que solamente consiste en un medio o instrumento para alcanzar la celebración de un contrato futuro.

Hay que distinguir claramente el compromiso de contratar del contrato definitivo. El compromiso de contratar únicamente crea una obligación de hacer: celebrar el contrato definitivo, por lo tanto, en virtud de este contrato la única prestación que se va a ejecutar en su momento es la celebración del contrato definitivo. En cambio, en el contrato definitivo, por ejemplo, en una compraventa se crean obligaciones de dar, ya que los contratantes ejecutarán sus respectivas prestaciones, el vendedor entregará el bien y el comprador pagará el precio.

Sobre la distinción entre el compromiso de contratar y el contrato definitivo de compraventa, la Corte Suprema<sup>11</sup> ha señalado que “el compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa crea la obligación de celebrar este contrato, el cual, a su vez, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien y la obligación de pagar su precio

---

<sup>10</sup> Cfr. ARIAS.-SCHREIBER PEZET, Max. *Op. Cit.*, p. 205.

<sup>11</sup> Cfr. Sentencia de Casación N° 1751-97-Junín, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1998, p. 2187.

en dinero”. En un caso en particular, la Corte Suprema señaló que “el pago de una parte del precio importa la ejecución del contrato definitivo, por cuanto en el contrato preparatorio sólo se determinan los elementos esenciales del contrato definitivo”; advirtió además que “las partes en un compromiso de contratar un contrato definitivo de compraventa no se denominan comprador ni vendedor”.

Frente al incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato definitivo, el Código Civil faculta al contratante perjudicado para que solicite judicialmente la celebración el contrato definitivo o deje sin efecto el compromiso de contratar. En ambos casos también podrá solicitar la correspondiente indemnización si hubiera sufrido daños.

## **2.2. CONTRATO DE OPCIÓN**

Conforme lo prescribe el artículo 1419 del Código Civil peruano, “por el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no”.

El profesor Aníbal TORRES<sup>12</sup> explica que por el contrato de opción una de las partes, denominada concedente o promitente, queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo (contrato opcionado) y la otra, llamada operante u opcionista, tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no. La esencia del contrato de opción consiste en la facultad que un contratante concede a otro de consumir o no el contrato definitivo en las condiciones pactadas.

Según TORRES MÉNDEZ<sup>13</sup>, el contrato de opción se perfeccionará con la declaración del opcionista (u oferente) de querer conceder una oferta irrevocable, por un determinado período de tiempo, de celebrar en el futuro un contrato definitivo al optante (o beneficiado) con la oferta, y con la declaración de éste aceptando que le otorguen dicha concesión.

---

<sup>12</sup> Ver TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Quinta edición. Lima: IDEMSA, 2000, p. 698.

<sup>13</sup> Ver TORRES MÉNDEZ, Miguel. *La utilidad del contrato de opción en el Código Civil de 1984*. En “Derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, Diciembre 1998, N° 52, p. 293.

Mediante el contrato de opción, los contratantes solamente se vinculan para crear una obligación de hacer: celebrar el contrato definitivo, con la particularidad de que la facultad de celebrar el contrato definitivo se encuentra en cabeza de uno de los contratantes que ostenta el derecho de opción. En virtud de este contrato se crea pues un derecho potestativo en favor de uno de los contratantes.

En suma, diremos que el contrato de opción es el contrato preparatorio por medio del cual los contratantes acuerdan otorgar a uno o a ambos contratantes la opción o facultad de que a su sola declaración contractual se celebrará el contrato definitivo. En consecuencia, una parte contratante tiene el derecho de elegir entre celebrar o no el contrato definitivo.

En un proceso judicial, la Corte Superior de Lima señaló “(…) que mediante la demanda el accionante pretende que los emplazados cumplan con la celebración del contrato de compraventa conforme a lo establecido en el contrato de arrendamiento con opción de compra (…) para ejercer la opción el titular de la misma –arrendatario– no tenía que comunicar la aceptación de la opción de compra, estando a la naturaleza del contrato precitado en virtud del cual el titular de la opción cuenta con dicho derecho desde el momento de su celebración teniendo él la potestad de elegir entre la realización o no del contrato definitivo”<sup>14</sup>.

Por consiguiente, la voluntad del optante o beneficiado (titular del derecho de opción) queda reservada hasta un momento posterior dentro del plazo convenido en el contrato de opción. El contrato definitivo se perfeccionará cuando el beneficiado con la opción acepte la oferta irrevocable formulada por el otro contratante (opcionista). En cambio, la voluntad del opcionista u oferente no tiene que ser declarada nuevamente para la celebración del contrato definitivo, ya que fue emitida anticipadamente al momento de celebrarse el contrato de opción.

El Código Civil exige como requisito esencial del contrato de opción, que al momento de celebrarlo, los contratantes pacten todos los elementos y condiciones del contrato definitivo. Por ejemplo, en el contrato de opción de la compraventa de un bien inmueble, deberán incluirse en dicho contrato preparatorio las cláusulas relativas al contrato definitivo de compraventa, como la determinación del bien y su entrega, el precio y

---

<sup>14</sup> Expediente N° 50799-97 de fecha 08 de julio de 1999.

la forma de pago, entre otras. En la práctica profesional, algunas veces se anexa el texto del contrato de compraventa para que solamente las partes firmen el mismo cuando el titular de la opción decida celebrarlo.

El ordenamiento jurídico permite que el contrato de opción, cuando recaiga sobre bienes inmuebles, se inscriba, a solicitud de parte, en el Registro de la Propiedad Inmueble de los Registros Públicos, con lo cual, el titular podrá oponer su derecho de opción y tendrá preferencia sobre todo derecho real o personal que recaiga sobre el bien materia del contrato preparatorio de opción que se inscriba con posterioridad, lo que, desde luego, otorga mayor seguridad a este tipo de transacciones. En cambio, el compromiso de contratar al no contener un contrato destinado a crear, regular, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles, en opinión del Tribunal Registral, no resulta inscribible en el Registro de Propiedad Inmueble, dado que constituye un contrato preparatorio que vincula a las partes a celebrar en el futuro un contrato definitivo. (Resolución N° 428- ORLC/TR de fecha 18 de noviembre de 1998).

### **3. EL PLAZO DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS. ¿QUIÉN DEBE FIJAR EL PLAZO, LAS PARTES O EL LEGISLADOR?**

El plazo es una modalidad de los actos jurídicos, y desde luego de los contratos, que permite establecer una fecha para que el acto o contrato produzca sus efectos jurídicos (plazo suspensivo) o bien para que dichos efectos cesen (plazo resolutorio).

Conforme lo prescrito por el artículo 178 del Código Civil peruano, cuando el plazo es suspensivo, el acto o contrato no surte efecto mientras se encuentre pendiente, y cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto o contrato cesan a su vencimiento.

En los contratos preparatorios, la temporalidad es una característica fundamental. Por lo tanto, en todo contrato preparatorio debe existir un plazo determinado o determinable. Empero, ¿dicho plazo debe ser fijado por el legislador, o las partes sobre la base de su libertad contractual pueden pactar el plazo que mejor convenga a sus intereses?

En el Perú, desde el 14 de noviembre de 1984 hasta el 7 de febrero de 2001, los contratos preparatorios tenían un plazo máximo fijado por el

legislador: para el compromiso de contratar el plazo legal máximo era de un año<sup>15</sup>, y para el contrato de opción, seis meses<sup>16</sup>.

Desde nuestra perspectiva, la libertad contractual de las partes al celebrar un contrato preparatorio se encontraba seriamente limitada, ya que no podían pactar un plazo mayor al establecido por el legislador.

Las razones de los autores del Código Civil de 1984 para establecer un plazo legal imperativo consistían en evitar que las partes contratantes quedasen vinculadas indefinidamente, lo cual conllevaba, según los redactores del Código, a un freno en el tráfico contractual. De otro lado, el plazo legal máximo tendía a evitar abusos del contratante de mayor poder<sup>17</sup>.

Carece de lógica que sea el legislador el que establezca un plazo imperativo para la celebración de los contratos preparatorios. Si mediante la celebración de los contratos preparatorios, las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo, resulta a todas luces evidente que nadie mejor que las partes se encuentra en mejor situación que ellas para determinar cuándo podrá o deberá celebrarse el contrato definitivo.

Por lo tanto, la regla general debe ser dejar en libertad a los contratantes para que pacten el plazo que mejor convenga a sus intereses y únicamente a falta de acuerdo convencional, aplicar **supletoriamente** un plazo legal máximo, a fin de evitar que los contratantes queden vinculados indefinidamente. Hemos dicho que una característica fundamental de los contratos preparatorios es su temporalidad y que el objetivo de su celebración es obligarse a celebrar en el futuro un contrato definitivo, consiguientemente, esa obligación de hacer –celebrar el contrato definitivo– no puede ser indefinida, tiene que ser determinada por las partes, y sólo a falta de pacto, la ley debe prever un plazo supletorio.

---

<sup>15</sup> “**Artículo 1416.**- El plazo del compromiso de contratar será no mayor de un año y cualquier exceso se reducirá a este límite. A falta de plazo convencional rige el máximo fijado por este artículo.” **(Modificado).**

<sup>16</sup> “**Artículo 1423.**- Toda opción está sujeta a un plazo máximo de seis meses y cualquier exceso se reduce a este límite.” **(Modificado).**

<sup>17</sup> Cfr. Exposición de Motivos de los artículos 1416 y 1423 del Código Civil de 1984. (REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Comp.). *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*. Lima, Okura Editores S.A., 1985, pp. 78 y 83).

Respecto al plazo de los contratos preparatorios, la Corte Suprema ha determinado que éste es sólo para el mantenimiento de la promesa, más no para la exigencia de su cumplimiento, el cual puede ejercerse en cualquier momento dentro de dicho plazo; y de recibirse como respuesta negativa, el contratante perjudicado puede hacer uso de la vía judicial<sup>18</sup>.

En el contrato de opción, el optante pretende conseguir un plazo de tiempo para tener la oportunidad de pensar con calma si le conviene o no las consecuencias de la futura relación jurídica. Al respecto, Javier TALMA CHARLES<sup>19</sup> señala que en el contrato de opción, para que la elección (de aceptar o no) pueda ser calificada realmente como tal, se tiene que desenvolver en un contexto de entera libertad. Agrega, el profesor español, que el negocio de opción consagra la libertad a favor del optante, puesto que los efectos del contrato de opción dependerán de una decisión libre del optante. De allí, que la esencia del contrato de opción gira en torno a la libertad del optante para poder decidir si concluye o no el contrato definitivo.

La Corte Suprema, mediante Sentencia de Casación N° 1418-01 CONO NORTE, ha señalado que, “el contrato de promesa de venta es una modalidad del compromiso de contratar, en virtud del cual se celebra un contrato preparatorio que solamente genera una obligación de hacer de ser celebrado dentro del plazo fijado convencionalmente por las partes o dentro del plazo máximo legal no mayor de 1 año, teniendo ***este plazo el carácter de resolutorio***, pues en caso de no celebrarse el contrato definitivo caducará el derecho de las partes para obligarse a celebrar este contrato (...)”. (el resaltado es nuestro)

En tal sentido, los plazos máximos establecidos por el legislador de 1984 en los artículos 1416 y 1423 del Código Civil, significaban un límite legal que convertía, muchas veces, a los contratos preparatorios en negocios jurídicos inútiles y desventajosos para las partes, ya que en muchas ocasiones requerían que el plazo fuese mayor a un año o seis meses.

En cambio, cuando estamos frente a un “plazo cualquiera”, acordado libremente por las partes, los contratos preparatorios se adecuan mejor a las necesidades e intereses de los contratantes.

---

<sup>18</sup> Casación N° 24-T-97 PIURA de fecha 19 de setiembre de 1997.

<sup>19</sup> Ver TALMA CHARLES, JAVIER. *El contrato de opción*. Barcelona: José María Bosch Editor, S.L., 1996, p. 50.

Por estas razones, mediante la Ley N° 27240, publicada el 7 de febrero de 2001, se modificaron los artículos 1416<sup>20</sup> y 1423<sup>21</sup> del Código Civil peruano, estableciéndose que el plazo en ambos contratos preparatorios (compromiso de contratar y contrato de opción) será determinado o determinable por los contratantes y que sólo a falta de acuerdo entre ellos, el plazo máximo será de un año (para ambos contratos). Esta ley eliminó el plazo imperativo establecido originalmente por los autores del Código Civil de 1984 y dejó en libertad a los contratantes para que pacten el plazo de sus contratos preparatorios, lo cual a nuestro entender, resulta muy conveniente y eficiente.

Cabe precisar que la Ley General de Sociedades<sup>22</sup>, vigente desde el 1 de enero de 1998, prescribió en su artículo 41<sup>23</sup>, que los contratos preparatorios serían válidos cualquiera sea el plazo fijado por los contratantes. Desde luego, el artículo 41 de la Ley General de Sociedades solamente se aplicaba a los contratos que se refieran a las actividades realizadas por las sociedades reguladas por la Ley de Sociedades o cuando su objeto esté referido a las acciones, participaciones o cualquier otro título emitido por ellas.

El artículo 41 de la Ley General de Sociedades, durante casi 4 años, fue incompatible con lo prescrito por los artículos 1416 y 1423 del Código Civil. Los contratos preparatorios que celebraban las personas jurídicas estaban sujetas, dependiendo del tipo de persona jurídica, a la Ley General de Sociedades o al Código Civil. La Comisión de Reforma del Código Civil realizó esfuerzos por adecuar las normas del texto civil con la ley societaria, lo cual se lograría recién el 7 de febrero de 2001.

---

<sup>20</sup> **“Artículo 1416.- Plazo del compromiso de contratar.**

El plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año.” (Vigente).

<sup>21</sup> **“Artículo 1423.- Plazo del contrato de opción.**

El plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, éste será de un año.” (Vigente).

<sup>22</sup> Ley N° 26887, publicada el 09 del diciembre de 1997.

<sup>23</sup> **“Artículo 41.- Contratos preparatorios en sociedades.**

Los contratos preparatorios que celebren las sociedades reguladas por esta ley o los que tengan por objeto las acciones, participaciones o cualquier otro título emitidos por ellas son válidos cualquiera sea su plazo, salvo cuando esta ley señale un plazo determinado”.

#### 4. REFORMA INCOMPLETA DE LOS PLAZOS DE LOS CONTRATOS PREPARATORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Pese a la adecuación entre las normas del Código Civil y la Ley General de Sociedades en materia de plazos en los contratos preparatorios, dejando en libertad a los contratantes para establecerlos, la reforma al Código Civil fue incompleta, ya que los artículos 1417<sup>24</sup> y 1424<sup>25</sup> que regulan la renovación de los contratos preparatorios (compromiso de contratar y contrato de opción) no fueron modificados. Los referidos artículos establecen que los contratos preparatorios pueden ser renovados en forma sucesiva a su vencimiento, por un ***plazo no mayor*** que el indicado en los artículos 1416 y 1423.

Desde nuestra perspectiva, actualmente existe una incongruencia normativa, ya que por un lado, en aplicación del artículo 1416 o del artículo 1423 del Código Civil, las partes pueden pactar libremente el plazo del contrato preparatorio, y solamente a falta de pacto, la ley fija que el plazo máximo sea de un año. Sin embargo, en la aplicación del artículo 1417 o del artículo 1424 del Código Civil, la renovación de los contratos preparatorios únicamente podrá realizarse por el **plazo máximo establecido por ley, y el plazo máximo establecido por ley, es de un año, ya que el plazo pactado libremente por las partes no es el plazo máximo fijado por ley.**

Por ejemplo, si dos personas celebran un contrato de opción por un plazo de 3 años y luego desean renovarlo por otros 3 años, la renovación del contrato sólo podrá tener un plazo máximo de un año, ya que el artículo 1424 que regula la renovación de los plazos en los contratos preparatorios dice textualmente que “al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente”, y el plazo máximo señalado en el artículo 1423 es de un año.

---

<sup>24</sup> “**Artículo 1417.**- El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente”.

<sup>25</sup> “**Artículo 1424.**- Al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.”

Al parecer, el legislador que modificó los artículos 1416 y 1423 en febrero de 2001, careció de una visión integral de la regulación de los plazos en los contratos preparatorios.

La reforma que realizó la Ley N° 27240 al Código Civil fue incompleta, porque también debieron modificar los artículos 1417 y 1424 referidos a la renovación del plazo en los contratos preparatorios.

La falta de coherencia legislativa de una norma tan importante como el Código Civil podría traer una multiplicidad de interpretaciones, ya que algunos sostendrán la primacía de la libertad para fijar los plazos en la renovación de los contratos preparatorios y otros se podrían ceñir a lo literalmente previsto por los artículos 1417 y 1424, que fijan como plazo máximo el establecido por la ley, es decir, de un año.

Una posible solución al problema de la renovación de los contratos preparatorios podría ser no renovarlos sino celebrar un nuevo contrato preparatorio. Sin duda sería una salida práctica. Empero, en el caso de celebrar un nuevo contrato preparatorio, dónde y cómo quedarían los derechos adquiridos durante la vigencia del contrato preparatorio primigenio? También debe tenerse en cuenta los costos de transacción involucrados en la celebración del nuevo contrato preparatorio, los que podrían determinar que la contratación se torne ineficiente en términos económicos.

Es necesario eliminar las inconsistencias legislativas, porque ellas solamente generan conflictos y largos procesos judiciales. La finalidad del contrato preparatorio es la celebración en el futuro de un contrato definitivo y su función es garantizar o asegurar un negocio a futuro, por lo tanto, las normas deben estar orientadas a que los contratantes puedan determinar libremente cuándo podrá o deberá celebrarse tal contrato, ya que ellos son los únicos que conocen las razones y circunstancias que impiden su celebración inmediata. En tal sentido, la libertad contractual debería regir no sólo para la celebración de los contratos preparatorios, sino también los casos de renovación del compromiso de contratar o del contrato de opción.

Sin perjuicio de la modificación legislativa que sugerimos, manifestamos que una adecuada interpretación sistemática de las normas actuales del Código Civil debe estar orientada a otorgar primacía a la validez de los contratos preparatorios cualquiera sea plazo que pacten las

partes contratantes. Igualmente, cuando la renovación de los contratos preparatorios no puede estar sujeto al plazo máximo legal. Dentro de este contexto, vencido el plazo de un contrato preparatorio las partes podrán renovarlo si así lo desean, por el plazo que ellos acuerden y no necesariamente por el plazo legal máximo de un año.



# INMUTABILIDAD DE LAS PENAS CONVENCIONALES<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. Planteamiento del problema: cuando el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra. 2. La cláusula penal: concepto y funciones. 2.1. Concepto. 2.2. Funciones de la cláusula penal. 2.2.1. Función punitiva o compulsiva. 2.2.2. Función indemnizatoria o resarcitoria. 2.2.3. Función resolutoria. 2.2.4. Función preventiva o disuasiva. 2.3. Función económica de la cláusula penal. 2.4. La cláusula penal en el ordenamiento jurídico peruano. 2.4.1. Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional. 2.4.2. Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984. 3. Inmutabilidad de las penas convencionales. 4. A modo de conclusión.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: CUANDO EL LEGISLADOR BORRA CON UNA MANO LO QUE ESCRIBIÓ CON LA OTRA

En las transacciones comerciales es muy frecuente y hasta natural que las personas se preocupen de la forma cómo proteger mejor sus intereses que se encuentran en juego durante la negociación de un contrato. En este contexto, generalmente y en forma recíproca, se exigen garantías reales o personales, o se incorporan medios compulsivos destinados a respaldar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Estas exigencias no se fundan necesariamente en la desconfianza de un contratante respecto del otro, ya que puede ocurrir que ambos contratantes sean muy buenos amigos. Lo que sucede es que simplemente las personas –tal vez hoy más que nunca– son conscientes de que la posibilidad de un incumplimiento contractual es un factor a tomar en consideración al momento de celebrar un contrato, por lo que muchas veces optan por reforzar el cumplimiento del contrato y, en la medida de lo posible, anticipar la indemnización de los daños y perjuicios<sup>1</sup> mediante la inclusión de una cláusula penal.

---

<sup>(\*)</sup> Por Carlos Alberto SOTO COAGUILA.

<sup>1</sup> Tradicionalmente, y hasta en forma inconsciente, nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, como si los “daños” fuesen distintos de los “perjuicios”; empero, si recurrimos al *Diccionario de Sinónimos y Antónimos de la Lengua*

La penalidad pactada tendrá la finalidad –entre otras funciones que veremos más adelante– de evitar que el contratante perjudicado por el incumplimiento del otro tenga que acudir al Poder Judicial para solicitar el cumplimiento del contrato o reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, todo ello con la consecuente pérdida de tiempo y la incertidumbre del resultado del proceso, además de los múltiples costos que deberá invertir en el proceso judicial correspondiente, tales como los costos de abogados, aranceles judiciales, peritos, entre otros.

De otro lado, la inclusión de una cláusula penal en un contrato tiene la función de reforzar el cumplimiento de los acuerdos contractuales y desincentivar el incumplimiento mediante la aplicación de la pena convencional al contratante que no cumpla con su palabra empeñada. Esta la función que destacaremos en el presente trabajo.

Consiguientemente, para ambos contratantes resultará mucho más conveniente –en muchos casos, sumamente idóneo– pactar anticipadamente una solución al posible incumplimiento de alguno de ellos y de esa manera evitar los complicados procesos judiciales.

Sin embargo, esta solución –razonable y jurídicamente viable–, que se puede lograr mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, no cumple su cabal cometido en el derecho peruano. Veamos que sucede.

El Código Civil peruano de 1984 permite que las personas puedan pactar penalidades mediante la inclusión de cláusulas penales, con la finalidad de anticipar los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de alguno de ellos (artículo 1341) y con ello evitar –en el futuro– su discusión en los tribunales judiciales. Sin embargo, el propio *legislador permite que las penalidades puedan ser revisadas judicialmente y, por ende, reducidas por el juez cuando la pena sea manifestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida* (artículo 1346).

---

*Española* (Valencia: Editorial Alfredo Ortells, S.L., 1995, pp. 310 y 748), veremos que daño y perjuicio son sinónimos. Por consiguiente, se puede concluir que daño es sinónimo de perjuicio y a su vez todo perjuicio es un daño. En tal sentido, impropriamente nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios, cuando lo correcto es aludir únicamente a la «indemnización de daños».

Frente a ello, podemos afirmar que el legislador borra con una mano lo que escribió con la otra, ya que por un lado permite que se pacten penalidades convencionales y, por otro lado, permite la reducción judicial de la penalidad, con lo cual la función compulsiva de la cláusula penal se desnaturaliza.

A lo largo del presente trabajo analizaremos la regulación de la cláusula penal en el Código Civil y las funciones jurídico-económicas que cumple. Una vez delimitadas las funciones y la utilidad de las cláusulas penales en los contratos cuestionaremos críticamente, y en forma positiva, la revisión de las penalidades libre y voluntariamente pactadas, anticipando desde ahora la necesidad de una reforma legislativa tendiente a dotar de plena eficacia a las penalidades contractuales con la finalidad de contribuir al fortalecimiento de la libertad de contratación en las transacciones comerciales.

## 2. LA CLÁUSULA PENAL<sup>2</sup>: CONCEPTO Y FUNCIONES

### 2.1. CONCEPTO

Con relación al concepto de la cláusula penal, Jorge PEIRANO FACIO<sup>3</sup> ha escrito que «[...] no existe entre los autores uniformidad de criterio acerca de *qué* debe entenderse a ciencia cierta por cláusula penal y de *cuál* sea la naturaleza de la misma». Este autor afirma que tanto la cláusula penal como la opinión sobre su naturaleza jurídica han sufrido una evolución, debido a que «[...] la cláusula penal no constituye una categoría dogmática, sino una categoría histórica, lo que vale decir que su esencia y naturaleza se deben determinar de modo diverso, según sea el momento en que el investigador realice el estudio de las mismas».

La cláusula penal nace en el primitivo derecho romano con una finalidad *conminatoria*. Luego de ello, la cláusula penal cumpliría una función *indemnizatoria o reparadora*.

<sup>2</sup> La expresión «cláusula» alude a un pacto o estipulación de un contrato; sin embargo, la expresión más idónea, desde nuestra perspectiva, es la de «pena o penalidad convencional».

<sup>3</sup> Cf. PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. 2.a ed. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1982, p. 105.

Esto puede explicar las diversas orientaciones conceptuales planteadas por la doctrina.

En el derecho alemán, Ludwig ENNECCERUS, denominando pena convencional a la cláusula penal, expresa que ella es «[...] una prestación, generalmente de carácter pecuniario, que *el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente*»<sup>4</sup>.

En el derecho francés, Louis JOSSEMAND sostiene que «La *cláusula penal* es aquella por la cual las partes fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o si la ejecuta tardíamente»<sup>5</sup>.

En la doctrina española, Luis DIEZ-PICAZO menciona que «Se denomina “pena convencional” a aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal»<sup>6</sup>.

Francesco MESSINEO comentando y analizando el Código Civil italiano de 1942, escribe que «La *cláusula penal* es una *promesa accesoria* de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a *título de pena (o multa)* para el caso de *incumplimiento injustificado* de la obligación que nace del contrato [...]»<sup>7</sup>.

Aída KEMELMAJER, al analizar la legislación argentina, concluye que la cláusula penal «[...] es un negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria

---

<sup>4</sup> Cf. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Traducción de 35.ª ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 187.

<sup>5</sup> Cf. JOSSEMAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950, p. 518.

<sup>6</sup> Cf. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II: Las relaciones obligatorias. 5ª. ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996, pp. 397-398.

<sup>7</sup> Cf. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 218.

si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente»<sup>8</sup>. En el mismo sentido, Jorge MOSSET ITURRASPE afirma que «La cláusula penal, como su nombre lo indica, es una “pena” de origen convencional, a la cual se somete el sujeto pasivo de un deber jurídico, con la finalidad de reforzar o garantizar el cumplimiento de dicho deber»<sup>9</sup>.

En el derecho peruano, Felipe OSTERLING PARODI, sostiene que por medio de la cláusula penal «Los contratantes pueden fijar convencional y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación»<sup>10</sup>. Para Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, la cláusula penal –cuya expresión más adecuada para este autor es la de pena obligacional–, es el «[...] mecanismo compulsivo derivado de una relación obligatoria constituido por una prestación de dar, hacer o no hacer que el deudor (o un tercero, según algunos autores o legislaciones, y aun el acreedor en ciertos casos –cuando por ejemplo no colabora con el deudor a fin de que éste verifique la ejecución de la prestación a su cargo, violando el deber de colaboración–) se obliga a ejecutar (a favor del acreedor, de un tercero o de un deudor –si el acreedor contraviene el deber de colaboración–) en el supuesto de inexecución total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal»<sup>11</sup>.

En la Exposición de Motivos del Código Civil peruano de 1984 se afirma categóricamente que «La cláusula penal, legislada en los artículos 1341 a 1350, se concibe como una relación obligacional destinada a que las partes fijen la reparación para el caso de incumplimiento»<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981, p. 17.

<sup>9</sup> Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1978, p. 71.

<sup>10</sup> Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. «Obligaciones con cláusula penal». En *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998, p. 301.

<sup>11</sup> Cf. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado I*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, p. 349, nota a pie de página 1.

<sup>12</sup> Cf. la *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, realizada por Felipe OSTERLING PARODI con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, contenida en la obra *La exposición de motivos y comentarios del Código Civil*, compilada por Delia Revoredo. Lima: OKURA S.A., 1985, p.

Sin perjuicio de lo expresado por Felipe OSTERLING PARODI en la Exposición de Motivos del Código Civil, consideramos que el Código peruano no define propiamente la figura de la cláusula penal, sino que únicamente describe los efectos de la misma, al disponer en el artículo 1341 que «El pacto por el que se acuerda que, en caso incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Como podemos apreciar, las definiciones y conceptos esbozados están íntimamente ligados a las funciones que cumple o puede cumplir la cláusula penal, por lo que resulta necesario analizar tales funciones, a efecto de poder comprender la esencia y la razón de ser de la cláusula penal.

## **2.2. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA PENAL**

Desde el ámbito jurídico, la cláusula penal puede cumplir las siguientes funciones:

- (i) punitoria o compulsiva,
- (ii) indemnizatoria o resarcitoria,
- (iii) resolutoria, y
- (iv) preventiva o disuasiva.

Veamos cada una de ellas.

### **2.2.1. *Función punitoria o compulsiva***

Según esta función la penalidad pactada constituye una sanción, una pena privada que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación.

Esta función –concebida en el derecho romano (*stipulatio poenae*)–, en palabras de Jorge MOSSET ITURRASPE<sup>13</sup>, ha recobrado vigencia en el

---

463. También puede consultarse Osterling Parodi, Felipe. *Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 224.

<sup>13</sup> Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 78.

derecho moderno. El Código Civil francés expresa en su artículo 1126 que la cláusula penal sirve para asegurar la ejecución de las convenciones.

Sin embargo, la doctrina francesa ha relegado esta función sosteniendo que por regla general en el derecho moderno todas las convenciones son obligatorias por sí mismas y la ejecutabilidad de las obligaciones lícitas está garantizada por la ley<sup>14</sup>.

Un importante sector de la doctrina denomina *compulsiva* a esta función, tal es el caso del recordado maestro Guillermo A. BORDA cuando escribe que la cláusula penal tiene la función de «[...] compulsar a los deudores a cumplir con sus obligaciones, ante la amenaza de una sanción por lo común más gravosa [...]»<sup>15</sup>. Por su parte, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI sostiene que la cláusula penal «Como pena se dirige a castigar una conducta antijurídica asegurando de esta manera el cumplimiento de la obligación»<sup>16</sup>.

### 2.2.2. *Función indemnizatoria o resarcitoria*

De acuerdo con la función indemnizatoria o resarcitoria, «[...] la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación»<sup>17</sup>. No obstante, la pena pactada se debe como indemnización haya o no haya sufrido daños el acreedor. El hecho de que el acreedor no sufra daños por el incumplimiento, pero debido a una penalidad pactada reciba la indemnización, puede resultar cuestionable desde la óptica del moderno derecho de daños, donde se afirma que no hay responsabilidad –y por ende indemnización– sin daño. Por ello la cláusula penal no siempre cumpliría con esta función.

Al respecto, el maestro Guillermo A. BORDA ha escrito que considerar a la cláusula penal como una indemnización propiamente dicha es un error, ya que «[...] la indemnización debe tener una adecuación lo más perfecta posible a los daños sufridos por el acreedor, en tanto que la cláusula penal se fija arbitrariamente, es casi siempre mayor que los daños y, finalmente,

<sup>14</sup> Cf. *Ibid.*, *Loc.Cit.*

<sup>15</sup> Cf. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I*. 5.a ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, p. 197.

<sup>16</sup> Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>17</sup> Cf. *Ibid.*, p. 6.

se debe, aunque el acreedor no hubiera sufrido perjuicio alguno como consecuencia del incumplimiento»<sup>18</sup>.

De alguna manera, la función indemnizatoria o resarcitoria de la cláusula penal se encuentra en el artículo 1341 del Código Civil peruano, cuando dispone que la cláusula penal es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad y que *dicha penalidad tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación* y a que se le devuelva la contraprestación. Nótese que la penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor.

### **2.2.3. Función resolutoria**

Es sabido que ante el incumplimiento de una obligación contractual el acreedor puede solicitar su cumplimiento o la resolución del contrato. En efecto, el artículo 1428 del Código Civil peruano refiriéndose al supuesto de los contratos con prestaciones recíprocas prescribe que *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*.

Según el Código Civil peruano, mediante la resolución se deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración, causal que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor.

Sin perjuicio de la facultad que tiene todo contratante de resolver el contrato ante el incumplimiento del deudor por medio de la institución jurídica de la resolución, un sector de la doctrina considera que también puede llegarse a la resolución por la vía de la ejecución de la cláusula penal<sup>19</sup>.

Comentando la legislación argentina, Jorge MOSSET ITURRASPE, señala que «[...] la posibilidad de extinguir el contrato, como resultas de la ocurrencia de un hecho, el incumplimiento, aparece acordada al acreedor bajo la forma de una “opción”; el art. 659 (del Código Civil argentino) nos dice que, “a su arbitrio”, podrá pedir el cumplimiento de la obligación o la pena, “una de

---

<sup>18</sup> Cf. BORDA, Guillermo A. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>19</sup> Cf. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Op. cit.*, p. 81.

las dos cosas”<sup>20</sup>; y agrega, interpretando *a contrario sensu*, que con el pago de la pena se entiende extinguida la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente»<sup>20</sup>. En consecuencia, en virtud de la exigibilidad que tiene el acreedor de la penalidad pactada en caso de incumplimiento del deudor, la relación contractual se extingue, por lo que la cláusula penal encierra implícitamente la función resolutoria.

Tal función no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano, pues *no existe el derecho de opción* a que alude el artículo 659<sup>21</sup> del Código Civil argentino. Por el contrario, el artículo 1342 del Código civil peruano permite que en las *penalidades pactadas para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación*. Así, podemos concluir que la solicitud de la penalidad pactada no resuelve el contrato, ya que conforme lo dispone el artículo 1342 está permitido que el contratante fiel –el que ha cumplido– exija a su contraparte infiel el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo, también exija el pago de la penalidad que ya se ha generado por causa de dicho incumplimiento.

No obstante, la solución en nuestro Código de Comercio, vigente desde 1902, es distinta. El artículo 56<sup>22</sup> del vetusto texto legislativo dispone que en los contratos mercantiles que contengan cláusulas penales que fijen pena de indemnización contra el que no cumpliera con sus obligaciones; la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena pactada; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario. Por consiguiente, realizando una interpretación *a contrario sensu*, como lo advierte Jorge MOSSET ITURRASPE, con el pago de la penalidad se extingue la obligación y, por ende, el contrato que le sirve de causa-fuente. Así, la

<sup>20</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 81-82.

<sup>21</sup> «Artículo 659.- Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal».

<sup>22</sup> «Artículo 56.-Contratos con cláusula penal.  
En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o pena prescrita; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario».

penalidad podría cumplir una función resolutoria, pero únicamente en los contratos mercantiles regulados por el Código de Comercio peruano; salvo que los contratantes hayan pactado lo contrario, es decir, que el ejercicio de cualquiera de las acciones contempladas en el artículo 56 del Código de Comercio no extinguirá la otra acción.

Nosotros somos de la opinión que la cláusula penal no cumple una función resolutoria, ya que el acreedor podría solicitar tanto el cumplimiento de la obligación como el pago de la penalidad pactada.

#### ***2.2.4. Función preventiva o disuasiva***

Esta función no ha sido desarrollada explícitamente por la doctrina civilista, pero desde nuestro punto de vista es la más importante de todas.

Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la *finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y consecuentemente evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos*, por lo que la inclusión de una cláusula penal al momento de contraer la obligación o en acto posterior a ella, tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones.

El uso de las cláusulas penales en el ejercicio y práctica profesional confirman lo expresado.

Con una visión realista, y cuya opinión compartimos plenamente, José PUIG BRUTAU ha escrito en la década de los cincuenta lo siguiente:

«Aunque la cláusula penal puede responder a más de una finalidad, su función más peculiar es la de estimular al deudor al cumplimiento de la obligación. Puede parecer contradictorio que el deudor prometa una ampliación de su deuda para el caso de incumplimiento; es decir, podría afirmarse que es incongruente cifrar la sanción de no cumplir lo menos en la obligación de tener que cumplir lo más, pues con ello tal vez aumentarían las probabilidades del incumplimiento. Pero ello tiene una explicación perfectamente natural. Precisamente la posibilidad de ser ejecutado por más de lo originariamente debido puede ejercer una eficaz presión sobre la voluntad de cumplir del deudor. Incluso puede lograrse que el

procedimiento sea proporcionalmente menos costoso. La cláusula penal ha de usarse de manera que aumente el interés del deudor en evitar la ejecución porque ésta tendría un alcance superior al que normalmente correspondería al incumplimiento de la obligación principal sin dicha garantía.

Toda responsabilidad por incumplimiento sobre el patrimonio del obligado ejerce una presión superior al importe estricto de la prestación debida, pues al mismo deben sumarse los posibles daños y perjuicios, los intereses de demora, las costas judiciales, etc. Si esta ampliación de responsabilidad ya se produce en todo caso como resultado del incumplimiento, cabe preguntar si las partes pueden haberla convenido de antemano para que se exija como una obligación accesoria al sobrevenir el incumplimiento»<sup>23</sup>.

Al respecto, reiteramos que cuando se pacta una cláusula penal no se busca el enriquecimiento de uno de los contratantes o el empobrecimiento del otro, ni menos se piensa en función de anticipación de daños y perjuicios. *Lo que persiguen los contratantes, las personas de carne y hueso, es reforzar el cumplimiento del contrato, evitar el incumplimiento.* Su preocupación está centrada en ver la forma de cómo se incentiva, jurídicamente, al cumplimiento de los acuerdos contractuales, y la cláusula penal es una forma idónea para tal cometido.

Dentro de esta perspectiva, Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA advierte que «La *cláusula penal* sirve para acrecentar la responsabilidad del deudor si éste no cumple íntegra y oportunamente la obligación principal»<sup>24</sup>.

A modo de ejemplo analicemos las cláusulas penales en un contrato de arrendamiento:

Cuando se celebra un contrato de arrendamiento, el arrendador –normalmente el contratante que se ve perjudicado por el incumplimiento del arrendatario– busca la forma de que al vencimiento del contrato de arrendamiento el arrendatario le

<sup>23</sup> Cf. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*. Tomo I, vol. II. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1959, p. 472.

<sup>24</sup> Cf. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Obligaciones y contratos frente a la inflación*. Segunda edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978, p. 69.

devuelva inmediatamente el bien arrendado y que este, desde luego, se encuentre en buen estado.

¿Cómo se puede lograr que los arrendatarios cumplan con entregar los bienes recibidos en arrendamiento al vencimiento del contrato?

Una forma es la solicitud, al momento de contratar, de sumas de dinero al arrendatario en calidad de garantía que serán devueltos por el arrendador al momento de recibir el departamento. Estos montos, generalmente, sirven para cubrir posibles deterioros que haya sufrido el bien por culpa del arrendatario. La solicitud de sumas de dinero se conocen en el medio inmobiliario como el 2 por 1, 3 por 1, etc., que significa: si usted toma en arrendamiento un bien, por ejemplo un departamento, tiene que dar en garantía el equivalente a 2 ó 3 meses de la renta pactada. Sin embargo, este mecanismo no funciona, ya que normalmente sucede que durante la ejecución del contrato de arrendamiento el arrendatario incumple o se retrasa en el pago de la renta, con lo cual se pide al arrendador que se haga pago con la garantía entregada al momento de celebrar el contrato, y por lo que, en la práctica, al finalizar el contrato de arrendamiento ya no existe la mencionada garantía.

El otro mecanismo para presionar a los arrendatarios a que cumplan con devolver el bien arrendado es la inclusión de cláusulas penales. Normalmente las penalidades pactadas están referidas a los casos en que el arrendatario no cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha del vencimiento del contrato de arrendamiento o cuando este se resuelva; en tales supuestos el arrendatario estará sujeto al pago de una penalidad al arrendador de una determinada obligación, generalmente una suma de dinero, asumamos que se pacta US\$ 20.00 como penalidad por cada día de retraso, en la devolución del bien arrendado.

Si por ejemplo, la renta mensual pactada por el arrendamiento es de US\$ 250.00, y el arrendatario –al vencimiento del contrato– no cumple con devolver el bien y solo transcurrido un mes lo devuelve al arrendador, en aplicación estricta de la cláusula penal el arrendatario estaría obligado al pago de una penalidad de US\$ 20.00 por cada día de retraso lo que multiplicado por un mes nos da un total de US\$ 600.00 como penalidad. Como se puede apreciar,

la penalidad que debe pagar el arrendatario infiel es más del doble de la renta pactada.

En este contexto, tal vez algunas personas –con muy buena intención– dirán que si el arrendatario se demoró un mes en entregar el bien, lo justo es que pague el importe de un mes de renta, es decir US\$ 250.00, pues resulta injusto y excesivo que pague US\$ 600.00. Sin embargo, no compartimos tal razonamiento.

Cuando el arrendador pacta una cláusula penal lo que desea y busca es que el arrendatario cumpla con sus obligaciones, en este caso, que cumpla con devolver el bien arrendado en la fecha convenida. El arrendador, no piensa ni desea beneficiarse con la penalidad, tampoco desea que el arrendatario se perjudique, lo que busca es recuperar la posesión del bien de su propiedad; todo lo cual se va a lograr en forma eficiente si se pacta una cláusula penal que desanime a los arrendatarios inescrupulosos a que permanezcan en posesión del bien más allá del plazo pactado en el contrato de arrendamiento.

En este ejemplo, puede observarse claramente la función preventiva de la cláusula penal, la cual consideramos es una función esencial. Prevenir el incumplimiento del contrato e incentivar su cumplimiento es algo casi natural que buscan los *contratantes cuando se vinculan jurídicamente*.

### **2.3. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA CLÁUSULA PENAL**

La cláusula penal no solo cumple funciones jurídicas, sino que también cumple una importante función económica. Mediante la estipulación de penalidades los contratantes disminuyen los costos de transacción o los costos de contratar, es decir, los costos de tener que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de daños y perjuicios, ya que por la vía de la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes pueden pactar anticipadamente los daños y perjuicios que deberá pagar el contratante infiel. Debemos precisar que la función indemnizatoria, si bien no es esencial de la cláusula penal, resulta un mecanismo útil para evitar demandas de daños y perjuicios.

Por otro lado, el acreedor se ve liberado de la carga probatoria de los daños y perjuicios sufridos, ya que frente al incumplimiento lo único que solicitará es la ejecución de la penalidad, lo cual desde luego es más beneficioso y menos costoso para el acreedor.

Del mismo modo, las penalidades convencionales generan un mecanismo de autocumplimiento, aunque sea forzado por la pena convenida, de los acuerdos contractuales, lo cual es altamente beneficioso para el tráfico patrimonial.

## **2.4. LA CLÁUSULA PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

### ***2.4.1. Nuestro concepto de la cláusula penal o pena convencional***

Antes de analizar la forma cómo el legislador peruano ha regulado la cláusula penal, debemos definirla. Como hemos podido apreciar, en doctrina no existe un concepto uniforme de la cláusula penal y ello se debe fundamentalmente a que cada autor pone de relieve en su concepto alguna de las funciones de la cláusula penal, es decir, define a esta figura tomando como base la función que ella cumple.

El Código Civil peruano tampoco define a la cláusula penal. El artículo 1341 del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce, estableciendo que *el pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere (...)*.

Desde nuestra perspectiva, la cláusula penal debe cumplir *esencialmente* las siguientes funciones:

- (i) preventiva o disuasiva, y
- (ii) punitiva o sancionadora.

Partiendo de las funciones esenciales podemos afirmar que la cláusula penal *es la prestación –de dar, de hacer o de no hacer– libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y que en caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, el deudor estará obligado al pago de la penalidad pactada.*

Adicionalmente, la cláusula penal *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor

cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con las complicaciones y costos que ello implica, pues únicamente estará obligado a probar los daños y determinar la cuantía de los mismos. Mediante la estipulación de penas convencionales, si el acreedor sufre daños como consecuencia del incumplimiento de su deudor, la penalidad pactada será la indemnización de los daños causados.

Respecto a la función indemnizatoria o resarcitoria, debemos precisar que ella no es una función esencial de la cláusula penal, ya que de serlo tendríamos que concluir que todo incumplimiento por parte del deudor ocasiona un daño y consecuentemente la cláusula penal sirve para anticipar los daños y perjuicios. Tal afirmación no es del todo cierta, ya que un incumplimiento puede que no ocasione ningún daño o que el *quantum* del daño sea mínimo frente a la penalidad pactada. En estos casos, la cláusula penal no está orientada fundamentalmente a indemnizar los daños y perjuicios.

Recordemos que los daños que se pueden causar son daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales están constituidos por el daño emergente y el lucro cesante; y los extrapatrimoniales por el daño a la persona o daño moral. Bajo este criterio de clasificación de los daños ¿es posible calcular los daños extrapatrimoniales?, ¿es posible calcular anticipadamente los daños morales que puede sufrir una persona y, por tanto, pactar una pena convencional que cumpla una función indemnizatoria para el caso de incumplimiento? Sin lugar a dudas, ello es imposible. Si una vez ocurrido un daño es bastante complicado calcular los daños, ¿cómo realizar un cálculo anticipado? Este breve análisis, nos permite concluir que definitivamente la cláusula penal no cumple una función indemnizatoria o resarcitoria.

En conclusión, *la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.*

### ***2.4.2. Breve análisis de la regulación de la cláusula penal en el Código Civil peruano de 1984***

La legislación peruana no sólo regula el uso de la cláusula penal para los supuestos de incumplimiento total de la obligación (artículo 1341), sino también para convenir los daños y perjuicios en caso de mora o de incumplimiento de un pacto determinado. Cuando se pacta cláusulas penales en casos de mora o de seguridad de un pacto determinado, si el deudor incurre en mora o incumple una determinada obligación, el acreedor tiene derecho para exigir tanto la penalidad pactada como el cumplimiento de la obligación (artículo 1342).

La estipulación de cláusulas penales puede realizarse conjuntamente con la obligación principal o en acto posterior; es decir, la penalidad puede pactarse al momento de celebrar el contrato o durante su ejecución.

En este contexto, *es posible pactar una cláusula penal con anterioridad a la realización de un contrato?* Creemos que ello no es posible, debido al *carácter accesorio* de la cláusula penal. Según el artículo 1345 del Código Civil peruano la nulidad de la cláusula penal no origina la nulidad de la obligación principal. De esta norma se puede deducir que la cláusula penal tiene una naturaleza de *accesoriedad*, ya que existe en razón de una obligación principal. Esta característica ha sido precisada por la jurisprudencia peruana al disponer que «La cláusula penal constituye un pacto accesorio de una obligación principal»<sup>25</sup>.

A este carácter accesorio, Felipe OSTERLING PARODI agrega que la cláusula penal también es una estipulación subsidiaria y condicional. Según este autor, «La cláusula penal es subsidiaria porque no sustituye a la obligación principal; ella no permite al deudor liberarse de la obligación prometiendo cumplir la pena. [...] Se trata de una medida de seguridad del cumplimiento de la obligación principal, que la acompaña no la reemplaza». Respecto al carácter condicional, OSTERLING afirma que «[...] para exigirla se requiere que el deudor incumpla la obligación principal; y este incumplimiento es un hecho futuro e incierto del que depende su exigibilidad»<sup>26</sup>. Respecto al carácter condicional, debemos precisar que ello no debe entenderse como que la cláusula penal al ser condicional es

---

<sup>25</sup> Cf. Expediente 272-97 de la Corte Superior de Justicia de Lima.

<sup>26</sup> Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, p. 303.

una modalidad del acto jurídico<sup>27</sup>, sino únicamente de que el pago de la penalidad pactada está supeditada al incumplimiento de la obligación o a mora del deudor, según se haya pactado.

Coincidimos con OSTERLING que la cláusula penal no puede pactarse con posterioridad al incumplimiento de la obligación<sup>28</sup>, empero nuestras razones son distintas. Para OSTERLING, si se produce el incumplimiento de la obligación y las partes acuerdan el monto de la indemnización de los daños y perjuicios, este acuerdo no revestirá las características de una cláusula penal, sino de una transacción. En nuestra opinión, como la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, el pacto de una penalidad con posterioridad al incumplimiento resulta absurdo, pues si la cláusula penal tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, no tendría ningún sentido pactarla cuando ya se produjo el incumplimiento.

Cabe precisar que la cláusula penal será exigible cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, para lo cual se requiere que la causa de incumplimiento sea imputable al deudor, bien porque actuó con dolo o culpa, o porque la ley le atribuye tal imputabilidad objetivamente como puede ocurrir en los casos de que el deudor se valga de terceros para ejecutar su prestación, en tales casos, según el artículo 1325 del Código Civil, el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los terceros que haya utilizado para ejecutar su prestación.

Si en un contrato se pacta una cláusula penal y el deudor incumple con su obligación por causa imputable, el acreedor podrá exigir el pago de la penalidad, para lo cual no será necesario que pruebe los daños y perjuicios que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del deudor (artículo 1344). Esta es una excepción a la regla general de que todo sujeto que exija el pago de una indemnización está obligado a acreditar los daños sufridos y determinar la cuantía de los mismos. Tratándose de una penalidad contractual, no se requiere demostrar ni probar los daños, ya que los sujetos, al momento de obligarse, han convenido por anticipado el monto de los daños y perjuicios limitando el resarcimiento a esta prestación.

Respecto al carácter de la indemnización, Felipe OSTERLING PARODI señala que cuando la cláusula penal se ha estipulado para el caso de inexecución total de la obligación o para el caso de asegurar una obligación determinada,

<sup>27</sup> Recordemos que las impropias llamadas modalidades del acto jurídico son el plazo, la condición y el cargo.

<sup>28</sup> Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, pp. 303-304.

la penalidad es el *resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios*; en cambio, cuando se estipula una cláusula penal para el caso de mora, la indemnización *resarcirá los daños y perjuicios moratorios*<sup>29</sup>.

Con relación a la función indemnizatoria y resarcitoria de la cláusula penal ya hemos precisado que ella no es su función esencial, ya que puede ocurrir que en algunos casos de incumplimiento de obligaciones no se cause daño al acreedor con lo cual la penalidad pactada no tendría la función de resarcir los daños. Sin embargo, nuestro Código Civil ha optado por atribuir a la cláusula penal una función de resarcimiento al señalar en el artículo 1341 que el pago de la penalidad pactada tiene el efecto de limitar el resarcimiento.

Tratándose varios deudores se debe tener en cuenta si la obligación de la cláusula penal es solidaria o mancomunada. Si la cláusula penal es solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores está obligado al pago íntegro de la penalidad; en caso de muerte de algún codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia (artículo 1349). Empero, si la obligación es mancomunada, cada uno de los deudores o de los herederos del deudor, según sea el caso, está obligado a satisfacer la pena en proporción a su parte, siempre que la cláusula penal sea divisible (artículo 1347).

Cuando la cláusula penal fuera indivisible, cada uno de los deudores o, en su caso, sus herederos, está obligado al pago íntegro de la penalidad (artículo 1348).

El Código Civil también prevé la facultad de los codeudores que no fuesen culpables del incumplimiento de la obligación, pero que fueron conminados al pago de la penalidad, el derecho de exigir el pago contra el codeudor o codeudores culpables que dieron lugar a la aplicación de la penalidad (artículo 1350).

### **3. INMUTABILIDAD DE LAS PENAS CONVENCIONALES**

El artículo 1346 del Código Civil peruano prescribe lo siguiente:

“Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o

---

<sup>29</sup> Cf. *Ibid.*, pp. 301-302.

cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida”.

Anteriormente hemos advertido de las funciones de la cláusula penal, colocando el acento en la función preventiva o disuasiva en el sentido de que mediante la estipulación de penalidades, libre y voluntariamente acordadas por los contratantes en ejercicio de su libertad de contratación, se refuerza el cumplimiento del contrato. También hemos manifestado que las cláusulas penales pueden cumplir funciones indemnizatorias, ya que por medio de ellas se pueden anticipar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor, no teniendo el acreedor que acudir a los tribunales judiciales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, y evitando afrontar un largo proceso donde mediarán pruebas, excepciones, etc., con los respectivos costos que ello importa, pues ambos contratantes han acordado que frente al incumplimiento del deudor, el acreedor únicamente solicitará el pago de la penalidad pactada.

Empero, resulta ilógico, por decir lo menos, que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, recurra al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó. En el fondo, este hecho no es otro que la *revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados*, máxime en caso de haber negociado y celebrado *paritariamente* el contrato.

La inmutabilidad o revisión de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina, por lo que un breve recuento histórico nos permitirá comprender mejor sus alcances.

En el derecho romano una nota característica de la cláusula penal era su inmutabilidad. El gran POTHIER, cuyas ideas inspiraron al Código Civil francés, sostenía que la pena estipulada podía «ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva»<sup>30</sup>. Para POTHIER «[...] la naturaleza de la pena es la de suplir los daños y perjuicios que podrían pretenderse por el acreedor en caso de inejecución de la obligación»<sup>31</sup>. Para este tratadista, cuando la pena exceda los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ha ocasionado al acreedor debe reducirse, pues lo contrario atentaría

---

<sup>30</sup> Cf. POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978, p. 212.

<sup>31</sup> Cf. *Ibid.*, *loc.cit.*

contra su naturaleza. No cabe la menor duda que para POTHIER la cláusula penal cumple una función indemnizatoria. Pese a la gran influencia de las ideas de POTHIER en la elaboración del Código francés, su opinión sobre la reducción de la cláusula penal no fue aceptada, y ello se debe al carácter liberal y el respeto casi absoluto de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, el Código francés no concedió a los jueces la facultad de revisar y, en su caso, reducir la cláusula penal<sup>32</sup>.

El Código Civil alemán, conocido también como el BGB, siguió un camino distinto al Código francés, pues permitió la modificación de la pena a petición del deudor. Al respecto, ENNECCERUS sostiene que «Como quiera que no es raro que las penas convencionales desproporcionadamente elevadas lleven a una injusta opresión del deudor, el C.c. ha dispuesto que *la pena convencional desproporcionadamente elevada, ya vencida, pero aun no pagada, puede ser reducida a un importe prudencial* a petición del deudor (§ 343)»<sup>33</sup>. Esta facultad de modificación concedida a los jueces por el Código Civil alemán, no se aplica para las penas convencionales que un comerciante haya prometido en la explotación de su comercio (Código de Comercio, § 348). El Código Civil alemán no solo faculta a los jueces para disminuir la pena, sino también para aumentarla cuando sea diminuta.

Por su parte, el Código Civil italiano dispone en su artículo 1384 que «El monto de la pena puede ser reducida equitativamente por el juez si la obligación principal ha sido ejecutada en parte, o si es manifiestamente excesivo, siempre teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento». Como explica MESSINEO<sup>34</sup>, «[...] el deudor no puede exigir una reducción de la penal; sólo el juez —y *únicamente* en los casos en que el deudor haya cumplido en parte, o que el monto de la pena sea *manifiestamente excesivo* (es decir, adquiera un carácter usurario), tiene la facultad de reducirla *equitativamente*, tomando, sin embargo, en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento». El propio MESSINEO,

---

<sup>32</sup> Cabe precisar que desde 1804 hasta 1975, el Código francés respecto las penalidades contractuales, pero el 9 de julio de 1975 mediante la ley 75-597 se modificó el Código Civil francés para permitir que los jueces modifiquen las penas cuando su importe sea excesivo o insignificante.

<sup>33</sup> Cf. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I: Doctrina General. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, p. 191.

<sup>34</sup> Cf. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1986, p. 220.

agrega que al «[...] juez no se le atribuye ningún poder en el caso de *penal insuficiente*».

Con las diferencias propias de cada ordenamiento jurídico, podemos señalar que todas permiten la revisión de las penalidades convencionales.

Una solución distinta es la que adoptó el Código Civil brasileño de 1916, que en su artículo 920 atribuyó el carácter de intangible de la cláusula penal, pero siempre y cuando la pena no exceda a la obligación principal. El Código de Brasil impuso un límite a la estipulación de las penas convencionales: la obligación principal. Pero, éste Código fue derogado por un nuevo Código Civil vigente desde enero de 2003. El novísimo texto dispone en su artículo 412 que el valor de la pena convencional no podrá exceder a la obligación principal; del mismo modo mediante el artículo 413 dispone que la penalidad sea reducida equitativamente por el juez cuando la obligación haya sido cumplida en parte o cuando la pena sea manifiestamente excesiva, para lo cual se tendrá en cuenta la naturaleza y la finalidad del negocio jurídico. El moderno Código brasileño permite la reducción de la pena.

La mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal en la codificación peruana no ha sido uniforme en uno u otro sentido. El Código Civil de 1852 siguió los lineamientos y principios del Código Civil francés y contempló la inmutabilidad de la cláusula penal y el respeto de los acuerdos contractuales de la siguiente manera:

*“Artículo 1275.- Si se estipuló el pago de cierta cantidad por daños e intereses, para el caso de no cumplirse el contrato, deberá observarse lo pactado.”*

Respecto al Código Civil de 1936, este facultó, mejor dicho impuso la obligación, a los jueces de reducir la pena cuando fuese manifiestamente excesiva, o cuando la obligación hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (artículo 1227). Esta norma, hay que decirlo, no fue propuesta por la Comisión que redactó el Código Civil de 1936, sino que fue introducida por la Comisión Revisora –como es costumbre en nuestro país–. La propuesta original de la Comisión Reformadora consignaba en el proyecto los siguientes artículos:

*“Artículo 1213.- El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.”*

*Artículo 1214.- Para exigir la pena convencional no es necesario que el acreedor alegue perjuicio.*

*El deudor no puede eximirse de cumplirla bajo pretexto de ser excesiva.*

*Artículo 1217.- El valor de la pena impuesta no puede exceder al de la obligación principal.”*

El codificador de 1936, tomando en cuenta los avances de la doctrina y de la legislación de entonces, esbozó un proyecto que, en primer lugar, imponía un límite legal a las penas convencionales: la obligación principal; del mismo modo precisaba el carácter intangible de la pena, señalando que el deudor no podía negarse a su cumplimiento alegando que la pena era excesiva. Excepcionalmente, el codificador de 1936 permitió la reducción de la cláusula penal cuando la obligación principal se hubiese cumplido en parte o cuando se haya cumplido irregularmente.

Debemos advertir que para los codificadores de 1936 la cláusula penal sigue cumpliendo una función indemnizatoria. El maestro LEÓN BARANDIARÁN, comentando el artículo 1227 del Código Civil de 1936, expresaba: «En realidad, con la facultad otorgada al juez, de reducir la pena, ya se ha vulnerado el principio de la utilidad que la cláusula tiene: fijar anteladamente los daños y perjuicios. Se sacrifica esta conveniencia en aras de un imperativo de equidad, permitiéndose la reducción. Bien, no se debe ir más allá. De otro modo, la *stipulatio poenae* quedará expuesta a ser rezagada como una existencia precaria y de fortuita eficacia»<sup>35</sup>.

Por su parte, el vigente Código Civil de 1984 permite que los deudores puedan solicitar al juez la revisión y consecuente reducción de las penas convencionales cuando la pena sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida (artículo 1346). Como en la redacción del Código Civil de 1936, el Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código civil de 1984 fue modificado por la Comisión Revisora. La Comisión Reformadora, adoptando el principio del Código brasileño de 1916, diseñó el siguiente texto:

---

<sup>35</sup> Citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, en *Estudios de Derecho privado I. Op. cit.*, pp. 411-412.

*“Artículo 1364.- El monto de la cláusula penal no puede ser superior a la mitad del valor de la prestación incumplida. Si la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, su monto puede ser superior a la cuarta parte del valor de la prestación.*

*En las obligaciones de pagar sumas de dinero, el monto de la cláusula penal no puede exceder el monto de interés convencional máximo fijado por el Banco Central de Reserva del Perú.*

*Es nulo el exceso pactado sobre los límites señalados en este artículo.*

*Artículo 1365.- El juez sólo podrá reducir la pena en caso de incumplimiento irregular o parcial aceptado por el acreedor”.*

Según anota Felipe OSTERLING, la Comisión Revisora «consideró que la regla contenida en el artículo 1227 del Código Civil de 1936 había operado idóneamente y que, por tanto, ella debía subsistir en el nuevo Código. Sin embargo, la Comisión Revisora aceptó que la reducción equitativa de la pena no operara de oficio –como ocurría en el Código Civil de 1936– sino tan sólo a solicitud del deudor»<sup>36</sup>.

Luego de este breve recuento histórico, donde advertimos que la cláusula penal se debate entre la inmutabilidad y la mutabilidad, es conveniente preguntarnos si *la cláusula penal, o mejor dicho, si las penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena.*

Partiendo de la función esencial de la cláusula penal: su carácter preventivo, respondemos negativamente la pregunta formulada; es decir, somos partidarios del respeto de los acuerdos contractuales y contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

Si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos, los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

<sup>36</sup> Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, pp. 312-313.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

- (i) Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.
- (ii) Que la pena sea manifiestamente excesiva.
- (iii) Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.
- (iv) Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

La premisa de que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito, pero no una realidad. La idea de la «parte débil» en la relación contractual, denominada también como el «débil jurídico», es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el Digesto, LABEÓN y PAULO sostienen que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor<sup>37</sup>. De este axioma, convertido en casi todo un principio general del Derecho que ha influido en la doctrina y legislación de los países de tradición jurídica romano-germánica, han surgido dos sub-principios: el *interpretatio contra stipulatorem*<sup>38</sup> y el *favor debitoris*<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> LABEÓN, en el D. 18, 1, 21 escribe que «[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento» y PAULO, en el D. 50, 17,172 afirma que «En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

<sup>38</sup> El principio *interpretatio contra stipulatorem* sentencia que «[...] cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante» (Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 252).

<sup>39</sup> Por el principio *favor debitoris* se entiende que cuando la cláusula o convención sea ambigua o dudosa, entonces deberá interpretarse en favor del deudor o quién haya contraído la obligación. En suma, esta regla «[...] tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad» y aplicándola, la interpretación de las cláusulas dudosas en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas generales de contratación (CGC) deben favorecer al deudor o débil jurídico que no ha elaborado las CGC (Véase: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, tomo III, p. 254).

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil, nada más absurdo. Si una persona natural acude a comprar panetones a un supermercado, entonces será la parte débil frente al fuerte empresario; pero si el que acude a comprar los panetones es una empresa minera, ¿podemos decir que es una parte débil? Desde luego que no. Entonces, el deudor no puede ser calificado *per se* como la parte débil.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes –productores o empresarios– que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser un campesino como un reconocido abogado.

Creemos que no podemos seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata hay personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

El rol del Derecho, en nuestra sociedad, debe estar orientado a que exista una igualdad jurídica. Empero, si existe una desigualdad, entonces el Estado debe preocuparse por igualar a los sujetos de la relación contractual para que no sólo sean iguales ante la ley sino que, además, su situación jurídica y los efectos derivados de los contratos que celebren sean equilibrados. En el Derecho ya existe un conjunto de figuras jurídicas tendientes a moderar la falta equidad o injusticias, tales como la buena fe, la equidad, la lesión, el abuso de derecho, entre otras.

Por tanto, el deudor no puede ser tratado con privilegios frente a su acreedor. La Ley debe tratar a todos por igual.

Ahora, respecto a la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal, debemos decir que ello es natural. Si los contratantes pactan una penalidad

diminuta, no serviría para nada, pues no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Si, por ejemplo, los contratantes celebran un contrato de arrendamiento con una renta mensual de US\$ 200.00 e incorporan una cláusula penal de una US\$ 1.00 por cada día de retraso en el caso de que el arrendatario no devuelva el bien al finalizar el contrato, es natural que el arrendatario no tendrá ningún incentivo para devolver el departamento, por el contrario podría optar por quedarse más tiempo en el departamento ya que si se demora 30 días en devolver el inmueble arrendado, la pena que deberá pagar será de US\$ 30.00. Indudablemente esto es una injusticia para el acreedor. ¿Podría afirmarse que el pobre deudor (arrendatario infiel) es una parte débil? Claro que no. Tampoco se podría pactar como pena un monto no superior a la obligación principal –en este caso sería la renta mensual que es de US\$ 200.00–, ya que al arrendatario le dará igual quedarse en posesión del bien y pagar al finalizar el mes la suma de US\$ 200.00 como penalidad y a la vez como renta mensual. Nada más ilógico. En consecuencia, las penalidades que se pacten siempre serán enormes, y ello porque la naturaleza de la pena convencional es reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar el incumplimiento de parte del deudor.

Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad de que exista una cláusula penal. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin necesidad de que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin necesidad de que exista una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Sin embargo, la realidad es distinta. La realidad comercial nos demuestra que en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento y que por el contrario, se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos, existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como *medios compulsivos*, que

permiten reforzar el cumplimiento de las obligaciones y los contratos. Estos medios compulsivos son las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar las garantías reales (prenda, hipoteca) y las garantías personales (fianza, aval).

Con relación a las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, ya que teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena –que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo– debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento (que en principio debiera ser espontáneo) para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas siempre serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen casi siempre la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se suele decir que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad. Frente a ello: ¿es el acreedor el que ha decidido que la penalidad se aplique, o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación? Dicho de otra forma, ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas el deudor, ya que si él cumple con sus obligaciones en forma diligente y oportuna el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, pagar la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor ha cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe OSTERLING, escribe que «[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello»<sup>40</sup>.

Al respecto, creo que debemos enfocar el problema desde otra perspectiva.

Si el acreedor acepta que el deudor cumpla parcialmente su obligación, por ejemplo, en un arrendamiento el arrendatario está obligado al pago de la renta de US\$ 200.00 el 15 de cada mes, pero el 15 sólo paga US\$ 150.00

<sup>40</sup> Cf. OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. cit.*, p. 319.

y le dice al arrendador que el saldo se lo entregará en una semana, en este caso, lo que hay es una modificación al contrato original de arrendamiento en lo que respecta al pago de la merced conductiva de ese mes. Si luego de este pago parcial, aceptado por el acreedor (arrendador), éste intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no sólo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución. El contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado, para lo cual cada uno de los contratantes debe colaborar con el otro a fin de lograr que el contrato surta todos sus efectos. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar.

Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación. Por ejemplo, si la renta debía pagarse mediante abono en una cuenta bancaria y el deudor arrendatario sólo abona el 50%, es decir, abona la suma de US\$ 100.00, no hay duda de que el deudor cumplió parcialmente su obligación, pero en ningún momento hay una aceptación de parte del acreedor arrendador. Y tal rechazo de cumplimiento parcial se va a demostrar cuando el acreedor exija el pago de la penalidad convenida.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y en caso de hacerlo con cargo al cambio de la mercadería, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse. Lo normal que puede ocurrir es que el acreedor reciba el bien y luego se entere de los defectos, por ejemplo, si el deudor debe entregar 100 galones de combustible de 97 octanos y estos están adulterados con kerosene, pero son entregados oportunamente en los almacenes del acreedor, el rechazo del acreedor al cumplimiento defectuoso del deudor se hará evidente cuando le exija el cambio del producto o, en su caso, el pago de la penalidad convenida.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones, impropriamente denominadas por el Código Civil peruano como inexecución de obligaciones, no se está refiriendo única y exclusivamente

al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En todos estos supuestos, se está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria, por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, esta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Si el deudor incumple sus obligaciones y causa un daño de US\$ 100.00 y se pactó una pena de US\$ 1,000.00, ésta debe reducirse ya que el acreedor no puede ni debe enriquecerse a costa del deudor. Ello en razón de que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento y no el enriquecimiento del acreedor.

Cuando desarrollamos las funciones de la cláusula penal hemos puesto de manifiesto que la cláusula penal no tiene ni cumple esencialmente una función indemnizatoria o resarcitoria. La función esencial de cláusulas penal es la función preventiva, junto con la función punitiva. Por consiguiente, cuando el deudor incumple con sus obligaciones, que dicho sea de paso tal incumplimiento es imputable a él por dolo o culpa, debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada. Ello es similar al insulto que profiere un sujeto a otro y luego de ello le dice «pero que te he hecho, acaso te he causado daño». O que el deudor diga al acreedor: «he cumplido tardíamente, pero he cumplido, cómo vas a exigirme el pago de la penalidad si he cumplido. Más vale tarde que nunca. En todo caso pídemme algunos intereses moratorios». En este supuesto, la obligatoriedad de los acuerdos contractuales se relativiza, generándose, desde nuestro punto de vista, una falta de respeto a la palabra empeñada.

La penalidad convencional, como su nombre lo indica es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna.

Nos ratificamos, pues, en nuestra postura de considerar inmutable e intangible la pena convencional y libremente pactada.

#### **4. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Hemos manifestado que la cláusula penal, llamada también pena convencional o pena obligacional, es un pacto por el cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones, desincentivando el incumplimiento de las obligaciones y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente de los contratantes. Del mismo modo, por medio de una cláusula penal se permite que se anticipen los daños y perjuicios, cuando el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor.

Dentro de este contexto, la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y punitiva, y en forma secundaria, *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause daños al acreedor.

Si los contratantes pactan una penalidad con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar su incumplimiento, resulta natural que si el deudor incumple por causas imputables a él (dolo o culpa), esté en la obligación de pagar la penalidad libremente convenida y el acreedor tenga el derecho de solicitar su ejecución. Por tanto, resulta inequitativo, además de ineficiente, que precisamente el sujeto que incumple con sus obligaciones acuda a un Juez para pedirle que reduzca el monto de la penalidad que él mismo aceptó. No olvidemos que este deudor también pudo convertirse en acreedor en el caso de que el otro contratante incumpliese. Ello suele ocurrir, pues normalmente se pactan cláusulas penales recíprocas.

Por consiguiente, no aceptamos la postura de los que sostienen que cuando se pacta una penalidad un contratante se aprovecha del otro. Recordemos que en muchos contratos, como por ejemplo los contratos de obra, no sólo se pactan penalidades sino también premios cuando un contratante cumple con sus obligaciones en forma anticipada.

Las penalidades libremente pactadas en los contratos paritarios o negociados deben respetarse y deben cumplirse cuando el deudor incumpla con sus obligaciones, por lo que no participamos de la tesis de una revisión judicial o arbitral de las penas convencionales, ni a pedido del deudor ni realizadas de oficio por el Juez.

Urge una reforma legislativa del artículo 1341 y la derogatoria del artículo 1346 del Código Civil de 1984, en el sentido de precisar la función de la cláusula penal y de otro lado garantizar la libertad de contratación dotando de plena eficacia a los acuerdos contractuales y especialmente, en este caso, a las penalidades libremente pactadas.



# LIBERTAD CONTRACTUAL, CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA Y «CLÁUSULAS DE ESTILO»<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. *Cláusula resolutoria expresa.* 2. *Eficacia de la cláusula resolutoria expresa.* 3. *Conclusiones.*

## 1. CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

La “cláusula resolutoria expresa”, conocida también en la doctrina como “pacto comisorio”<sup>1</sup>, se encuentra regulada en el artículo 1430 del Código Civil peruano, cuyo texto transcribimos a continuación:

*“Artículo 1430.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.*

*La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.”*

Conforme autorizada doctrina peruana, la cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio “(...) es una cláusula (entendida en el sentido de estipulación) del contrato recíproco en virtud de la cual se conviene que el contrato queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo”<sup>2</sup>.

---

(\*) Por Carlos Alberto SOTO COAGUILA.

<sup>1</sup> La denominación, en la doctrina comparada, de pacto comisorio como sinónimo de condición resolutoria no alude el pacto comisorio que se utiliza en el derecho peruano, donde éste es utilizado para referirse al pacto por el cual el acreedor puede adjudicarse el bien otorgado en garantía, pacto que nuestro ordenamiento sanciona con nulidad. En el derecho peruano se utiliza la nomenclatura de cláusula resolutoria expresa.

<sup>2</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil.* Lima, Palestra Editores, Tomo II, 2001, p. 442.

El recordado maestro Guillermo A. BORDA, máximo exponente de la doctrina argentina, refiere que el pacto comisorio es la “(...) cláusula que permite a los contratantes reclamar la resolución del contrato cuando una de ellas no ha cumplido con las obligaciones a su cargo”<sup>3</sup>.

Mediante la inclusión de una cláusula resolutoria expresa en un contrato, las partes acuerdan que el contrato se resolverá si alguno de ellos incumple con las obligaciones asumidas en dicho contrato. Por consiguiente, “La cláusula resolutoria es un elemento accidental del contrato y es necesario pactarla para que exista, a diferencia de la resolución por incumplimiento que es un elemento natural de todos los contratos recíprocos, de tal manera que procede su ejercicio aunque no haya sido estipulada, salvo que se haya renunciado a ella”<sup>4</sup>.

Debemos precisar que el contrato *no se resuelve en forma automática* cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, sino cuando la parte fiel al contrato comunica a la parte infiel (la que incumplió sus obligaciones) su deseo e interés de hacer valer la cláusula resolutoria. Una vez que la parte infiel recibe la comunicación, el contrato se resuelve de pleno derecho.

Como advierte MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, “(...) la resolución es ineficaz (no produce efecto) en tanto la parte fiel no pone en conocimiento de la infiel que desea hacer efectiva la resolución, caso en el cual, ésta opera de pleno derecho”<sup>5</sup>.

En consecuencia, el efecto resolutorio del contrato está subordinado no sólo al incumplimiento, sino también a la declaración de querer hacer la valer la cláusula resolutoria expresa.

## **2. EFICACIA DE LA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA**

Las personas, sobre la base de su libertad contractual, pueden incorporar en sus contratos las cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus

---

<sup>3</sup> Cfr. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1983, Tomo I, pp. 234-235.

<sup>4</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 443.

<sup>5</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 442.

intereses, siempre que no atenten contra el orden público, las buenas costumbres o las normas legales de carácter imperativo. En tal sentido, las partes tienen plena libertad para pactar e incluir en sus contratos una cláusula resolutoria expresa.

Con relación al pacto de la cláusula resolutoria expresa, nos preguntamos si para que las cláusulas resolutorias sean eficaces se requiere, además del incumplimiento, qué se haya convenido expresamente y qué con claridad se especifique los supuestos de incumplimiento de obligaciones que darán lugar a la resolución del contrato; o si, por el contrario, será eficaz la cláusula resolutoria pactada en forma genérica sin indicación específica del incumplimiento de obligaciones que darán lugar a la resolución.

En la exposición de motivos y comentarios al Código Civil peruano, los codificadores expresaron que “(...) la resolución a que nos estamos refiriendo tiene que haber sido convenida en forma expresa y, con fines de seguridad jurídica, la prestación que se incumple **debe haber sido establecida con la mayor precisión posible**”<sup>6</sup> (el resaltado es nuestro).

Para que no quede duda, en la propia Exposición de Motivos encontramos un modelo de cláusula resolutoria expresa:

“Un ejemplo del modelo que sanciona el artículo 1430, está dado por una cláusula que diga textualmente lo siguiente:

CLAUSULA SEXTA: Queda expresamente convenido que el contrato se resolverá de pleno derecho, cuando el comprador no entregue el bien en el plazo convenido o el vendedor no pague el precio pactado, dentro del plazo fijado. Para que se produzca la resolución, el interesado deberá comunicarlo a la contraparte, dando a conocer que ha hecho valer la cláusula resolutoria”<sup>7</sup>.

Sin perjuicio de la precisión formulada por los codificadores en la Exposición de Motivos, en el ejercicio profesional, es muy frecuente encontrar en diversos contratos con alguna de las siguientes cláusulas:

<sup>6</sup> Cfr. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984*. Compilada por Delia REVOREDO DE DEBAKEY. Lima, 1985, p. 91.

<sup>7</sup> Cfr. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984*. Op. cit., pp. 91-92. También se puede consultar la obra *Exégesis*, Tomo I, del doctor MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, Lima, Editora Rocarme, tercera edición, 1988, p. 207.

*“CLÁUSULA ... .- De conformidad con el artículo 1430, el contrato se resolverá de pleno derecho si alguna de la partes contratantes incumple con sus obligaciones”.*

*“CLÁUSULA ... .- Cuando alguna de las partes contratantes incumpla con las obligaciones asumidas en el presente contrato, éste se resolverá de pleno derecho de conformidad con lo previsto por el artículo 1430 del Código Civil peruano.”*

*“CLÁUSULA ... .- En este acto, ambas partes acuerdan que el contrato se resolverá de pleno derecho cuando una de ellas incumpla alguna de las obligaciones asumidas en el presente contrato, para lo cual bastará la comunicación con conducto notarial.”*

Frente a estos modelos de estipulaciones o pactos, debemos preguntarnos si dichas cláusulas son eficaces y, por consiguiente, idóneas para resolver un contrato de pleno derecho cuando una de las partes incumple con sus obligaciones.

Sobre el particular, calificada doctrina peruana distingue la cláusula resolutoria expresa de las llamadas cláusulas de estilo, advirtiendo que la cláusula resolutoria expresa “debe referirse específicamente a determinadas obligaciones previstas en la cláusula resolutoria o a específicas modalidades”<sup>8</sup>; pero si “la cláusula se refiere a todas las obligaciones a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se trataría de una mera cláusula de estilo que no conduciría a la aplicación del artículo (...) 1430 del (Código Civil peruano)”<sup>9</sup>.

Para una mejor comprensión del estado de la cuestión de la doctrina peruana, recordaremos que el antecedente del artículo 1430 del Código Civil peruano fue el artículo 1456 del Código Civil italiano, cuyo texto se transcribe a continuación:

*“1456. Cláusula resolutoria expresa.- Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelve en el caso que una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas.*

---

<sup>8</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 444.

<sup>9</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 444.

*En este caso, la resolución se produce de pleno derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que pretende valerse de la cláusula resolutoria.”*

La calificada doctrina italiana –entre los que podemos mencionar a Rodolfo SACCO, Renato SCOGNAMIGLIO, MOSCO, MIRABELLI– que ha comentando este artículo, ha dicho que:

“(…) la cláusula resolutoria expresa debe contener la indicación concreta de las modalidades singulares cuya inobservancia se considera esencial por las partes; porque *si la cláusula se refiriese de modo genérico a todos los eventuales incumplimientos, se convierte en una cláusula de estilo* y tendría la misma eficacia que la cláusula resolutoria tácita esto es, del remedio contemplado en el art. 1453 y, por consiguiente, sería superfluo e inútil su inclusión en el contrato”<sup>10</sup> (el resaltado es nuestro).

“La cláusula debe contener referencias específicas a las obligaciones cuya infracción producirá la resolución: *si ella comprende todas las obligaciones impuestas por el contrato a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se entiende como cláusula de estilo*, y se tiene por no puestas: esta conclusión se deriva de la limitación “determinada”, antepuesta en el artículo 1456 del cód. civ. al término “obligación”<sup>11</sup>” (el resaltado es nuestro).

“(…) la cláusula expresa adquiere principalmente el valor de una predeterminación de las hipótesis de incumplimiento que, según el pacto de los interesados, pueden determinar la resolución; y se explica que en presencia de una cláusula de tal índole, no se permita averiguación alguna sobre la entidad mayor o menor del incumplimiento. Pero para que ello ocurra es precisa la referencia expresa a las hipótesis de incumplimiento a las cuales se atribuye esa relevancia; de manera que ***si los estipulantes se limitan a indicar en términos genéricos que el contrato se considerará resuelto en caso de incumplimiento, lo natural es pensar que ellos pretendieron simplemente aludir superfluamente al remedio***

<sup>10</sup> Cfr. MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, pp. 349-350.

<sup>11</sup> Cfr. SACCO, Rodolfo. La resolución por incumplimiento. En: “Estudios sobre el contrato en general”, AA.VV., Lima, ARA Editores, 2003, p. 910.

**general del art. 1453 cit., por medio de una cláusula de estilo** (y entonces corresponderá el Magistrado valorar concretamente la entidad del incumplimiento)<sup>12</sup>. (el resaltado es nuestro).

Como podemos apreciar, la doctrina italiana diferencia una cláusula resolutoria expresa de una cláusula de estilo, advirtiendo (tanto la doctrina como la jurisprudencia) que *la cláusula de estilo es aquella pactada en sentido genérico y que por ende, no tiene ninguna eficacia, llegando algunos tratadistas a sostener que se estaría frente a una cláusula inútil.*

Los comentarios al artículo 1456 del Código Civil italiano son perfectamente aplicables al artículo 1430 del Código Civil peruano, ya que constituye su antecedente legislativo inmediato.

Hugo FORNO, que no comparte esta posición, pone de manifiesto lo siguiente:

“(…) para que la cláusula surta efectos debe indicarse en ella con toda precisión la obligación u obligaciones cuya inobservancia facultará al acreedor a resolver la relación contractual<sup>13</sup>.”

El mismo autor, citando al tratadista italiano Mirabelli, señala que la cláusula:

“(…) debe referirse a específica y determinada obligación prevista en el contrato o a específica y determinada modalidad, y añade que debe ser, por tanto, rigurosamente comprobado si tal determinación existe o bien si se trata de una cláusula de estilo con lo cual las partes no tendrán más que reclamar el efecto resolutorio general y no podrá prescindirse del ejercicio de la acción judicial de resolución o accionar el mecanismo de la resolución por autoridad del acreedor<sup>14</sup>.”

Comentando la legislación peruana, Hugo Forno expresa que “*Nuestro Código Civil en su artículo 1430 recoge este postulado cuando señala que*

---

<sup>12</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 272.

<sup>13</sup> Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. *Resolución por incumplimiento*. En: “Temas de Derecho Contractual”, AA.VV. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1987, p.115.

<sup>14</sup> Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. *Op. cit.*, pp. 115-116.

*la prestación debe ser determinada y luego, con inusual reiteración, agrega que ésta debe establecerse con toda precisión*<sup>15</sup> (el resaltado es nuestro).

Sobre el particular, el maestro Manuel De La Puente y Lavalle sostiene que:

“Ello ha llevado a parte importante de la doctrina italiana y también de la peruana a opinar en el sentido de que la cláusula debe referirse específicamente a determinadas obligaciones previstas en la cláusula resolutoria o a específicas modalidades, considerándose que si la cláusula se refiere a todas las obligaciones a cargo de una de las partes, genéricamente indicadas, se trataría de una mera cláusula de estilo que no conduciría a la aplicación del artículo 1546 del Código italiano o del artículo 1430 del peruano, sino a la del artículo 1453 del primer Código o del artículo 1428 del segundo, o sea a la resolución judicial por incumplimiento, como ocurre en todo caso de falta de cumplimiento de prestaciones en un contrato con prestaciones recíprocas, por lo cual la cláusula sería superflua e inútil”.

Sin perjuicio de la distinción entre una cláusula resolutoria expresa y una cláusula de estilo, Hugo Forno sostiene que “(...) mientras la cláusula no deje lugar a duda que las partes ha (sic) querido reservarse con ella la facultad de resolver el contrato de pleno derecho, una referencia al incumplimiento de las obligaciones o a la inejecución de las prestaciones en general hubiera sido suficiente para que tal cláusula fuera susceptible de producir plenos efectos”<sup>16</sup>. En consecuencia, para este autor, la cláusula pactada en sentido genérico (denominada por la doctrina como cláusula de estilo) sería eficaz y por lo tanto exigible, ya que la autonomía de la voluntad de las partes es soberana y no se viola ningún principio de orden público al pactarla en un contrato en particular.

No obstante, para Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, “(...) según los Códigos civiles de Italia y del Perú no cabe otra solución que establecer con toda precisión cuáles son las prestaciones cuyo incumplimiento da lugar a la aplicación del pacto comisorio, quedando excluidas las prestaciones a las que se haga referencia de manera general, por claros que sean los términos

<sup>15</sup> Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>16</sup> Cfr. FORNO FLOREZ, Hugo. *Op. cit.*, p. 117.

del pacto, respecto a que el incumplimiento de tales prestaciones da lugar a la resolución de pleno derecho”<sup>17</sup>.

Por último y en forma categórica, Manuel DE LA PUENTE expresa que:

“La resolución de pleno derecho es una medida excepcional, que sólo debe ser aplicable para el caso de aquellas prestaciones que las partes consideran de importancia determinante para la celebración de un cierto contrato, de tal manera que su incumplimiento (inejecución) lesiona gravemente los intereses que motivaron tal celebración. No cabe pensar que todas las prestaciones pactadas en un contrato tienen esta importancia determinante, pues la experiencia de la contratación pone de manifiesto que ello no es así. No debe desconocerse, desde luego, que muchas prestaciones consideradas como secundarias, cobran especial interés en las circunstancias particulares de cada contrato, pero de allí a afirmar que todas las prestaciones, sean a cargo de una de las partes o de ambas, son determinantes hay un abismo (sic). En realidad, conceder valor a la cláusula resolutoria expresa que cubre el incumplimiento de las prestaciones en general pactadas en el contrato, significa tomar un seguro respecto a que cualquier incumplimiento, sea cual fuere su importancia, da lugar a la resolución de pleno derecho, lo cual desvirtúa el carácter excepcional del pacto comisorio. En la medida que una cláusula resolutoria se convierte en de estilo, pierde sentido el que se le conceda un tratamiento reservado expresamente por la ley para las cláusulas que precisan las prestaciones cuya inejecución da lugar a la resolución de pleno derecho”<sup>18</sup>.

Personalmente, no compartimos la opinión de la calificada doctrina peruana, toda vez que sobre la base de la autonomía privada, las partes contratantes pueden incorporar una cláusula resolutoria expresa, declarando:

- a) En forma detallada las obligaciones de una de las partes o de ambas cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución.

---

<sup>17</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 446.

<sup>18</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 447.

- b) En forma genérica todas las obligaciones cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución.
- c) En forma específica que obligaciones de una de las partes o de ambas no darán lugar a la resolución del contrato.

En consecuencia, las partes contratantes pueden convenir y moldear la cláusula resolutoria según sus intereses.

A ello debemos agregar que un contrato no siempre está conformado por una obligación, sino por un conjunto de obligaciones, por lo que sí la común intención de las partes es convenir que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato dará lugar a la resolución del contrato, bajo la óptica de la doctrina que sostiene que la cláusula resolutoria expresa es tal cuando las partes han precisado en forma específica qué incumplimiento de obligaciones dará lugar a la resolución, las partes tendrían que detallar en la cláusula resolutoria, nuevamente, todas las obligaciones que se encuentran a lo largo de todo el contrato, lo que en la práctica implicaría redactar casi otro contrato.

Algunos operadores del derecho podrían alegar, en defensa de la especificidad de la cláusula resolutoria expresa, que bastaría con hacer remisión de las cláusulas que contienen las obligaciones que darán lugar a la resolución del contrato.

Sin perjuicio de la solución práctica mencionada en el párrafo anterior, nos parece ilógico que no se respete la libertad contractual de las partes, ya que si los contratantes desean pactar, y así lo declaran expresamente en el contrato, que éste se resolverá de pleno derecho cuando se incumpla cualquiera de las obligaciones, no queda la menor duda de que ambas partes están acordando libre y voluntariamente que el incumplimiento de una obligación, sea principal o accesoria, importante o no, dará lugar a la resolución del contrato.

En este contexto, la distinción entre la cláusula resolutoria expresa y una cláusula de estilo, deviene en una de las tantas elucubraciones conceptuales de los juristas.

En nuestra opinión, nada impide a las partes pactar una cláusula resolutoria en sentido genérico o específico.

Sin embargo, debemos informar que mayoritariamente la doctrina peruana no participa de nuestra opinión, por lo que considero conveniente advertir de los riesgos que conllevaría incluir una cláusula resolutoria

en sentido genérico, ya que algunos operadores del derecho (abogados, magistrados, notarios, registradores, etc.) pueden interpretar el artículo 1430 en el sentido de que una cláusula resolutoria expresa es eficaz solamente cuando se haya precisado en forma específica y detallada el incumplimiento de obligaciones que darán lugar a la resolución del contrato, y nieguen eficacia y exigibilidad a las cláusulas resolutorias genéricas o cláusulas de estilo.

### **3. CONCLUSIONES**

Luego del análisis realizado, podemos concluir lo siguiente:

- 3.1. La cláusula resolutoria expresa es el pacto o estipulación mediante el cual las partes acuerdan que la relación contractual creada por el contrato se resolverá de pleno derecho (sin necesidad de sentencia judicial), cuando una de ellas incumpla con una o más obligaciones contractuales. Lo que se extingue no es el contrato, sino la relación contractual creada por el contrato. En este sentido, es común encontrar que la doctrina utiliza indistintamente y como sinónimos los términos “resolución del contrato” y “resolución de la relación contractual creada por el contrato”.
- 3.2. Conforme lo dispone el artículo 1430 del Código Civil peruano, la prestación que dará lugar a la resolución, debe establecerse con toda precisión. Amparándose en este supuesto normativo, la doctrina peruana, mayoritariamente sostiene que la cláusula resolutoria debe contener en forma específica, taxativa, detallada y precisa cada una de las obligaciones de una parte (o de ambas) que darán lugar a la resolución de la relación contractual.
- 3.3. La doctrina tradicional diferencia la cláusula resolutoria expresa de la cláusula de estilo. Esta última, es la cláusula por la cual las partes acuerdan en forma genérica, sin especificar cada una de las obligaciones, que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones dará lugar a la resolución de pleno derecho del contrato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1430 del Código Civil peruano. En este sentido, las cláusulas de estilo que se pacten en los contratos no tendrán ninguna eficacia y, por tanto, no servirían para resolver la relación contractual creada por el contrato, ya que dichas cláusulas no tienen el valor de una cláusula resolutoria expresa.

3.4. Nuestra opinión, minoritaria por cierto, es distinta y opuesta a la postura tradicional y mayoritaria de la doctrina peruana. Nosotros consideramos válido y eficaz el pacto por el que las partes acuerdan (precisando en forma específica o genérica las obligaciones) que el incumplimiento de una o más obligaciones asumidas en el contrato dará lugar a la resolución del contrato de conformidad con el artículo 1430 del Código Civil. En tal sentido, los términos “determinada prestación” y “establecida con toda precisión” del artículo 1430, aluden al pacto resolutorio y no a las prestaciones en sí mismas.

El fundamento de nuestra tesis se encuentra en los principios contractuales de la autonomía privada y la libertad contractual de las partes contratantes.



# LIBERTAD CONTRACTUAL Y CLÁUSULAS ABUSIVAS<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* 2. *Ámbito de aplicación.* 3. *Mecanismos de control.*  
4. *Tipología de las cláusulas abusivas.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Ante todo, hay que señalar que la libertad contractual asume unos perfiles nuevos como consecuencia de dos fenómenos distintos pero íntimamente relacionados entre sí. Por un lado, a lo largo de nuestro siglo se ha generalizado el uso por parte de los empresarios de toda índole, tamaño y actividad de las condiciones generales de la contratación, con las ventajas y dificultades que hemos apuntado en otro lugar<sup>1</sup>; por otro lado, en los últimos años se ha restringido notablemente su ámbito de actuación como consecuencia de la protección de los consumidores. Ambos fenómenos convergen en la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con –o más bien por– consumidores, que se ha incorporado el Derecho español por la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (LCG), que vamos a estudiar aquí; y cuya Disp. Ad. 1<sup>a</sup> da nueva redacción, con esta misma finalidad, a la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (LCU).

Por eso, una breve referencia a la Directiva constituye la mejor introducción al nuevo régimen de la libertad contractual en el Derecho europeo, en general, y en el vigente Derecho español, en particular. En efecto, conviene recordar que su origen inmediato está en el Acta Única Europea de 1985 que, al instaurar el mercado común sin fronteras interiores a partir de 1993, provocó una notable euforia europeísta que ha tenido, entre otras consecuencias, al menos, tres manifestaciones importantes para nuestro propósito.

---

(\*) Por Carlos VATTIER FUENZALIDA.

<sup>1</sup> *RCDI*, 630, 1995, pp. 1523 y ss.

La primera de ellas es, precisamente, la promulgación de la citada Directiva, que había estado paralizada por años, desde mediados de los años ochenta, y que sufrió sucesivos recortes al pasar de la Propuesta inicial de 1990 a la Propuesta modificada de 1992, hasta ser finalmente publicada en abril de 1993. Una segunda manifestación es la tesis formulada por Ewoud HONDIUS según la cual, dado que la Directiva incide en el “corazón” del Derecho de los contratos<sup>2</sup>, cabe pensar que contiene el germen de algo tan trascendente como es un nuevo Derecho europeo de obligaciones. La última manifestación está en línea con esto y consiste en los trabajos preliminares que, a impulsos del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, respectivamente, se llevan a cabo por dos grupos de especialistas que elaboran en la actualidad el futuro texto uniforme del Derecho de obligaciones y contratos; se trata, por un lado, de los *Principios* que redacta la Comisión Lando y, por otro, del *Código* que prepara la Academia de Privatistas Europeos con sede en Pavia. Aunque los tres aspectos son de gran interés y están indudablemente enlazados entre sí, sólo nos vamos a ocupar de la Directiva 93/13, y ello con la brevedad que la presente ocasión exige.

El esquema de la Directiva es, en apretada síntesis, el siguiente: Ante todo, regula los contratos de adhesión, estén o no sujetos a condiciones generales, y los define como aquéllos cuyas cláusulas no se han negociado individualmente. Entiende que no hay tal negociación cuando el adherente no ha podido influir en su contenido, carácter que no se pierde por el hecho de que alguna cláusula haya sido negociada, y se presume la falta de negociación, salvo prueba del predisponente en contrario.

Por otro lado, estos contratos deben celebrarse, además, entre un profesional y un consumidor; mientras el primero se define como toda persona física o jurídica, lo mismo pública que privada, que actúa dentro del marco de su actividad profesional, el consumidor, en cambio, es solamente la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Aparte de la doble tautología, es de notar que este concepto difiere del “destinatario final” que contempla el art. 1º LCU.

En seguida, las cláusulas de estos contratos deben ser claras y comprensibles, en caso de duda se deben interpretar a favor del consumidor y no deben ser abusivas; lo son, según el art. 3º de la Directiva, en estos

---

<sup>2</sup> *Eur.Rev.Priv.Law*, 3, 1995, p. 242.

dos casos: A) cuando, “pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, y B) cuando así lo determine el juez en los supuestos concretos de la lista “gris” contenida en el Anexo de la Directiva. Pero quedan fuera de este control judicial las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y al precio, retribución o contraprestación. Las cláusulas declaradas abusivas no vinculan al consumidor y el contrato persiste si puede subsistir sin ellas.

En fin, la disciplina comunitaria pretende armonizar las legislaciones estatales en torno a este nivel mínimo de protección, pero se declara compatible con las disposiciones que confieran al consumidor una protección mayor, y debía ser adoptada por cada Estado miembro antes de finalizar el año 1994.

No podemos entrar en el complejo itinerario de la recepción de esta Directiva en los distintos países europeos. Apuntemos que casi todos, salvo Inglaterra, se han atrasado, y algunos, como Bélgica y Holanda, han considerado innecesario modificar sus respectivos ordenamientos; tanto Francia como Alemania, se han limitado a unos retoques mínimos al Código del consumo y a la Ley sobre condiciones generales de los contratos, cuya sola denominación muestra las orientaciones dispares que imperan a uno y a otro lado del Rhin, mientras que en Italia se ha incorporado la Directiva al Código civil, añadiéndose al final de los contratos en general. Esta diversidad pone de relieve que, si bien se ha alcanzado una protección mínima del consumidor en Europa, la armonización legislativa ha fracasado. Con razón, para Jürgen BASEDOW, el Director del Instituto Max-Planck de Hamburgo, se requiere un reglamento comunitario que, fundado en el art. 100A del Tratado, imponga un texto de aplicación uniforme<sup>3</sup>.

En España, aunque el Tribunal Supremo comenzó a invocar la Directiva tempranamente, la recepción legislativa ha sido también tardía, acaso la última de Europa, y se ha llevado a cabo de un modo desconcertante.

En efecto, la LCG, junto con trasponer lo esencial de la Directiva e integrarla en la LCU, regula las condiciones generales de la contratación, inspirándose en el Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, cuya última versión es de 1991, que sigue de cerca la

---

<sup>3</sup> *Rev. Int. Dr.Comp.*, 1, 1998, p. 22.

mencionada Ley alemana de 1976, lo que no se compagina bien con la orientación francesa que predomina con claridad en el texto comunitario. Además, lo hace de forma incompleta, con una notable mutilación, pues el art. 8º, que establece la nulidad de las cláusulas ilegales, no se refiere a la cláusula general de buena fe. En fin, la LCG es de una llamativa imperfección técnica, ya que no sólo trasvasa preceptos de la Directiva al régimen de las condiciones generales sino que confunde al adherente con el consumidor, con lo que la dualidad de regímenes que pretendía establecer, en el fondo, desaparece. A su paso por las Cortes sufrió, además, una doble amputación; por un lado, se suprimió la exclusión del control sobre el objeto principal y el precio del contrato y, por otro, se eliminaron las llamadas cláusulas insólitas, que reaparecen, sin embargo, en la lista “negra” de cláusulas abusivas.

En suma, resulta de todo esto una especie de ley postmoderna que carece de eficacia directamente dispositiva o preceptiva; según la tesis de Erik JAYME, se trataría de una ley de tipo “narrativo”<sup>4</sup>, que describe o ilustra la figura jurídica de las condiciones generales de la contratación, pero, en realidad, no regula ni ordena el fenómeno en cuestión, salvo en lo que concierne a la publicidad y a las acciones colectivas.

Hecha esta larga, pero necesaria, introducción, pasamos a estudiar de forma unitaria el nuevo régimen legal, que se desdobra hoy en la LCU y la LCG. Lo haremos conforme a este esquema: tras estudiar el ámbito de aplicación, veremos los mecanismos de control y terminaremos con una propuesta de clasificación de los nada menos que 29 números que comprende la nueva Disp. Ad. 1ª de la LCU.

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El ámbito de aplicación se delimita con arreglo a dos criterios, uno objetivo y otro subjetivo; mientras el primero determina los contratos regulados por la legislación especial, el último se refiere a las cualidades de los contratantes.

En cuanto al primero de estos criterios, el art. 1º de la LCG recoge una definición de condiciones generales que procede del Anteproyecto de 1991, de acuerdo con la cual se trata de las cláusulas predisuestas por

---

<sup>4</sup> *Riv.dir.civ.*, 1997, I, 821.

una de las partes con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos e impuestas a la otra parte, con independencia de su autoría, apariencia, extensión o cualquier otra circunstancia externa. Es claro que se superan así buena parte de los defectos en que incurría el art. 10.2 de la LCU, cuya derogación nos exime de entrar en el detalle de los mismos. A esto se añade, sin embargo, el criterio de la falta de negociación que es propio de la Directiva ya que, como dice el pár. 2º del precepto citado, la negociación parcial de cláusulas aisladas no excluye la aplicación de la LCG, siempre que la apreciación global del contrato lleve a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión, lo que presupone, en rigor, la previa interpretación del mismo.

Aparte de la *conmixtio* de normas de procedencia diversa, observemos que, con ser acertada la definición de condición general, la LCG introduce aquí una innovación importante, pues da a entender que la esencia del fenómeno radica, no tanto en la predisposición o redacción previa del clausulado, sino más bien en la imposición del mismo al adherente. Novedad significativa que no sólo acusa la influencia del texto comunitario sino que rectifica la anterior orientación de nuestra doctrina, que ha expuesto Jesús Alfaro últimamente, para el que la falta de negociación no es un elemento esencial e indispensable del concepto legal de condición general de la contratación<sup>5</sup>, lo que ahora, visto el nuevo precepto, no puede sostenerse. Por el contrario, hoy se debe que entender que es la adhesión al proyecto predispuesto lo que determina la calificación del contrato como sujeto a condiciones generales y la consiguiente sumisión al régimen especial de la LCG.

Este mismo criterio de falta de negociación es el que impera, como es lógico, en los contratos celebrados por los consumidores. Conforme al nuevo art. 10.1 de la LCU, se trata de las “cláusulas no negociadas individualmente relativas a (...) productos o servicios”, fórmula un tanto extraña que implica, al menos, estas dos cosas, a saber: De un lado, que exista un contrato de compraventa o de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, o un contrato de arrendamiento de obra o de servicios y, de otro lado, que una de las partes imponga a la otra el contenido del respectivo contrato, sin que ésta haya podido influir en su contenido. La imposición se presume por la falta de negociación, a no ser que el profesional pruebe

---

<sup>5</sup> *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 66-67 y 126 y ss.

la existencia de la misma (art. 10 bis, pár. 3º). Este contrato de adhesión, en fin, puede ser tanto individual como sujeto a condiciones generales, caso en el cual queda sometido a la doble regulación de la LCU y de la LCG (art. 10.3 LCU).

En fin, las dos regulaciones coinciden casi en su ámbito territorial de aplicación, pero difieren en los contratos que excluyen. En cuanto al territorio, ambas se aplican a los contratos celebrados en España, pero, mientras la LCG parece que puede ser excluida por la voluntad de las partes, de conformidad con el Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 3, pár. 2º, en **contra** Preámbulo I, pár. 2º), la LCU se aplica, en cambio, a pesar de lo acordado por los contratantes con arreglo al mencionado Convenio (art. 10 bis.3).

Mientras la primera excluye los contratos administrativos, los de trabajo, la constitución de sociedades, los relativos a la familia y a la herencia, así como los contratos normados con carácter imperativo, tanto por normas internas como por disposiciones internacionales (art. 4 LCG), la segunda se aplica a todos los contratos en que intervengan consumidores (Disp. Ad. 2ª LCU) y, de manera muy especial, a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, así como por las empresas públicas y las concesionarias de servicios públicos, cuyas condiciones generales están sometidas, además, a aprobación y control administrativo (art. 10.5 LCU).

Por lo que respecta al criterio subjetivo, el ámbito de aplicación resulta de las definiciones legales de profesional, de adherente y de consumidor. Y lo primero que llama la atención aquí es que las dos regulaciones incurrir en el error de definir al profesional, y de no ocuparse con igual precisión del adherente y del consumidor, como si aquél fuera el protagonista que determina la sujeción al régimen especial de los contratos de adhesión, y no estos últimos.

Así, pues, la LCG nos dice que el predisponente es un profesional y que se entiende por tal “toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada” (Art. 2.2), lo que repite la LCU en parecidos términos (Disp. Ad. 1ª, pár. final). Notemos que ambas definiciones copian casi a la letra el texto comunitario que conocemos y que comprenden tanto a los empresarios, lo mismo individuales que colectivos, como a los profesionales liberales y a los trabajadores por cuenta propia.

Según el art. 2º de la LCG, el adherente es cualquier persona física o jurídica, que puede ser también un profesional, “sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad” (art. 2.3). Esto quiere decir que el régimen especial de las condiciones generales se aplica, en principio, a las relaciones de los empresarios o profesionales entre sí; pero quiere decir también que el adherente, al poder actuar fuera del cuadro de su actividad económica, puede no ser un profesional. En pocas palabras, el adherente puede ser también un consumidor. Por eso decíamos que ambas figuras se confunden por el legislador, con las consecuencias sistemáticas y prácticas que tal identificación comporta; entre muchas otras, se puede intuir que el régimen de las condiciones generales permanecerá tendencialmente inaplicado, salvo en cuanto a la publicidad y a las acciones colectivas, por ser más favorable al adherente el establecido por la LCU para el consumidor, siempre que éste no se entienda restringido al destinatario final de los bienes y servicios.

El problema es que la LCU no nos da una nueva definición de consumidor, en contra de lo que anuncia el Preámbulo de la LCG. En efecto, “de conformidad con la Directiva traspuesta –se lee en el mencionado Preámbulo–, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (pár. 9º), lo que más adelante se reitera cuando el Preámbulo afirma que tal persona debe considerarse como consumidor, “aunque no fuera destinataria final de los bienes y servicios objeto del contrato” (VIII, pár. 2º). Pero luego las Disps. Ads. 1ª y 2ª, que son las únicas que modifican la LCU, guardan un inexplicable silencio al respecto.

Aunque los arts. 1, 2 y 3 de la LCU no está derogado ni expresa ni tácitamente, hay que entenderlo superado por la normativa ulterior, y ello por varias razones. Ante todo, no sólo las leyes especiales de consumo lo han modificado, sino que la jurisprudencia ha prescindido en varias ocasiones del mismo, y la doctrina ha terminado por admitir su aplicación analógica a los profesionales que se encuentren de hecho en una situación comparable a la del consumidor. Por otra parte, inclinan en esta dirección, tanto el art. 51 de la Constitución, que consagra el principio general de protección de los consumidores, como el art. 96.1, que obliga a interpretar el Derecho interno de conformidad con la Directiva, y ésta impide la reducción del nivel de protección que se produciría por la equiparación del consumidor con el destinatario final. Por último, la

interpretación del concepto de profesional *a contrario*, permite entender que es consumidor quien actúa al margen de su actividad económica, sea o no sea el destinatario final de los bienes y servicios.

Perfilado así el ámbito de aplicación, podemos examinar ya los requisitos y los distintos mecanismos de control.

### **3. MECANISMOS DE CONTROL**

En efecto, las cláusulas de los contratos de adhesión, para ser válidas y eficaces, deben reunir ciertos requisitos externos y internos, cuya verificación en sede judicial tiene lugar a través del control de incorporación y el control del contenido; a estos mecanismos de control, se unen las reglas sobre la interpretación del contrato, algunas de las cuales sirven también para la integración de su contenido.

Los requisitos de incorporación son similares en los dos regímenes que estudiamos y tienen por finalidad asegurar la transparencia del clausulado, esto es, que el adherente pueda conocer, alcance el conocimiento efectivo y acepte su inclusión en el respectivo contrato de adhesión.

Así, de acuerdo con el art. 5 de la LCG, las condiciones generales deben redactarse con claridad, concreción y sencillez, y deben además ser aceptadas expresamente, previa información de su existencia y entrega de un ejemplar de las mismas. La aceptación se produce por la firma del contrato escrito, y presenta modalidades diversas en los contratos que no constan por escrito y los celebrados por teléfono o por medios electrónicos.

Según el art. 7, se excluyen las cláusulas opacas, es decir, las ilegibles, las ambiguas y las incomprensibles, que no sean aceptadas por escrito o no se ajusten a normas específicas sobre transparencia. Nótese que trata de cláusulas incomprensibles, pero transparentes, como puede ser, por ejemplo, el TAE. En fin, determina el art. 9.1, que la exclusión de las cláusulas opacas o no transparentes se declara por sentencia judicial a petición del adherente.

Asimismo, conforme al nuevo art. 10 de la LCU, tanto la oferta o promoción como las cláusulas no negociadas, deben ser concretas, claras, sencillas, comprensibles y no contener reenvíos a documentos que no se faciliten o no consten al momento de celebrarse el contrato.

Además, los fedatarios públicos deben informar a los consumidores en los asuntos de su especialidad y competencia. Aunque nada se dice, hay que entender que las cláusulas opacas deben ser también excluidas por sentencia judicial por ser abusivas.

Una vez superado este control de incorporación, los contratos de adhesión, igual que todos los contratos, deben ser interpretados para esclarecer su sentido y alcance. En el caso de las condiciones generales, la LCG establece la preferencia de las estipulaciones especiales sobre las generales, salvo que estas últimas sean más beneficiosas para el adherente, además de invertir la interpretación *contra proferentem* prevista por el art. 1288 del Código civil en el sentido de que las dudas se deben resolver a favor del adherente, y de una remisión expresa a las reglas generales sobre la interpretación de los contratos, que se contemplan por los arts. 1281 a 1289 de dicho Código (art. 6).

Para los contratos celebrados por consumidores, la LCU se limita, por una parte, a reproducir literalmente la regla de interpretación *contra proferentem* en los términos que acabamos de mencionar (art. 10.2); pero, por otra parte, señala que para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas se deben tener en cuenta estos tres aspectos: el objeto del contrato, las circunstancias que concurren al momento de la celebración y las demás estipulaciones del contrato o de los que éste dependa (art. 10 bis, pár. final). Si nos fijamos bien, estos tres aspectos se corresponden con los criterios hermenéuticos de los arts. 1286, 1282 y 1285 del Código civil, con lo que se produce una doble e incongruente remisión.

Observemos que estas reglas de interpretación, con ser simples, no dejan de plantear problemas. En cuanto a la primera de ellas, que procede del derogado art. 10.2 de la LCU, mantiene la contradicción advertida por Jesús ALFARO<sup>6</sup>, pues no es claro si debe prevalecer la condición especial sobre la general o bien, en todo caso, la que sea más beneficiosa al consumidor, con independencia de que se trate de una condición general o especial; a nuestro juicio, la condición más beneficiosa debe prevalecer siempre, cualquiera que sea la naturaleza de la misma.

Asimismo, en lo que concierne a la interpretación *contra proferentem*, V. ROPPO ha puesto de relieve la paradoja de que la interpretación más

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 298 y ss.

favorable al adherente o al consumidor no es la que más le conviene, puesto que salva la cláusula discutida, mientras que la misma cláusula interpretada en un sentido menos favorable podría conducir a su ineficacia, con lo que el obligado se liberaría de ella<sup>7</sup>. Con todo, la redacción inversa del art. 1288 del Código civil evita este efecto perverso ya que, al imponer la interpretación contra el causante de la oscuridad, resalta al abuso y consiguiente nulidad de la cláusula sospechosa, confiriendo así una protección mayor al contratante débil.

Por lo que respecta a la remisión a las reglas sobre interpretación de los contratos, presenta dificultades de aplicación práctica. Tiene la virtualidad de indicar que tales reglas rigen la interpretación, no sólo de los contratos de adhesión, sino también de las condiciones generales; pero no todas las disposiciones del Código civil son fácilmente trasladables a los contratos que examinamos.

Ante todo, hay que descartar la interpretación subjetiva basada en la intención de los contratantes, que contempla el art. 1281, ya que no parece compatible con el consentimiento ciego o casi automático que caracteriza a los contratos de adhesión. Sin embargo, los actos propios de las partes, sobre todo los anteriores al contrato, pueden ser muy significativos, con arreglo a la interpretación más probable del art. 1282, y deben ser atendidos en los contratos celebrados por consumidores, junto a las demás circunstancias concurrentes en su perfeccionamiento y consumación. En cambio, las reglas sobre la interpretación objetiva de especialidad, conservación y totalidad, previstas por los arts. 1283, 1284 y 1285, son perfectamente aprovechables tanto en los contratos sujetos a condiciones como en los celebrados por consumidores. Y lo mismo ocurre con las reglas de la interpretación integradora fundadas en la naturaleza del contrato, los usos y la reciprocidad de intereses, conforme a lo que disponen los arts. 1286, 1287 y 1289 del Código civil. Estas últimas son, por lo demás, las únicas útiles para la integración del contenido del contrato, de conformidad con la función que ahora les reconoce el art. 10. 2 de la LCG de forma explícita.

Por último, el control del contenido difiere según se trate de contratos de adhesión a condiciones generales o de contratos celebrados por consumidores. En el primer caso, determina el art. 8º de la LCG la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que la contradigan,

---

<sup>7</sup> *Riv.dir.civ.*, 1994, I, p. 295.

lo mismo que a otras normas imperativas o prohibitivas, salvo que éstas dispongan un efecto distinto para el caso de contravención. “En particular –precisa el núm. 2 de dicho precepto–, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (...)”.

Es claro que el mencionado art. 8 se inspira en el art. 7 del Anteproyecto de 1991, pero, como sabemos, omite la necesaria referencia a la buena fe, por lo que resulta una norma vacía de contenido preceptivo; tan vacía es la citada norma, que se limita a reproducir casi literalmente el texto del art. 6.3 del Código civil sobre los actos contrarios a las leyes. Sin embargo, puestos a buscarle un significado normativo, cabe formular, al menos, dos observaciones de interés.

En primer lugar, llama la atención que el pár. 1 no hable tampoco de cláusulas abusivas, ni del abuso de una posición dominante, como hace, en cambio, el Preámbulo de la LCG, a cuyo tenor: “nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios” (pár. 8º). Lo que quiere decir que estamos, de nuevo, ante una inexplicable omisión del legislador y que las cláusulas nulas deben considerarse también como cláusulas abusivas; una lectura *a contrario* del núm. 2, corrobora esta interpretación, ya que resulta de ella que, en general, las cláusulas consideradas nulas por el núm. 1 son también abusivas.

En segundo lugar, es indudable, asimismo, que entre las normas imperativas aludidas por dicho núm. 1 se encuentra el art. 1258 del Código civil, como sostiene el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, pese a la jurisprudencia que le niega eficacia para ser el único motivo de casación<sup>8</sup>. En otras palabras, esto significa que pueden calificarse como abusivas las condiciones generales que se aparten injustificadamente del Derecho dispositivo, de los usos normativos y de la buena fe objetiva, tal y como establecía el art. 7.2 del Anteproyecto.

En definitiva, si esto es así, hay que entender que la nulidad de las condiciones generales puede ser de dos tipos diferentes; por un lado, tenemos la nulidad por ilegalidad, es decir, por ser contrarias a las normas

---

<sup>8</sup> *Principios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1996, p. 120-121.

imperativas y, por otro lado, la nulidad por ser abusivas, en la medida en que se aparten de las fuentes de integración previstas por el art. 1258 del Código civil, o de la interpretación integradora de los arts. 1286, 1287 y 1289, como confirma el antes recordado art. 10.2 de la LCG.

En los contratos celebrados por consumidores, el control del contenido se desdobra en una cláusula general de abuso y en una lista de supuestos concretos que se consideran abusivos. En cuanto a la primera, señala el art. 10.1.c de la LCU que los contratos de adhesión requieren buena fe y justo equilibrio, lo que excluye las cláusulas abusivas, y el art.10 bis.1, en consonancia con la Directiva, establece que son abusivas las cláusulas que, “en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven contrato”; en suma, estamos ante una cláusula general cuyos elementos indeterminados son la buena fe, el desequilibrio y la relación existente entre los mismos.

Por lo que respecta a la buena fe, es claro que se trata de la buena fe objetiva o normativa, que impone en base a la moral imperante determinadas conductas correctas y que limita la autonomía privada con la misma eficacia que el Derecho dispositivo en lo que concierne tanto al contenido y como al cumplimiento de los contratos; en particular, según dice la Directiva, exige que los empresarios y profesionales traten “de manera leal y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos deben tener en cuenta” (Cndo. 14). Y esto, además de colorear la buena fe con un marcado carácter subjetivo, pone bien de relieve que se trata de una buena fe *in concreto*, que acentúa el nivel de exigencia y la aproxima a la equidad.

Por lo que se refiere al desequilibrio, presupone una situación de equilibrio que se basa en el Derecho dispositivo para los contratos típicos y en los usos y la buena fe para los atípicos. El desequilibrio ha de ser importante y actuar en perjuicio del consumidor, y para apreciarlo no basta contemplar las prestaciones pactadas sino la posición total de las partes en la relación contractual hasta la extinción del vínculo obligatorio. Dado el silencio de la LCU, se puede entender que el desequilibrio comprende el objeto principal del contrato y su adecuación con el precio pactado, pero es más segura la interpretación opuesta, es decir, que el control sigue siendo exclusivamente jurídico y no económico. Esta interpretación, que no sólo es conforme a la Directiva, tiene la ventaja de impedir que el juez

se convierta en una rara especie árbitro del mercado y de concordar con sistema económico que consagra el art. 38 de la Constitución.

En fin, la relación entre la buena fe y el desequilibrio, a pesar de la letra de la norma, y de acuerdo con la doctrina dominante, no es disyuntiva sino acumulativa (Referencias en nuestra *op. cit.*, p. 27, nt. 47). Esto quiere decir que no basta el mero hecho del desequilibrio sino que éste debe ser, además, contrario a la buena fe; sólo cuando concurren ambos elementos, cada una de las singulares cláusulas del contrato pueden calificarse de abusivas y, por tanto, ser declaradas nulas. Sin embargo, puesto que el abuso rompe la causa del contrato, como ha observado con toda razón A. BARENGHI<sup>9</sup>, cabe pensar que parece ser bastante el desequilibrio, a tenor de lo que dispone el art. 1274 del Código civil para los contratos onerosos, con independencia de que sea conforme o sea contrario a la buena fe.

#### 4. TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Por último, terminaremos con una breve referencia a la lista de cláusulas abusivas que contiene la nueva Disp. Ad. 1ª de la LCU y que consiste en una relación de supuestos seleccionados con un criterio analítico por ser frecuentes en la *praxis* negocial, frente a los que el consumidor requiere, por ello, una protección singular. Se trata, ante todo, de una lista enunciativa, que no agota las posibles cláusulas abusivas, admite interpretación extensiva y se puede extender por analogía. Por otra parte, se ha mantenido con acierto el carácter de lista “negra” de cláusulas nulas *ope legis*, pero, al comprender multitud de términos indeterminados, como ha señalado Javier LETE ACHIRICA, confiere al juez amplias facultades discrecionales para apreciar libremente las circunstancias de cada caso<sup>10</sup>. En fin, estamos ante una lista larguísima de 29 números, que incluye cerca de 40 supuestos, procedentes del derogado art. 10.1.c de la LCU, del Anteproyecto de 1991 y del Anexo de la Directiva, que se agrupan en las cinco categorías siguientes: 1) vinculación del contrato a la voluntad del profesional (núms. 1 a 8); 2) privación de derechos básicos del consumidor (núms. 9 a 14); 3) falta de reciprocidad (núms. 15 a 17); 4) sobregarantías (núms. 18 y 19), y 5) otras (núms. 20 a 29).

---

<sup>9</sup> *Diritto privato europeo*, a cargo de N. LIPARI, Padua, 1997, II, p. 634.

<sup>10</sup> *Eur.Rev.Priv.Law*, 2, 1997, p. 210.

Esta clasificación es abiertamente criticable, ya que todas las cláusulas abusivas suponen falta de reciprocidad; asimismo, estas categorías comprenden supuestos heterogéneos y no son excluyentes entre sí; y la última, “otras”, es un cajón de sastre meramente residual. Entre las diversas clasificaciones que se han propuesto, predomina la que ha sugerido V. ROPPO, según la cual hay que distinguir dos grandes bloques, las cláusulas de desequilibrio y las cláusulas de sorpresa; mientras el primero abarca las concreciones de la cláusula general de abuso, el segundo, comprende, en cambio, aquellas cláusulas que producen una ejecución del contrato distinta de la que el consumidor podía racionalmente prever. Dentro de cada bloque se incluyen los supuestos que obedecen a la misma *ratio* y se distinguen por ello diversas subcategorías<sup>11</sup>. Esta clasificación parece convincente porque agrupa los distintos supuestos en torno a tipos en los que convergen conflictos de intereses similares; por eso, a ella nos vamos a ceñir a continuación.

Así, pues, por una parte, las cláusulas de desequilibrio pueden ser de tres tipos, según se refieran a la disponibilidad del vínculo contractual, a la responsabilidad agravada del consumidor y a la responsabilidad atenuada del profesional.

Al primer tipo pertenecen estos tres supuestos claros: (1) la vinculación incondicionada del consumidor (núm. 3, 1ª parte); (2) la condición potestativa del profesional (núm. 4) y (3) la rescisión discrecional por el profesional, sin la posibilidad recíproca a favor del consumidor (núm. 17, 1ª parte).

Corresponden al segundo tipo estos cuatro casos: (1) la indemnización por incumplimiento desproporcionadamente alta (núm. 3, 2ª parte), (2) la restricción de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional (núm. 12), (3) la retención de cantidades anticipadas por el consumidor en caso de renuncia (núm. 16) y (4) la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido por el profesional (núm. 18).

Son del tercer tipo aquellos supuestos que excluyen o limitan la responsabilidad del profesional por incumplimiento o que restringen los remedios legales disponibles por el consumidor; se trata de los siguientes:

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 287.

(1) desconocer por el profesional los tratos realizados por sus mandatarios o representantes, o (2) supeditar sus propias obligaciones al cumplimiento de determinadas formalidades (núm. 6); (3) conceder al profesional la facultad para determinar la conformidad de la prestación cumplida con la pactada (núm. 8); (4) excluir o limitar de forma inadecuada la responsabilidad del profesional por incumplimiento, o (5) modificar el régimen de los vicios ocultos, salvo para añadir la reparación o la sustitución gratuitas (núm. 9); (6) excluir o limitar la responsabilidad del profesional por daños materiales, lesiones o muerte, o (7) por la cesión del contrato a un tercero, siempre que disminuya la garantía del consumidor sin el consentimiento de éste (núm. 10); (8) privación de las facultades de autotutela del consumidor por la compensación de créditos, el derecho de retención y la facultad de consignación (núm. 11); (9) imponer la renuncia al documento acreditativo del contrato (núm. 13); (10) imponer renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor (núm. 14); (11) imponer al consumidor el cumplimiento de todas sus prestaciones, aun cuando el profesional no haya cumplido las suyas (núm. 15); (12) permitir al profesional apropiarse de las cantidades pagadas por el consumidor en concepto de prestaciones aún no efectuadas, si aquél rescinde el contrato (núm. 17, 2ª parte); (13) invertir la carga de la prueba en contra del consumidor (núm. 19); (14) negativa expresa del profesional a cumplir sus obligaciones con reenvío automático a reclamaciones judiciales o administrativas (núm. 25); (15) sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que sean institucionales para sectores determinados (núm. 26); (16) sumisión expresa a tribunales distintos del que corresponda al domicilio del consumidor o al cumplimiento de la obligación, (17) la renuncia o transacción sobre la elección del fedatario público competente (núm. 27) y (18) la sumisión del contrato a un Derecho extranjero (núm. 28).

Por otra parte, las cláusulas de sorpresa pueden ser de dos tipos según incidan sobre el vínculo o sobre el contenido del contrato. El primer tipo comprende estos tres casos: (1) la *interpretatio proferentis*; (2) en los contratos por plazo determinado, la resolución anticipada por el profesional sin conceder la misma facultad al consumidor, y (3) en los contratos de duración indefinida, la resolución por el profesional en tiempo desproporcionadamente breve o sin notificación previa con razonable antelación, salvo incumplimiento del consumidor o motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato (núm. 2):

Pertencen al segundo tipo los supuestos que confieren al profesional un *ius variandi* de carácter potestativo; y son éstos: (1) la modificación unilateral del contrato por el profesional, sin motivos graves especificados en el mismo (núm. 2, 2º inciso); (2) la fijación de fechas de entrega meramente indicativas o subordinadas a la voluntad del profesional (núm. 5); (3) establecer que el precio lo fije el profesional o lo aumente respecto del convenido, sin razones objetivas, ni posibilidad del consumidor de rescindir el contrato por resultar el precio final superior al pactado, con la salvedad de los índices establecidos por ley o que describan la variación de los precios (núm. 7); (4) imponer al consumidor declaraciones de recepción o conformidad ficticias, o (5) la adhesión a cláusulas que no ha podido conocer (núm. 20); (6) repercutir al consumidor los gastos derivados de errores administrativos o de gestión (núm. 21); (7) imponer al consumidor los gastos de documentación que corresponden al profesional y (8) en particular los de la primera adquisición de viviendas (núm. 22); (9) imponer bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados (núm. 23); (10) incrementar los precios por servicios accesorios, gastos de financiación o penas convencionales que no se correspondan con prestaciones adicionales (núm. 24) y (11) acordar créditos por descubiertos en cuentas corrientes que superen los previstos por la Ley 7/1995, de crédito al consumo (núm. 29).

Por último, hay dos excepciones que constituyen un *ius singulare* con un neto carácter de privilegio; se trata, por un lado, de los servicios financieros, que pueden modificarse unilateralmente por quien los presta en lo que concierne al tipo de interés, el importe de otros gastos y los contratos de duración indefinida (núm. 2, pár. 2º) y, por otro lado, de los contratos sobre valores y divisas, los cheques de viaje y los giros postales internacionales en divisas, que están exentos de las cláusulas sobre modificación unilateral, resolución anticipada e incrementos de precio (Disp. Ad. 1ª, pár. 2º). Privilegio que tiene fácil explicación, pero difícil justificación, en un sistema económico que se supone basado exclusivamente en la libre competencia de los empresarios.

# EL PACTA SUNT SERVANDA Y LA REVISIÓN DEL CONTRATO<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. El contrato y los principios de la contratación privada. 2. El principio de la obligatoriedad del contrato o "pacta sunt servanda". 3. Figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos. 3.1. Lesión. 3.2. Desaparición de la base del negocio. 3.2.1 Excesiva onerosidad de la prestación. 3.2.2. Frustración del fin del contrato. 3.3. Cláusula penal excesiva. 3.4. Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. 4. Modificación de los contratos por parte del Estado mediante la dación normas legales. 5. A modo de conclusión: ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero?

## 1. EL CONTRATO Y LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

El contrato es definido por el Código Civil peruano de 1984 como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351), precisando el artículo 1402 que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, excluyendo por lo tanto a las relaciones jurídicas reales.

En tal sentido, mediante un contrato las personas (naturales o jurídicas), de forma libre y voluntaria, contraen obligaciones con la finalidad de satisfacer sus intereses.

El contrato, como toda institución jurídica, se basa en determinados principios, como la autonomía privada o autonomía de la voluntad, el consensualismo, la buena fe, el *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria y el efecto relativo de los contratos. Estos principios contractuales han sido recogidos por el legislador peruano de la siguiente manera:

La *autonomía privada* o *autonomía de la voluntad* es concebida como la facultad o el poder jurídico que tienen las personas para regular sus intereses, contando para ello con la libertad para contratar<sup>1</sup> y la libertad

---

(\*) Por Carlos Alberto SOTO COAGUILA.

<sup>1</sup> Cfr. Artículo 2, inc. 14) de la Constitución Política:  
"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

contractual o libertad para determinar el contenido del contrato<sup>2</sup>. Conforme a este principio, nadie está obligado a contratar; uno contrata porque quiere, con quien quiere y como quiere. Es conveniente precisar que la libertad de contratación se encuentra reconocida como un derecho fundamental de toda persona (artículo 2, inc. 14) de la Constitución Política del Perú de 1993).

El *principio del consensualismo*, regulado en el artículo 1352 del Código Civil peruano, establece que los contratos se celebran por el solo consentimiento de las partes contratantes. En tal sentido, el contrato se considera concluido cuando nace la voluntad común de ambas partes, es decir, en el momento en que confluyen las voluntades de los contratantes y éstas se fusionan en una sola: el consentimiento. El acuerdo de voluntades es, pues, sinónimo de contrato.

Sobre la base de los principios de la autonomía privada y del consensualismo, las partes cuentan con la libertad de formalidad, que permite a los contratantes dotar a su contrato de la formalidad que mejor convenga a sus intereses<sup>3</sup>; excepcionalmente, algunos contratos deben celebrarse según la formalidad impuesta por ley bajo sanción de nulidad, conocida también como formalidad solemne o *ad solemnitatem*; en estos casos, la manifestación de voluntad se expresa únicamente a través de ella, por lo que, *contrario sensu*, de no observarse dicha formalidad no habrá manifestación de voluntad, y sin ésta no hay negocio jurídico posible. Empero, por regla general, los contratantes tienen libertad para elegir la formalidad que adoptará su contrato, si será verbal, escrita, etc.

Otro principio de igual importancia es la *buena fe contractual*. En virtud de este principio los contratantes están obligados a comportarse con lealtad y honestidad en sus relaciones contractuales. Este principio impone a los contratantes el deber de actuar conforme a Derecho. En la práctica, este principio debe traducirse en un respeto por el otro contratante, en

---

14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

<sup>2</sup> Conocida como la libertad contractual y regulada en el artículo 1354 del Código Civil:

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

<sup>3</sup> “Artículo 143.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.”

los deberes de información, de confidencialidad y de claridad durante las tratativas previas, al momento de celebrar el contrato y durante la ejecución del mismo; en el no aprovechamiento del estado de necesidad de alguno de ellos, en la ausencia de mala fe, de engaño, de fraude, etc. Al respecto, el Código Civil peruano ordena que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes (artículo 1362). El principio de la buena fe también es una regla para la interpretación de los negocios jurídicos (artículo 168).

Según el *principio del efecto relativo*, los efectos de un contrato sólo afectan a las partes contratantes, vale decir, a las personas que lo han celebrado, por lo que, *contrario sensu*, no puede afectarse (para beneficiarse o para perjudicarse) la esfera jurídica de terceras personas, las cuales son ajenas a la celebración del contrato. Este principio admite como excepción que un contrato afecte a determinados terceros: i) herederos, porque al fallecimiento de una persona éstos adquieren sus derechos y obligaciones, siempre que sean transmisibles (artículo 1363)<sup>4</sup>; y, ii) los acreedores, cuando se vean defraudados por sus deudores (artículo 195)<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, las obligaciones *intuitu personae* son intransmisibles, pues se contraen considerando las cualidades personales de la parte contratante, como cuando se contrata a un escultor renombrado para que diseñe una estatua, y antes de cumplir con la ejecución de su prestación, fallece.

<sup>5</sup> “Artículo 195.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1.- Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

2.- Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Una vez que se ha celebrado un contrato, se crea entre las partes una relación jurídica obligacional, por medio de la cual se deben cumplir los acuerdos contenidos en el contrato. En este escenario, se hace indispensable dotar de fuerza vinculante y jurídica al contrato. Mediante el principio de la *obligatoriedad del contrato* o *pacta sunt servanda*, los contratos deben cumplirse. La obligatoriedad de un contrato otorga seguridad jurídica a las partes y al tráfico patrimonial.

A continuación desarrollaremos con amplitud el principio del *pacta sunt servanda*, pues *con frecuencia se enfrentan el carácter intangible de los contratos y la posibilidad de su revisión por un tercero*.

## 2. EL PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO O “*PACTA SUNT SERVANDA*”

El artículo 1361 del Código Civil peruano establece 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”*. (El resaltado es nuestro)

En esta norma encontramos positivizado el principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia.

Para referirse a la obligatoriedad del contrato, tradicionalmente, la doctrina civil ha equiparado los efectos vinculantes del contrato con los efectos de la ley, expresando que **“los contratos son ley entre las partes”**. Así, los Códigos civiles, especialmente los promulgados durante los siglos XIX y XX, prescriben que el contrato tiene fuerza de ley entre las

---

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito”.

partes que lo han celebrado. Tal es el caso, por mencionar algunos, de los Códigos civiles de Francia<sup>6</sup>, Italia<sup>7</sup>, Chile<sup>8</sup>, Argentina<sup>9</sup>, Uruguay<sup>10</sup>, Bolivia<sup>11</sup>, Colombia<sup>12</sup>, Venezuela<sup>13</sup>, Ecuador<sup>14</sup>, Puerto Rico<sup>15</sup>, Proyecto de Código Civil de Argentina<sup>16</sup>, Anteproyecto del Código Europeo de Contratos<sup>17</sup>.

<sup>6</sup> Código Civil Francés de 1804: Artículo 1134.- *Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal* entre quienes los hayan efectuado. Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley. Deberán ser ejecutados de buena fe”.

<sup>7</sup> Código Civil Italiano de 1942: “Artículo 1372.- *El contrato tiene fuerza de ley entre las partes*. No puede ser disuelto sino por mutuo consenso o por causas admitidas por la ley”.

<sup>8</sup> Código Civil de la República de Chile de 1855: “Artículo 1545.- *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

<sup>9</sup> Código Civil de la República Argentina de 1869: “Artículo 1197.- Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una *regla a la cual deben someterse como a la ley misma*”.

<sup>10</sup> Código Civil de la República Oriental del Uruguay de 1868: “Artículo 1291.- Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la *cual deben someterse las partes como a la ley misma*”.

<sup>11</sup> Código Civil de Bolivia de 1976: “Artículo 519.- *El contrato tiene fuerza de ley entre las partes* contratantes. No puede ser disuelto sino por consentimiento mutuo o por las causas autorizadas por ley”.

<sup>12</sup> Código Civil de Colombia de 1873: “Artículo 1602.- *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

<sup>13</sup> Código Civil de Venezuela de 1982: “Artículo 1159.- *Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes*. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”.

<sup>14</sup> Código Civil de Ecuador de 1970: “Artículo 1588.- *Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

<sup>15</sup> Código Civil de Puerto Rico: “Artículo 1044.- Las obligaciones que nacen de los *contratos tienen fuerza de ley entre las partes* contratantes, y deben cumplirse al tenor de las mismas”.

<sup>16</sup> Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio: “Artículo 964.- Contratos discrecionales.- *Los contratos discrecionales obligan a las partes como la ley misma*, y en sus estipulaciones prevalecen sobre las normas legales y los usos”.

<sup>17</sup> “Artículo 42.- Efectos entre las partes y a favor de terceros. *El contrato tiene fuerza de ley entre las partes* y produce efectos a favor de terceros como se previene en las reglas del presente título”.

Si bien la usual equiparación de la fuerza obligatoria del contrato con la ley misma es producto de la tradición y costumbre jurídicas, creemos que debe ser abandonada, pues desde la óptica jurídica ambas categorías –obligatoriedad del contrato y de la ley– son distintas. La expresión “fuerza de la ley” cumple una función más bien retórica, y es utilizada con la finalidad de enfatizar el vínculo jurídico entre los contratantes que han celebrado válidamente un contrato.

El maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE<sup>18</sup> presenta algunas diferencias entre los efectos del contrato y la ley:

- (i) El contrato reglamenta una situación jurídica particular y por regla general sólo produce efectos entre las partes. En cambio, la ley contempla un mandato, prohibición o permisión de carácter general y abstracto, que alcanza a todos los ciudadanos que se encuentren en los supuestos de hecho previstos en la norma.
- (ii) El contrato es el producto del acuerdo de voluntades de dos o más partes. La existencia de la ley no requiere de un acuerdo de voluntades, pues ésta se forma por el *ius imperium* del Estado, a través de un poder público, que en el Perú está a cargo del Poder Legislativo.
- (iii) El contrato a menudo tiene vida efímera, ya que se extingue cuando se crea la relación jurídica contractual, y ésta cuando se ejecutan las prestaciones correspondientes. Por su parte, la ley es dictada con un sentido de perdurabilidad en el tiempo, ya que a través del orden establecido persigue el logro del bien común de toda la sociedad.
- (iv) Un contrato puede quedar sin efecto por otro contrato o por un acto unilateral o, excepcionalmente, por la intervención legislativa del Estado. Pero una ley solo puede derogarse, expresa o tácitamente, por otra ley.

---

Este proyecto ha sido elaborado por la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia, actualmente presidida por el jurista español José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS.

<sup>18</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Segunda edición actualizada. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 311.

Luego de establecer las diferencias entre los conceptos y los efectos del contrato y la ley, cabe concluir que tanto el contrato como la ley son figuras jurídicas que cumplen roles y tienen efectos distintos.

La idea de equiparar la obligatoriedad del acuerdo contractual a la obligatoriedad de la ley es una tradición jurídica que viene desde el derecho romano. Los jurisconsultos romanos querían indicar una idea exacta y completa de la obligatoriedad del contrato y no encontraron una frase más apropiada para expresarla que decir que el contrato constituye una ley para las partes: *legem contractus dedit*.

Sin duda más de una persona se habrá preguntado por qué obligan los contratos. Al respecto, existen varias teorías que intentan precisar el fundamento de la obligatoriedad del contrato. Entre las teorías planteadas, podemos destacar la *teoría positivista-normativista*, según la cual los contratos obligan porque así lo dispone la ley; la *teoría del imperativo categórico* que estima que los contratos son obligatorios en virtud de un postulado de la razón, es decir, los contratos obligan porque obligan; la *teoría del poder de la voluntad* que señala que el contrato es obligatorio porque deriva del poder de la voluntad de la persona —así, si uno contrata y promete algo, y luego cambia de parecer, la ley lo obliga a cumplir lo prometido—; la *teoría de la justicia correctiva*, que basándose en las ideas de justicia de Aristóteles señala que el desplazamiento de un bien de un patrimonio a otro es lo que da lugar a la restitución de un valor equivalente en lo posible, esta justicia correctiva intenta equilibrar las situaciones de ambas personas; la *teoría utilitarista*, que desde un punto de vista *individual*, señala que es ventajoso para el contratante cumplir lo estipulado pues, de lo contrario, en el futuro nadie contrataría con él; la *teoría utilitarista*, desde un punto de vista *social*, ya que para la sociedad es útil que los contratos se cumplan, puesto que si no se cumplen la sociedad sería un caos. También existen *teorías religiosas y morales* que se apoyan en los mandatos divinos, donde un mandamiento de la ley divina es no faltar a la palabra empeñada, y en el plano social, el amor al prójimo impide violar lo prometido; *teorías de la veracidad y la confianza*, que modernamente dicen que el contrato es obligatorio por la confianza que la promesa genera en los demás, la misma que no debe ser defraudada.

Individualmente, ninguna de las teorías responde satisfactoriamente al carácter obligatorio de los contratos. Todas, en términos relativos, son válidas, dependiendo de la posición ideológica de cada persona. Por

nuestra parte, creemos que si el Estado ha conferido autonomía y libertad a las personas para que autorregulen sus intereses, celebrando toda clase de contratos dentro de los límites que ha impuesto, resulta lógico concluir que también haya tenido que dotar de fuerza vinculante y obligatoria a los contratos, ya que de lo contrario no existiría seguridad jurídica en la contratación, fin supremo en todo Estado de Derecho. En tal sentido, el legislador dicta normas expresas para brindar seguridad jurídica a las personas, para que si mañana celebran un contrato y una de las partes no cumple con sus obligaciones, el contratante perjudicado tenga acción para exigir su cumplimiento.

Bajo este contexto, si dos personas celebran un contrato, en ejercicio de su autonomía privada y conforme a los mandatos de la buena fe, dicho contrato será obligatorio. Así, si uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones asumidas en el contrato, el Estado faculta al contratante perjudicado con el incumplimiento para que solicite el cumplimiento (ejecución forzada), la resolución del contrato y/o la indemnización por los daños que eventualmente ha sufrido.

Una consecuencia del *pacta sunt servanda* es la intangibilidad o irrevocabilidad del contrato. Que el contrato sea intangible significa que el contrato, una vez celebrado válidamente, no podrá ser modificado o dejado sin efecto. La única forma de privar de efectos jurídicos al contrato será por un nuevo acuerdo, por la vía de la novación, la compensación (voluntaria), la condonación o el mutuo disenso.

En este sentido, un contrato válidamente celebrado y no sujeto a ningún vicio de voluntad o defecto extrínseco, no puede ser alterado por un tercero o unilateralmente por una de las partes, tampoco por el juez<sup>19</sup> o por el legislador.

Para que no existan dudas sobre el carácter intangible de un contrato, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 62, dispone lo siguiente:

“Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del

---

<sup>19</sup> Salvo excepciones puntuales y referidas a situaciones específicas como la lesión, la desaparición de la base del negocio, la excesiva onerosidad de la prestación, la frustración del fin del contrato, la cláusula penal excesiva y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, que comentaremos más adelante.

contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.” (El subrayado es nuestro).

Según esta norma constitucional, los contratos no podrán ser modificados legislativamente; por el contrario, el Estado tiene el deber de garantizar la libertad contractual (términos y condiciones del contrato) y el cumplimiento de los contratos.

### **3. FIGURAS JURÍDICAS QUE PERMITEN LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS**

Teniendo en cuenta que el contrato es un acuerdo de dos o más partes y que sobre la base de la autonomía privada los contratantes tienen libertad para determinar el contenido de sus contratos, incorporando los términos, cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, no queda la menor duda que ellas –las partes– pueden prever la revisión de sus propios contratos cuando se presenten situaciones que alteren las circunstancias contractuales (por ejemplo: incremento de precios, escasez de productos, imposibilidad de ejecutar la prestación, etc.).

Por lo tanto, resulta contraproducente decir que el contrato puede ser revisado y modificado por un tercero que no ha intervenido en su celebración, ya que ello conllevaría a una falta de respeto al *pacta sunt servanda*, a la intangibilidad de los pactos y, desde luego, a la libertad contractual. Sin embargo, existen figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos por un tercero –juez, árbitro o legislador–, en determinadas situaciones. Estas figuras son:

- (i) Lesión.
- (ii) Excesiva onerosidad de la prestación.
- (iii) Frustración del fin del contrato.

- (iv) Cláusula penal excesiva.
- (v) Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos.

### 3.1. LESIÓN

La lesión en los contratos se presenta cuando un contratante se aprovecha del estado de necesidad apremiante<sup>20</sup> del otro con la finalidad de obtener una ventaja o beneficio patrimonial a su favor. Este beneficio se traduce en una desproporción entre la prestación y la contraprestación, la cual, según lo dispone el artículo 1447 del Código Civil peruano, debe ser mayor de las dos quintas (2/5) partes.

Conforme lo dispone la norma citada, cuando exista lesión en un contrato, la parte lesionada o perjudicada, puede solicitar judicialmente la *rescisión*<sup>21</sup> del contrato, a fin de que el Juez declare la ineficacia del negocio jurídico desde el momento de su celebración. El lesionado podrá interponer la *acción de reajuste*, según el artículo 1415 del Código Civil peruano, solamente cuando el lesionante-demandado no pueda devolver la prestación recibida, por ejemplo, si el bien se hubiese vendido a un tercero o ya no se encuentre en su poder.

Por medio de cualquiera de las acciones (rescisión del contrato o reajuste), lo que busca el lesionado es la revisión el contrato en sede judicial, alegando y probando que el demandante se ha aprovechado de

---

<sup>20</sup> El artículo 327 del Proyecto Único de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998, en su primer párrafo, amplía los supuestos de lesión, estableciendo que “Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y **sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza.** La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones. (...)”

<sup>21</sup> La rescisión, en el derecho peruano, es una figura jurídica distinta a la resolución. Mediante la rescisión se deja sin efecto un contrato por **causales existentes** al momento de su celebración. Y por la resolución se deja sin efecto un contrato por **causales sobrevinientes** a su celebración.

su estado de necesidad, que el contrato no es justo, no es equitativo y que, por el contrario, el contrato es leonino, es vejatorio para él.

De otro lado, el lesionante –seguramente– argumentará que no ha habido ningún vicio de la voluntad –dolo, error, violencia o intimidación–, que ha habido un consentimiento libre entre las partes para celebrar el contrato, que el objeto y la finalidad son lícitos y que, por lo tanto, el contrato debe respetarse, pues de revisarse judicialmente, se estaría vulnerando la seguridad jurídica, principio fundamental de toda sociedad.

Manuel DE LA PUENTE, presentando varios supuestos de lesión, se pregunta: “¿Debe respetarse la santidad de estos contratos o, por el contrario, debe el derecho proporcionar remedios a fin de alcanzar la rescisión de los mismos o su modificación?”. El maestro nos dice que: “La respuesta es difícil, casi diría dolorosa para un amante del Derecho, porque el problema de la lesión tiene sus raíces en el viejo conflicto, que en nuestros tiempos se presenta con tan angustiosa frecuencia, entre la seguridad jurídica y la justicia”<sup>22</sup>. Ante su pregunta responde categóricamente: “Me inclino, pues, rendidamente, por la justicia. Pienso que si llega a ser indispensable sacrificar la seguridad jurídica que resulta de un contrato cuando la justicia contractual lo exige, debe hacerse el sacrificio. (...) No cabe aceptar que aun cuando en un contrato oneroso exista una evidente desproporción entre la prestación y la contraprestación y que tal desproporción no haya sido querida por las partes, sino impuesta por uno de los contratantes al otro abusando del estado de necesidad en que éste se encuentra, el Derecho se ponga una venda y se abstenga de intervenir sólo porque el contrato es obligatorio entre las partes”<sup>23</sup>.

Pero también hay posiciones contrarias a la regulación de la lesión. Alfredo BULLARD, máximo exponente del análisis económico del derecho en el Perú, en un interesante y crítico artículo titulado: “*La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos*”,

<sup>22</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La lesión”. En: *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 37, diciembre 1983, pp.161-162.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 170-171.

sostiene que la lesión “(...) trata de impedir que los “malos samaritanos”<sup>24</sup> se aprovechen del estado de necesidad de alguna persona para obtener contraprestaciones que no guarden un supuesto equilibrio desde el punto de vista económico. Esta figura persigue desincentivar una conducta excesivamente egoísta. Sin embargo, al hacerlo, la lesión crea un incentivo peligroso en sentido contrario. Así, la lesión, desincentiva operaciones de rescate que puedan ser motivadas por la oportunidad de obtener un lucro mayor al que se obtendría en una operación de mercado común y corriente. En esa circunstancia es difícil tener una respuesta clara. Por un lado, no se quiere que la gente se aproveche del estado de necesidad de otros, por el otro, se quiere que quienes estén en estado de necesidad encuentren la mayor cantidad de opciones posibles para salir de dicho estado. (...) La lesión es una suerte de control de precios en el que las prestaciones son evaluadas a fin de determinar si han sido fijadas de manera justa o como consecuencia del aprovechamiento de un estado de necesidad. Pero al hacerlo envía a los agentes económicos el mensaje que los precios o contraprestaciones que pacten pueden ser evaluados por el juez, de la misma manera que lo haría un regulador de precios en un servicio público, solo que incluso con menores herramientas para poder hacerlo. Así como los controles de precios generan escasez y colas para obtener productos, la lesión puede generar escasez de rescatadores y “colas” de potenciales rescatados esperando un rescate”<sup>25</sup>.

Para el profesor BULLARD, “No existen, pues, bases para cuestionar un acto de los que la legislación peruana califica normalmente como lesión. Si uno entiende la ley de la oferta y demanda, y entiende que las condiciones de oferta y demanda responden a la relación entre utilidad y escasez, entenderá que los valores resultantes de un contrato celebrado bajo el estado de necesidad de una de las partes (es decir, bajo una situación de escasez extrema) es una mera aplicación de las leyes de oferta y demanda. Lo otro es confiar en un mecanismo similar al control de precios”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Para Alfredo BULLARD, los “malos samaritanos”, a diferencia del buen samaritano que ayuda a sus semejantes si recibir o solicitar nada a cambio, son egoístas, solo ayudan a los heridos a cambio de un beneficio económico.

<sup>25</sup> Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”. En: “*Themis – Revista de Derecho*”, publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Segunda Época, 2001, Nro. 43, p. 225.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 234.

Por último, Alfredo BULLARD sostiene que: **“Corresponde a la religión y a la ética motivar conductas altruistas.** La solidaridad es finalmente un principio que es deseable exista en todo ser humano, como quizás coincidamos todos. El valor de la solidaridad está en que se ejerce libre de coacción. Por eso no existe solidaridad impuesta, ello sería mera obligación. Admiramos al buen samaritano porque era libre de no ser bueno, pero no por eso podemos condenar como malo a quien pidió algo a cambio de ayudar. **No le corresponde al Derecho crear buenos samaritanos, solo le corresponde establecer reglas que mejoren el bienestar de los individuos.** Y la lesión no contribuye a ese fin”<sup>27</sup>(El subrayado es nuestro).

Particularmente, ante la difícil disyuntiva de optar por respetar en forma sacrosanta los contratos o por permitir su revisión por un tercero, esto es, inclinarse por la seguridad jurídica o por la justicia contractual, me he sentido por largo tiempo dubitativo, considerando las importantes ventajas y desventajas de ambas posiciones.

He concluido que no coincido con mi buen amigo Alfredo BULLARD cuando afirma que no es tarea del Derecho crear buenas personas, buenos ciudadanos. Yo creo que le corresponde al Estado, por medio del Derecho, crear los incentivos necesarios para que las personas se comporten con lealtad y honestidad en sus transacciones comerciales. No olvidemos que el Derecho regula las conductas de las personas. Si ello es así, ¿no deberá corregir y sancionar la mala fe del contratante que se aprovecha del estado de necesidad, de la debilidad en la que se encuentra su contraparte? ¿Es la buena fe un principio retórico que no tiene ninguna utilidad práctica? Es ciertamente respetable la posición del análisis económico, entendida como una metodología de trabajo, pero también es cierto que el Derecho debe alcanzar ciertos fines, como la justicia, la seguridad jurídica, la solidaridad, el bien común. Y para ello no basta con el acercamiento desde la perspectiva económica, aunque ésta sea indispensable en todo análisis; por ende, la posibilidad de conjugar al máximo los fines señalados se puede lograr, en este caso, en la medida que se permita la revisión de aquellos contratos en los que un contratante no haya actuado conforme al principio de la buena fe. En este ámbito, no debemos olvidar que la justicia se encuentra por encima de la libertad contractual de los contratantes.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 234.

Sin embargo, pese a que todos los días somos testigos de cuando un contratante se aprovecha del estado de necesidad del otro y obtiene una ventaja patrimonial a su favor, ¿por qué no existen demandas por lesión en el Perú?

Creemos que esta situación se debe en gran parte a la solución legal que ha previsto el legislador peruano en el artículo 1447 del Código Civil, que faculta, por regla general, al contratante lesionado a pedir la rescisión del contrato, olvidando que si el lesionado solicita la rescisión del contrato es porque desea que el juez declare la ineficacia del mismo, con lo cual las prestaciones ejecutadas deben restituirse. Pero, ¿cómo pedirle al contratante lesionado que restituya la prestación recibida, si dicha prestación la utilizó para salir de su estado de necesidad? Esto puede ser un contrasentido. Obviamente, podría acordar con un tercero la venta del bien a un precio justo, pero para ello el lesionado tendrá primero que recuperar el bien y el tercero entregar por adelantado parte del precio para que el lesionado devuelva la prestación al lesionante. Y en este caso, ¿no cabría acaso la mala fe del lesionado al simular una venta con un tercero? Aquí estaríamos ante una “solución” a un supuesto de mala fe mediante un engaño, lo que atentaría contra la finalidad que dio cabida a la figura de la lesión.

Es por ello que nuestra posición, en estos casos, es que se permita la revisión del contrato, pero otorgando al contratante lesionado la facultad de pedir tanto la rescisión del contrato como el reajuste, con lo cual ya no tendría que acudir a simulaciones. Por otro lado, la carga de la prueba del aprovechamiento debería trasladarse al supuesto lesionante, ya que es diabólico pedirle al contratante lesionado que pruebe el aprovechamiento de su co-contratante.

En definitiva, la lesión es una figura que excepcionalmente debe permitir la revisión del contrato y, como diría el recordado maestro Guillermo A. BORDA: “Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular o rescindir el contrato, pues la igualdad matemática es del todo imposible. Pero cuando se hace visible que las obligaciones contraídas por una de las partes solo lo han sido en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia, *cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado de estas circunstancias para sacarles provecho*, el juez no puede convalidar tales convenciones que resultan repugnantes a la moral y las buenas costumbres. Será necesario anularlas o reducir las obligaciones a sus justos límites. Porque el derecho presupone la justicia

y no todo contrato, por el hecho de serlo, es justo, como lo pretendían los voceros del liberalismo”<sup>28</sup>.

### 3.2. DESAPARICIÓN DE LA BASE DEL NEGOCIO

La base del negocio es “la representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o desaparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial”<sup>29</sup>.

Karl LARENZ, autor de un extraordinario libro titulado: “*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*”, advierte que: “La expresión “base del negocio” puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la **base “subjetiva”** de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la **base “objetiva”** del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratantes–, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”<sup>30</sup>”.

Para Eduardo BENAVIDES<sup>31</sup>, el concepto de **desaparición de la base del negocio** incluye dos posibilidades:

- a) **La excesiva onerosidad de la prestación:** Que comprende no sólo la ruptura grave del equilibrio económico de las prestaciones, sino también todo supuesto en que la prestación deviene excesivamente gravosa y entra dentro de un alea anormal incompatible con la

<sup>28</sup> Cfr. BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Sexta edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Perrot, 1973, p. 61.

<sup>29</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 565.

<sup>30</sup> Cfr. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 37.

<sup>31</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990, p. 56.

naturaleza del contrato que le dio origen y con la función que cumple.

- b) La frustración del fin del contrato:** Como un supuesto de ineficacia funcional de la relación contractual, en la cual la prestación, siendo posible de ejecutar y sin ser excesivamente onerosa, ha dejado de satisfacer el interés del acreedor, interés que por ser esencial ha sido considerado por ambas partes como fin del contrato.

Siguiendo al profesor Eduardo BENAVIDES, analizaremos los supuestos de revisión del contrato debido a la excesiva onerosidad de la prestación y a la frustración del fin del contrato, dentro de la categoría genérica de *desaparición de la base del negocio*.

### ***3.2.1. Excesiva onerosidad de la prestación***

La excesiva onerosidad de la prestación se presenta en los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, cuando por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles se rompe el equilibrio contractual original y la ejecución de la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa frente a la contraprestación del otro contratante.

En este caso, conforme lo dispone en el artículo 1440 del Código Civil peruano, la parte perjudicada puede solicitar la revisión judicial del contrato para que el juez reduzca su prestación o aumente la contraprestación de la otra parte y con ello logre reestablecer nuevamente el equilibrio contractual en dicho contrato. Empero, si no fuera posible equilibrar las prestaciones por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias del caso o porque lo solicita el demandado, el juez ordenará la resolución del contrato.

A diferencia de la lesión donde existe un desequilibrio originario de las prestaciones que se presenta al momento de celebrar el contrato, en la excesiva onerosidad de la prestación el desequilibrio es posterior a la celebración del contrato.

Según Eduardo BENAVIDES<sup>32</sup>, “Determinar cuándo la prestación se hace excesivamente onerosa es siempre cuestión de hecho que el juez debe calibrar según las circunstancias del caso. No es suficiente la simple

---

<sup>32</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Op. cit., pp. 382-383.

ruptura de la equivalencia entre las prestaciones, objetiva o subjetiva, ni una agravación de la onerosidad de la prestación o una dificultad mayor. Tampoco basta que la desproporción cause un daño, una pérdida grave, un agravio patrimonial considerable, ni siquiera que el cumplimiento pueda llevar al perjudicado a la ruina económica”.

“Tratándose de un supuesto de desaparición de la base del negocio, la perturbación tendrá que ser de tal magnitud que la relación de equivalencia, el equilibrio querido por las partes, resulte totalmente destruida, de manera que el contrato confrontado con su sentido originario ya no puede calificarse razonablemente de bilateral, ni pueda hablarse de una contraprestación. Tal como lo decía la jurisprudencia de los tribunales suizos, alemanes y británicos, la prestación se convierte desde el punto de vista económico en otra completamente distinta de lo que originariamente pensaron y quisieron las partes, la relación pierde su sentido de negocio de cambio, su significado integral, su fundamento, sus efectos son, pues, lo de “otro” contrato.”

Nuevamente, en estos casos de ruptura del equilibrio contractual, de la alteración de las circunstancias contractuales, surge la interrogante de si se debe respetar el *pacta sunt servanda* o se debe optar por revisar el contrato.

Para Manuel DE LA PUENTE, “(...) es justo que mediante la revisión o resolución de la relación jurídica obligacional creada por el contrato se alcance la recuperación del equilibrio original entre los intereses de las partes, desde que la ausencia de ese equilibrio frustra el propósito buscado al contratar. Es, además, contrario a la buena fe que, al amparo del principio de la obligatoriedad del contrato, se pretenda ejecutar éste de manera que no guarda una relación razonable con lo previsto por las partes al celebrarlo”<sup>33</sup>.

Un importante sector de la doctrina considera que el fundamento por el cual debe revisarse el contrato se debe a la existencia de la cláusula implícita o tácita *rebus sic stantibus*. Según esta cláusula, el cumplimiento de los contratos queda subordinado al mantenimiento del estado de las cosas existentes al momento de la celebración del contrato<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 575.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 563.

Sin embargo, tal como advierte BENAVIDES, la cláusula *rebus sic stantibus* tiene serias limitaciones, “(...) pues de dársele crédito habría que liberar al obligado de su promesa cada vez que las circunstancias contractuales cambien, sin preguntarnos siquiera por el carácter del evento que motiva el cambio, sin tomar en cuenta siquiera los efectos que produce en la relación, o los riesgos asumidos”<sup>35</sup>. Por su parte, Manuel DE LA PUENTE afirma: “No creo que en todo contrato, sea cual fuere su clase, exista una cláusula implícita según la cual la obligatoriedad de la relación jurídica creada por el contrato (*pacta sunt servanda*) esté subordinada a que subsistan las circunstancias que existieron cuando se celebró el contrato (*rebus sic stantibus*). Nada hace suponer esto, ya que, si realmente las partes desearan que ello fuera así, cuidarían que la cláusula fuera expresa, dada su excepcional importancia, evitándose el riesgo de que se objetara el carácter implícito de la misma”<sup>36</sup>.

Coincido con ambos autores y considero que la cláusula *rebus sic stantibus* es peligrosa si se aplica sin más miramientos que un cambio en el estado o las circunstancias del contrato. Más aún, todo en la vida cambia, y en el tráfico patrimonial, en los negocios, las circunstancias siempre van a variar.

Otros encuentran el fundamento de la revisión del contrato en la *teoría de la imprevisión*. Conforme a esta teoría, “(...) la necesidad de resolver un contrato o modificar su cumplimiento cuando entre el momento de la celebración y el de la ejecución sobreviene un acontecimiento imprevisible que hace esa ejecución muy difícil”<sup>37</sup>.

La teoría de la imprevisión, si bien supera la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, también resulta incompleta, ya que solo se preocupa por la presencia de un acontecimiento imprevisible, dejando de lado las consecuencias de dicho acontecimiento, esto es, la mayor onerosidad de una de las prestaciones. Esta teoría no toma en cuenta los efectos que el acontecimiento imprevisible ha generado en la relación contractual<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>36</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo II, p. 572.

<sup>37</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 52-53.

Por último, existe la tesis de Eduardo BENAVIDES de encontrar sustento a la excesiva onerosidad de la prestación en la teoría de la desaparición de la base objetiva del negocio. Este profesor sostiene que cuando en una relación contractual de ejecución continuada, periódica o diferida, la base objetiva del negocio desaparece, ya no estamos frente al contrato en su “versión original”, por llamarlo de alguna manera; en tal sentido, dicha relación contractual debería revisarse en sede judicial a fin de reestablecer el equilibrio, si ello no es posible se ordenará la resolución del contrato.

Permitir la revisión del contrato, en los supuestos de la excesiva onerosidad de la prestación, no conlleva de modo alguno una vulneración del *pacta sunt servanda*, pues si bien existe un riesgo al contratar, ese riesgo debe ser el que normal y razonablemente esperaría un contratante prudente y diligente; sin embargo, si a causa de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (devaluación de la moneda, inflación, guerras mundiales, desastres naturales, etc.) las circunstancias contractuales se alterasen, tornando excesivamente onerosa una de las prestaciones, es justo que el contrato sea revisado excepcionalmente por las partes.

Desde luego, las propias partes pueden revisar el contrato, renegociar las condiciones, pero si ello no es posible por la falta de decisión e interés de una de ellas, el Estado debe otorgar, en forma excepcional, acción al contratante perjudicado para solicitar la revisión judicial o arbitral del contrato.

En palabras de Eduardo BENAVIDES, que hago mías, “(...) la institución de la revisión de los contratos por excesiva onerosidad acepta la plena validez del principio de la autonomía de la voluntad dentro de la contratación, pero condicionado y limitado por las exigencias de la vida social, y reconoce, al mismo tiempo, que la fuerza obligatoria del contrato debe seguir siendo afirmada como principio general y de primer orden, aunque vinculada indisolublemente en su aplicación al principio de la buena fe. Lejos de postular un enfrentamiento irreconciliable entre los valores de seguridad y justicia, la excesiva onerosidad entiende ambos valores como compatibles y complementarios, procurando armonizarlos sin olvidar que la justicia, valor fundante, se encuentra en el objeto mismo del Derecho”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 384.

### **3.2.2. Frustración del fin del contrato**

Los contratos, y en particular las relaciones jurídicas obligatorias creadas por ellos, tienen un carácter instrumental, son vehículos que permiten a las partes satisfacer sus intereses.

El derecho contractual moderno, en palabras de Eduardo BENAVIDES, “(...) considera a la obligación como vehículo para la actuación de los intereses de los particulares. El acreedor no quiere simplemente recibir un bien, una suma de dinero, un servicio. Le interesa sobre todo el “para qué”. Aquel destino al cual se pretende aplicar el bien, el dinero, el servicio, adquiere valor esencial y es en función de esa finalidad que ambas partes, y no solo una de ellas, deciden vincularse y establecer una relación prestación contraprestación”<sup>40</sup>. El mencionado autor agrega que: “A ambas partes les interesa que el dinero entregado en mutuo lo es para construir una casa, que el local arrendado será usado por el arrendatario como bodega, que los insumos suministrados lo son para fabricar alimentos, que el servicio de *outplacement* intentará reubicar a los trabajadores cesantes de una empresa en el mercado laboral, etc.”<sup>41</sup>.

En este contexto, la frustración del fin del contrato “se presenta cuando, aún siendo posible de cumplir la prestación, ésta pierde su utilidad, su interés, su sentido, su razón de ser. Este interés o utilidad, por ser aceptado como básico y esencial por ambas partes, ha sido constituido en fin del negocio. La frustración del fin ocurre tanto por imposibilidad de alcanzar el fin del contrato como por satisfacción del interés fundamental por la obtención del fin por otros medios”<sup>42</sup>.

El *leading case* sobre la frustración del contrato puede encontrarse en el conocido *Caso de la Coronación*. Cuando Eduardo VII de Londres iba a ser coronado, debía trasladarse con el cortejo real hasta el lugar de la coronación. Con esta ocasión, muchos propietarios alquilaron

---

<sup>40</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. “Hacia una revalorización de la finalidad contractual”. En: “*Derecho Civil Patrimonial*” (Editores: Alfredo Bullard y Gastón Fernández). Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 173.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>42</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Excesiva onerosidad de la prestación*. *Op. cit.*, p. 383.

sus habitaciones, ventanas y hasta balcones, para que los interesados pudiesen observar el paso del cortejo real. Pero Eduardo VII enfermó repentinamente y el cortejo se suspendió. Ante este suceso, las Cortes inglesas “establecieron que la posibilidad de esperar el desfile de coronación del muy popular Príncipe de Gales era lo que una parte vendía y la otra compraba, y no la simple entrega de una habitación en arrendamiento por un par de días. Ambas partes habían contemplado como razón determinante para contratar el que el bien tuviese la característica esencial de *permitir asistir al paso del desfile* que tantas expectativas y entusiasmo había generado. Tanto es así, que la renta fue fijada en sumas bastante por encima de lo normal. Por lo tanto, al suspenderse el desfile, el contrato resultaba frustrado por desaparecer su fundamento. (“Chandler vs Webster”, “Krell vs Henry”, 1903)”<sup>43</sup>.

En estos y otros supuestos de frustración del fin o finalidad del contrato, el juez debería ordenar la ineficacia del contrato. En estos casos el *pacta sunt servanda* se relativiza, ya que dicho contrato no se ejecutará porque su finalidad no se puede alcanzar, porque las partes no pueden alcanzar el propósito práctico y empírico que los llevó a contratar.

No debe confundirse el *fin* con el *motivo*. El motivo siempre es subjetivo, es el interés que exclusivamente busca cada contratante. Empero, el fin siempre es objetivo, es el propósito que persiguen ambas partes al contratar.

### 3.3. CLÁUSULA PENAL EXCESIVA

El Código Civil peruano no define a la cláusula penal. El artículo 1341 del Código Civil peruano regula los efectos que la cláusula penal produce, estableciendo que *el pacto por el cual se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere (...)*.

Para el legislador peruano, la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, resarcitoria. Nosotros no compartimos esta posición.

---

<sup>43</sup> Cfr. BENAVIDES TORRES, Eduardo. “Hacia una revalorización de la finalidad contractual”. *Op. cit.*, pp. 173-174.

Para nosotros la cláusula penal cumple primordialmente dos funciones: preventiva y punitiva.

Sin embargo, conforme a las funciones preventiva y punitiva, la cláusula penal es *la prestación –de dar, de hacer o de no hacer– libremente pactada con el carácter de pena convencional, con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las obligaciones y, en caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación principal, el deudor estará obligado al pago de la penalidad pactada.*

Adicionalmente, la cláusula penal también *puede* cumplir una función indemnizatoria o resarcitoria cuando el incumplimiento del deudor cause un daño al acreedor. En este caso, el acreedor ya no tendrá que acudir a los tribunales para solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, con las complicaciones y costos que ello implica, pues los daños y perjuicios serán reparados mediante el cobro de la penalidad pactada, si ello es posible.

Contrariamente a las funciones preventiva y punitiva que debe cumplir la cláusula penal, el legislador peruano abre la posibilidad de reducir judicialmente las penas convencionales. El texto del artículo que permite la reducción judicial es el siguiente:

***“Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.”*** (El resaltado es nuestro).

De nuestra parte, no aceptamos que el legislador peruano permita que el deudor que ha incumplido su obligación o que habiéndola cumplido parcialmente, acuda al Poder Judicial para solicitar la reducción de la penalidad que él acordó y aceptó en el contrato. En el fondo, este hecho no es otro que la *revisión de los acuerdos contractuales libremente acordados*, máxime en caso de haber negociado y celebrado *paritariamente* el contrato.

La inmutabilidad o reducción de las cláusulas penales es un tema muy discutido por la doctrina y casi todos los Códigos civiles admiten la reducción judicial de la cláusula penal. El Código Civil peruano, como hemos visto, no escapa a esta postura revisionista y proteccionista del deudor.

En tal sentido, nos preguntamos: *¿la cláusula penal, o mejor dicho, las penalidades convencionales deben revisarse en sede judicial y, en su caso, reducirse el monto de la pena?*

Basándonos en las funciones preventiva y punitiva de la cláusula penal respondemos negativamente. Estamos convencidos del respeto a los acuerdos contractuales y somos contrarios a la desnaturalización de la cláusula penal.

Por lo tanto, si mediante la inclusión de cláusulas penales en los contratos los contratantes buscan reforzar el cumplimiento de sus obligaciones y prevenir su posible incumplimiento, resulta contraproducente que el deudor infiel que ha incumplido con sus obligaciones y que faltó a su palabra empeñada, acuda al juez para solicitar la reducción de la pena.

Los argumentos que se esgrimen para permitir la revisión de las penalidades convencionales pueden resumirse en los siguientes:

- i) Que el deudor es la parte débil de la relación obligacional.
- ii) Que la pena sea manifiestamente excesiva.
- iii) Que el deudor haya tenido la intención de cumplir, lo cual se demuestra mediante el cumplimiento parcial o irregular.
- iv) Que resulta injusto que el acreedor se beneficie con la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

La premisa de que el deudor es la parte débil de la relación obligacional es un mito y no una realidad. La idea de la «parte débil» en la relación contractual, denominada también como el «débil jurídico», es un axioma que se viene arrastrando desde el Derecho romano. En el Digesto, LABEÓN Y PAULO señalan que cualquier oscuridad o ambigüedad de los pactos en el contrato de compraventa, debían interpretarse en contra del vendedor<sup>44</sup>.

Afirmar que el deudor es la parte débil de la relación obligatoria es equivocado, ya que, por ejemplo, en un contrato de compraventa es deudor

<sup>44</sup> LABEÓN, en el D. 18, 1, 21 escribe que «[...] ante la oscuridad de un pacto antes que al comprador, debe perjudicar al vendedor, que lo ha expresado, pues pudo haberlo expresado con claridad desde el primer momento» y PAULO, en el D. 50, 17,172 afirma que «En la compraventa, el pacto ambiguo debe interpretarse en contra del vendedor».

tanto el comprador como el vendedor, con lo cual ambos serían débiles, por lo que habría que preguntarse quién es el fuerte. Casi en forma instintiva se dice que el comprador es la parte débil. Nada más absurdo. Si una persona natural acude a comprar panetones a un supermercado, entonces será la parte débil frente al fuerte empresario; pero si el que acude a comprar los panetones es una empresa minera, ¿podemos decir que será una parte débil? Desde luego que no. Entonces, el deudor no puede ser calificado *per se* como la parte débil.

En el ámbito de la contratación masiva o predispuesta se afirma que la parte débil es el consumidor que no tiene la posibilidad de discutir las condiciones redactadas unilateralmente por el empresario o proveedor. En este caso, la preformulación de los contratos por una de las partes –productores o empresarios– que normalmente ostentan un poder económico y de información superior al de los clientes y consumidores, les concede una superioridad al momento de contratar, ya que pueden imponer sus condiciones. Pero nuevamente, un consumidor puede ser un campesino como un reconocido abogado.

No debemos pues, seguir asimilando al deudor como la parte débil de la relación contractual. En todo caso, cuando se contrata hay personas que tienen mayor información que otras, contratantes que tienen mayor experiencia o simplemente mayores habilidades que sus contrapartes.

Respecto a la reducción de la pena porque es manifiestamente excesiva, enorme o desproporcionada frente a la obligación principal, debemos decir que ello es normal. Si los contratantes pactan una penalidad diminuta, ésta no serviría para nada, ya que no reforzaría ningún cumplimiento de obligaciones. Si, por ejemplo, los contratantes celebran un contrato de arrendamiento con una renta mensual de US\$200.00 e incorporan una penalidad de US\$ 1.00 por cada día de retraso en la devolución del bien arrendado, es lógico que el arrendatario no tendrá ningún incentivo para devolver el departamento, sino que por el contrario, tal vez opte por quedarse más tiempo en el departamento. Indudablemente esto sería una injusticia para el acreedor. ¿Podría afirmarse que el pobre deudor (arrendatario infiel) es una parte débil? Claro que no. Las penalidades que se pacten siempre serán enormes, y ello porque la naturaleza de la pena convencional es reforzar el cumplimiento de las obligaciones y desincentivar el incumplimiento de parte del deudor.

Cabe recordar que los contratos son obligatorios sin necesidad que exista una cláusula penal. Es decir, cuando se celebra voluntariamente un contrato, las partes contratantes están obligadas a su fiel cumplimiento, sin que sea necesario que existan penas convencionales. Y ante el incumplimiento de cualquiera de ellos, el otro contratante tiene expedito su derecho para solicitar el cumplimiento, resolver el contrato o pedir la indemnización de los daños, sin que para ello se requiera de una pena convencional en el contrato. Los contratantes están obligados a cumplir con sus obligaciones por el solo hecho de haberse comprometido a ello y porque el Estado garantiza el cumplimiento otorgando la acción correspondiente al acreedor perjudicado.

Pero sabemos que la realidad es distinta. La realidad comercial nos demuestra que en muchas ocasiones las personas no honran su palabra, no cumplen con sus obligaciones. En estos casos, es natural que se preocupen por evitar los incumplimientos, que busquen la manera de reducir los riesgos de un incumplimiento y que por el contrario, se preocupen por el cumplimiento oportuno. Para el logro de tales objetivos, existen diversos mecanismos jurídicos, denominados por la doctrina como *medios compulsivos*, que permiten reforzar el cumplimiento de las obligaciones y los contratos. Estos medios compulsivos son las arras penales, la excepción de incumplimiento, el derecho de retención y las penas convencionales. A ellos podemos agregar, desde luego, las garantías reales (prenda, hipoteca) y las garantías personales (fianza, aval).

Con relación a las penas convencionales, como medios compulsivos para garantizar el cumplimiento de los contratos, estas penas deben ser elevadas por naturaleza, ya que teniendo por finalidad prevenir el incumplimiento, la pena –que en el fondo no es otra cosa que una sanción, un castigo– debe ser enorme, debe agravar la situación del deudor, casi conminándolo al cumplimiento (que en principio debiera ser espontáneo) para que sea diligente y oportuno en el cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, las penas convencionalmente pactadas siempre serán enormes. Más aún, estas penas generalmente serán recíprocas, ya que ambos contratantes tienen casi siempre la condición de deudores y acreedores.

Con frecuencia se dice que las cláusulas penales que contengan una pena excesiva deben ser reducidas por razones de justicia y equidad.

Frente a ello: ¿es el acreedor el que ha decidido que la penalidad se aplique, o es el propio deudor el que ha determinado su aplicación? Dicho de otra forma: ¿quién se encuentra en mejor posición de evitar la aplicación de una penalidad: el deudor o el acreedor? Sin lugar a dudas el deudor, ya que si él cumple con sus obligaciones en forma diligente y oportuna, el acreedor no podrá exigirle el pago de ninguna penalidad, pero si incumple es porque ha decidido, expresa o tácitamente, asumir la penalidad.

Un sector de la doctrina considera que cuando el deudor ha cumplido parcial o irregularmente su obligación la pena debe reducirse. Felipe OSTERLING escribe que “[...] es lógico que así sea, porque en estos casos el acreedor aceptó voluntariamente un pago parcial o defectuoso, no estando obligado a ello”<sup>45</sup>.

Al respecto, considero que la situación de cumplimiento parcial o irregular de la prestación, debe analizarse desde otra perspectiva.

Si el acreedor acepta que el deudor cumpla parcialmente su obligación, por ejemplo, en un arrendamiento el arrendatario está obligado al pago de la renta de US\$ 200.00 el 15 de cada mes, pero el 15 sólo paga US\$ 150.00 y le dice al arrendador que el saldo se lo entregará en una semana, en este caso, lo que hay es una modificación al contrato original de arrendamiento en lo que respecta al pago de la merced conductiva de ese mes. Si luego de este pago parcial, aceptado por el acreedor (arrendador), éste intenta exigir el pago de la pena convenida, estaríamos ante una conducta contraria a la buena fe de parte del acreedor. Recordemos que la buena fe contractual no sólo debe estar presente en la etapa de la negociación y celebración de los contratos, sino que también debe estar presente en su ejecución. Por tanto, si el acreedor que acepta un pago parcial, luego pretende ejecutar la pena convenida alegando el incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor, estaría actuando de mala fe y, por consiguiente, su demanda no debería prosperar.

Distinto es el caso del deudor que sin el consentimiento del acreedor cumple parcialmente con su obligación. Por ejemplo, si la renta debía pagarse mediante abono en una cuenta bancaria y el deudor arrendatario sólo abona el 50%, es decir, abona la suma de US\$ 100.00, no hay duda

---

<sup>45</sup> Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe. “Obligaciones con cláusula penal”. En: *Libro Homenaje a Mario Alzadora Valdez*. Lima, Cultural Cuzco S.A., Editores, 1998, p. 319.

que el deudor cumplió parcialmente su obligación, pero en ningún momento hay una aceptación de parte del acreedor arrendador. Y tal rechazo de cumplimiento parcial se va a demostrar cuando el acreedor exija el pago de la penalidad convenida.

En los supuestos de cumplimiento defectuoso, el tema es mucho más simple, pues ningún acreedor razonable va a aceptar un cumplimiento defectuoso de parte de su deudor y, en caso de hacerlo, seguramente indicará que es con cargo al cambio de la mercadería o reducción del precio. En este último caso, estaríamos ante un acuerdo que debe respetarse. Lo normal que puede ocurrir es que el acreedor reciba el bien y luego se entere de los defectos, por ejemplo, si el deudor debe entregar 100 galones de combustible de 97 octanos y éstos están adulterados con kerosene, pero son entregados oportunamente en los almacenes del acreedor, el rechazo del acreedor al cumplimiento defectuoso del deudor se hará evidente cuando le exija el cambio del producto o, en su caso, el pago de la penalidad convenida.

Cuando la doctrina se refiere al cumplimiento de las obligaciones –impropiamente denominadas por el Código Civil peruano como inexecución de obligaciones–, no se está refiriendo única y exclusivamente al incumplimiento total de la obligación, sino también al cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En todos estos supuestos, se está lesionando el interés del acreedor, que desde luego también debe tenerse presente.

Otro argumento a favor de la reducción de la pena convencionalmente pactada está referido a que resulta injusto que el acreedor se beneficie con el pago de la pena, cuando no ha sufrido daños o cuando los daños son inferiores a la pena pactada.

Sobre este particular, debemos recordar que para este sector de la doctrina la penalidad convencional cumple una función indemnizatoria; por consiguiente, cuando se pacta una cláusula penal, ésta tiene por finalidad anticipar los daños y perjuicios que puede ocasionar el deudor al acreedor como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Si el deudor incumple sus obligaciones y causa un daño de US\$ 100.00 y se pactó una pena de US\$ 1,000.00, ésta debe reducirse, ya que el acreedor no puede ni debe enriquecerse a costa del deudor. Ello en razón que la cláusula penal tiene por finalidad resarcir los daños y perjuicios que cause el incumplimiento y no el enriquecimiento del acreedor.

Sin embargo, como hemos señalado, para nosotros la cláusula penal cumple esencialmente una función preventiva y una función punitiva, ambas estrechamente relacionadas. En consecuencia, cuando el deudor incumple con sus obligaciones debe pagar la penalidad convenida al acreedor y no pretender rehusar a dicho pago alegando que el acreedor no sufrió daños o que los daños son menores a la pena pactada, pues aquí los daños nada tienen que ver. Se previene –así se estimula la conducta deseable– y se castiga el incumplimiento, sin tomar en cuenta ni valorizar los posibles daños.

La penalidad convencional, como su nombre lo indica, es una pena, una sanción que tendrá que pagar el deudor cuando incumpla con sus obligaciones, ya que de ser un contratante fiel no tendrá nada que pagar, no se le aplicará castigo o pena alguna.

Anteriormente hemos dejado constancia de nuestro rechazo a la reducción de las penalidades convencionales libremente pactadas en los contratos paritarios<sup>46</sup>. En este trabajo, nos ratificamos nuevamente en el carácter intangible e inmutable de las penalidades convencionales.

### **3.4. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS PREDISPUESTOS**

Denominamos contrato predispuerto al contrato que ha sido redactado, total o parcialmente, y en forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica con la finalidad de imponer sus condiciones a personas que sólo podrán aceptar celebrar o no el contrato bajo las condiciones impuestas<sup>47</sup>.

Como en estos contratos predispuertos (masivos, estandarizados, en masa, por adhesión) no existe la negociación de las condiciones del contrato, ni la colaboración de una parte contratante en el diseño

---

<sup>46</sup> Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales”, en: *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, pp. 831-863.

<sup>47</sup> Mayor información sobre la contratación predispuerta y las cláusulas abusivas puede encontrarse en nuestra obra *Transformación del derecho de contratos*. Lima, Editora Jurídica Grijley, 2005, Capítulo II.

del contenido contractual, se presentan casos en los que la parte contratante (predisponente) que elabora unilateralmente el contrato por adhesión o las cláusulas generales de contratación, abusa de la posición jurídica de prediseñar el esquema contractual e incluye condiciones que exclusivamente lo benefician o que perjudican únicamente al contratante que se adhiere. Una forma usual, en nuestro medio, es la exoneración o limitación de la responsabilidad de los productores o proveedores. Existe pues un desequilibrio en dicha relación contractual. Estas condiciones son conocidas en la doctrina como “cláusulas abusivas”, “cláusulas vejatorias” o “cláusulas leoninas”.

Una cláusula es calificada de abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada en favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro<sup>48</sup>. También son vejatorias porque agravan la posición de un contratante que se adhiere al contrato predispuesto.

Tomando en cuenta lo expresado, una cláusula será abusiva cuando en la relación contractual exista:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Un desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual predispuesto.
- d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.

La doctrina sostiene que dichas cláusulas deben ser nulas o ineficaces pudiendo ocasionar, inclusive, la nulidad de todo el contrato si dicha cláusula es esencial en la relación contractual.

Las cláusulas de un contrato no *deben* calificarse como abusivas en abstracto, sino que deben interpretarse dentro del contexto de la relación contractual. No es razonable solicitar la nulidad de una cláusula que, por ejemplo, exonere o limite la responsabilidad del empresario o proveedor, sin antes interpretar esa cláusula limitativa de responsabilidad dentro de la relación contractual. Por ejemplo, puede presentarse el caso que el proveedor de un bien limite su responsabilidad una vez transcurrido

---

<sup>48</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, Tomo III, p. 202.

el tiempo de la garantía ofrecida, en consecuencia, esta cláusula no es abusiva por el único hecho de limitar la responsabilidad del proveedor, debiendo analizarse en estos casos si tal limitación de su responsabilidad es *equitativa o no* en dicha relación contractual.

Para controlar o contrarrestar el uso y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, las personas pueden defenderse mediante el ejercicio de su propia libertad de contratación o autonomía privada, o agrupándose en asociaciones de consumidores (protección autónoma), las que les dirán *no contraten con tales empresarios o proveedores porque sus contratos son abusivos*. Pero el Estado también puede controlar los abusos en este sistema de contratación masiva a través de mecanismos administrativos, legislativos y/o judiciales (protección heterónoma).

El tema que nos interesa en este trabajo y que conlleva a la revisión del contenido de un contrato, es el control judicial de las cláusulas abusivas. La intervención judicial para controlar el uso de cláusulas abusivas incorporadas en los contratos predispuestos es un control *ex-post*, pues el contrato ya se celebró.

Mediante este control los jueces tienen la facultad de declarar la nulidad o la ineficacia de las cláusulas que se consideren abusivas y aún la nulidad de todo el contrato si existe un claro desequilibrio de la relación contractual.

El control judicial de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos no está regulado o permitido por el ordenamiento jurídico peruano. No existe norma expresa que autorice a los Jueces para declarar la nulidad de cláusulas abusivas, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos de Norteamérica, Israel, España o Argentina.

Empero, pese a la ausencia de una norma expresa en el Código Civil peruano que permita la intervención judicial para anular las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, creemos que mediante una correcta aplicación del principio general de la buena fe, el juez puede revisar el contenido del contrato. Según el artículo 168, los negocios jurídicos deben interpretarse según lo expresado por las partes y conforme al *principio de la buena fe*; por su parte, el artículo 1362 establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según el *principio de la buena fe* y la común intención de las partes. Si bien los artículos mencionados

no facultan *expresamente* al juez para que revise el contenido contractual, ello no es óbice para que la parte que considere que una cláusula del contrato predispuesto es abusiva o vejatoria, solicite al Poder Judicial su intervención, a fin de que el juez revise el contrato sobre la base del viejo y siempre vigente principio de la buena fe. Como sabemos, la buena fe impone a las personas el deber jurídico de comportarse leal y honestamente en toda las fases de la contratación privada (negociación, celebración y ejecución). Este comportamiento debe medirse con una regla de conducta, un *estándar jurídico* de un prototipo de conducta social media (el buen padre de familia, el buen contratante) dentro de un contexto determinado.

En suma, mediante la aplicación de la buena fe contractual el juez puede declarar nulas o ineficaces las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, pues no existe buena fe en el predisponente de las cláusulas generales de contratación que, por ejemplo, incorpora condiciones que perjudican al otro contratante o desnaturalizan la relación jurídica contractual, limitando o exonerando su responsabilidad. En este sentido, nada impediría al adherente perjudicado por una cláusula abusiva, solicitar al juez que, sobre la base del principio de la buena fe, la declare nula o ineficaz y hasta ordene la nulidad de todo el contrato si la cláusula abusiva constituye el núcleo del mismo<sup>49</sup>.

#### **4. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS POR PARTE DEL ESTADO MEDIANTE LA DACIÓN DE NORMAS LEGALES**

*¿Puede el Estado dictar leyes para modificar, directa o indirectamente, los términos o condiciones de un contrato válidamente celebrado?*

En el derecho peruano, el tema ha generado largos y encendidos debates.

El Código Civil peruano, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, mediante el artículo 1355 permite que por consideraciones de interés social, público o ético, el Estado dicte leyes para imponer reglas o establecer

<sup>49</sup> También se puede consultar nuestro trabajo “La contratación contemporánea, el respeto a la autonomía privada y la protección a los contratantes débiles”, en: *El contrato en una economía de mercado*, (Autores: Jorge MOSSET ITURRASPE y Carlos Alberto SOTO COAGUILA), Lima, Editora Normas Legales, 2003, pp. 321-346. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El Contrato en una economía de mercado”. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Ed. 2ª. 2009, pp. 321-338.

limitaciones al contenido de los contratos. Como señaló en su oportunidad el autor del proyecto de la parte general de los contratos del Código Civil, doctor Max ARIAS-SCHREIBER PEZET, esta norma se encuentra inspirada en un interés comunitario (social, público y ético) y no se aplicará a “las condiciones de validez y forma de los contratos celebrados antes de la vigencia del nuevo Código (1984), pues en caso contrario se estaría infringiendo la norma constitucional sobre irretroactividad de la ley. *Esto no significa que este Código no se aplique inclusive a las consecuencias de los contratos en ejecución*”<sup>50</sup> (El resaltado es nuestro).

Comentando este artículo, Manuel de la Puente y Lavalle ha manifestado que: “No cabe duda que la razón de ser del artículo 1355 es principalmente regular el intervencionismo del Estado en la contratación”<sup>51</sup>. En otro pasaje de su obra *El Contrato en General*, el maestro peruano agrega que “las reglas y limitaciones a que se refiere el artículo 1355 del Código Civil son aplicables tanto a los contratos celebrados antes de dictarse la ley que las imponga como a los celebrados después”<sup>52</sup>.

Sin embargo, en la Constitución Política del Perú de 1993 se incorporó un texto normativo tendiente a garantizar la *intangibilidad de los contratos*. El artículo 62 de la Carta Política prescribe que “**los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase**” y que cualquier conflicto derivado de una relación contractual se deberá solucionar en la vía arbitral o judicial y conforme los mecanismos de protección previstos en el propio contrato o contemplados en la Ley.

Existe pues, un evidente conflicto normativo entre el artículo 1355 del Código Civil (que permite la intervención del Estado en los contratos) y el artículo 62 de la Constitución Política (que garantiza la intangibilidad de los contratos y el respeto a los acuerdos contractuales). Frente a este conflicto se han planteado diversas hipótesis:

- a) Por un lado, se ha dicho que el artículo 1355 se encuentra derogado tácitamente por el artículo 62 de la Constitución, ya que el texto

---

<sup>50</sup> Cfr. *Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil de 1984*. Tomo VI. Compiladora: Delia REVOREDO. Lima, OKURA Editores S.A., 1985, p.19.

<sup>51</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I. p. 234.

<sup>52</sup> Cfr. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, Tomo I. p. 238.

constitucional contempla el mismo supuesto normativo que el artículo del Código Civil.

- b) Otros sostienen que el artículo 1355 continúa vigente, que no existe incompatibilidad con el texto constitucional, ya que se aplica excepcionalmente a las situaciones previstas en la norma (interés social, público o ético), para cual argumentan que el Estado no puede renunciar al *ius imperium* de dictar leyes para regular y ordenar las conductas de las personas.
- c) Otro sector se ha pronunciado porque la garantía de intangibilidad contractual que otorga el artículo 62 solo está referida exclusivamente a los contratos-ley o contratos de estabilidad jurídica que celebra el Estado con inversionistas nacionales o extranjeros con la finalidad de otorgar garantías y seguridades, es decir, garantizar que las reglas jurídicas al momento de su inversión no serán modificadas unilateralmente por el Estado.
- d) Finalmente, se dice que el artículo 1355 es inconstitucional por contravenir la norma contenida en el artículo 62 de la Constitución. Y mientras no se solicite su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el juez o árbitro, en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, deberán preferir la norma constitucional.

Sin perjuicio de lo anotado anteriormente, la intervención del Estado en los contratos en ejecución es mucho más compleja, especialmente en lo referido a la *aplicación de las normas en el tiempo*.

Conforme lo dispone la parte pertinente del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, “*La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.*” Por su parte, el artículo III del título preliminar del Código Civil peruano establece que “*La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones en la Constitución Política del Perú.*” (Los resaltados son nuestros).

La teoría adoptada por el legislador peruano, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, es la de los hechos cumplidos. Según esta teoría, “*cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente*

en el momento en que dicho hecho se produce o acontece (*tempus regit factum*)<sup>53</sup>. En consecuencia, conforme a esta teoría, los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta y los hechos cumplidos después de su promulgación por la nueva<sup>54</sup>.

Por lo tanto, si el Estado peruano –sobre la base del *ius imperium*– dicta una ley, ésta será obligatoria al día siguiente de su publicación y se aplicará a todas las situaciones y relaciones jurídicas existentes. Hasta aquí, todo en orden. Pero, ¿si la nueva ley contiene normas que pueden afectar los términos y condiciones de un contrato en plena ejecución, se aplicarán o no? No es fácil responder a esta interrogante. Nosotros somos de la opinión que, por regla general, la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en ejecución, más aún cuando el artículo 62 de la Carta Política garantiza la intangibilidad de los contratos. Por lo tanto, en caso que la nueva ley pretenda modificar los términos de un contrato, en aplicación del control de constitucionalidad de las leyes se deberá preferir la norma constitucional sobre la norma legal.

Sin embargo, existen opiniones que sostienen que si la nueva ley contiene normas de orden público también debe aplicarse a los contratos en ejecución. Bajo este criterio, el artículo 1355 tendría plena vigencia, ya que cuando existan razones de interés social o público, el Estado podría dictar leyes para modificar los términos de un contrato.

Desde luego, la nueva ley podría evitar este conflicto de aplicación inmediata de la ley, contemplando una disposición transitoria que establezca que sus reglas no se aplicarán a los contratos en ejecución sino únicamente a los contratos que se le celebren durante la vigencia de dicha norma. Una buena técnica legislativa debería orientar a nuestros legisladores al momento de dictar las leyes y evitar futuros conflictos formativos.

Como pueden apreciar, el tema no está acabado, por lo que el debate continúa.

---

<sup>53</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 138.

<sup>54</sup> Cfr. ALZAMORA VALDEZ. *Introducción a la Ciencia del derecho*. Lima, Tipografía Sesator, 1980, p. 283.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿DEBE PERMITIRSE LA REVISIÓN UNILATERAL DE LOS CONTRATOS POR UN TERCERO?

Antes de responder a la interrogante planteada, es conveniente partir por entender al contrato no solo desde la óptica jurídica (acuerdo de dos partes para crear obligaciones), sino desde una perspectiva económica y social, para lo cual debemos preguntarnos: *¿para qué se contrata?, ¿qué finalidad persiguen las personas cuando celebran un contrato?*

Desde una perspectiva económica y social, **el contrato debe ser entendido como un acto de cooperación de ambas partes para el logro del propósito práctico deseado.** En tal sentido, cada parte debe colaborar con la otra a fin de lograr que el contrato surta todos los efectos queridos.

No debe pensarse que el acreedor únicamente tiene un derecho de crédito contra su deudor, también tiene el deber de colaborar con su deudor para que éste cumpla a cabalidad con sus obligaciones. Un contundente ejemplo de la colaboración del acreedor para que su deudor cumpla, se encuentra en el artículo 1252 del Código Civil peruano que regula el ofrecimiento judicial o extrajudicial del pago por consignación. El texto del artículo es el siguiente:

*“Artículo 1252.- El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial.*

*Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviere impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, **cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete**, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera incapaz sin tener representante o curador designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido. (...)*” (El resaltado es nuestro).

Como podemos ver en la norma transcrita, si el acreedor **no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor cumpla con sus obligaciones**, éste puede consignar judicial o extrajudicialmente el pago.

Cuando las personas contratan, lo que buscan o desean alcanzar es un propósito práctico. Por ejemplo, la persona que encargó la confección de un vestido a un sastre, colaborará con éste para que el vestido sea perfecto, hará sugerencias y tal vez hasta le indique sus defectos corporales a fin de que el sastre pueda tomarlos en cuenta al momento de confeccionar el vestido. Lo mismo sucederá con el dueño de un terreno que contrata los servicios de un arquitecto o ingeniero; en este caso, el dueño le informará acerca de si le agrada la luz del sol por las mañanas o no, si desea tener ventilación o si ello no le resulta relevante, etc. En general, en todos los contratos los contratantes siempre realizan actos de colaboración necesarios para que su deudor no solo cumpla con su obligación, sino y sobre todo, que dicho cumplimiento satisfaga sus intereses oportuna y eficientemente.

Ahora bien, ¿debe permitirse la revisión unilateral de los contratos por un tercero? Considero firmemente que por regla general no debe permitirse. En tal sentido, la intervención del Estado mediante la dación de leyes que modifican contratos en ejecución o la facultad para que el deudor solicite al Juez la reducción de las penalidades excesivas deben estar prohibidas por el legislador. Como hemos manifestado, las penalidades convencionales tienen por finalidad reforzar el cumplimiento de los contratos, por lo que la reducción judicial de una penalidad libremente pactada desnaturaliza la finalidad y la función de la cláusula penal. Por su parte, la intervención del Estado en los contratos en ejecución genera inseguridad jurídica para los contratantes. Además, en ambos casos, se atenta con el principio del *pacta sunt servanda*.

No olvidemos, que los contratos se celebran para ser cumplidos. Que durante su ejecución se pueden presentar situaciones imprevistas, no cabe la menor duda, pero también debemos tener presente que toda persona al celebrar un contrato asume un riesgo. Un contrato que originalmente era favorable o beneficioso para una parte, puede tornarse en desfavorable o perjudicial debido a circunstancias imprevistas. Por ejemplo, una persona arrienda un local comercial durante 3 años a cambio de una renta mensual de US\$ 500.00, y luego la zona donde está ubicado el local se revaloriza debido a mejoras ambientales y los alquileres se incrementan a US\$ 700.00 por locales de similares características; el propietario –por más que lo

deseo— no podrá incrementar unilateralmente la renta o resolver el contrato, no tiene otra opción de respetar el acuerdo contractual. No cabe duda que el propietario recibirá una renta menor que los otros propietarios, pero esos son los riesgos normales de contratar. Así pues, nadie puede desvincularse de una relación contractual alegando que el contrato ya no le conviene o que no le resulta beneficioso como lo era originalmente. Téngase presente que no hay libertad sin riesgos y, en el ámbito contractual, los riesgos son consustanciales a los contratos de larga duración.

Sin embargo, frente a un caso de lesión, de excesiva onerosidad de la prestación, de frustración del contrato o de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos también debemos respetar en forma sacrosanta los acuerdos contractuales? Creo y estoy convencido de que el contrato es un vehículo jurídico que permite el tráfico patrimonial, la circulación de la riqueza, el intercambio de bienes y servicios, pero no puede ser el medio que legitime *el abuso o el aprovechamiento de un contratante sobre otro, alegando el respeto de los contratos y el respeto de la libertad contractual*. Un contrato que no se ha celebrado conforme al principio de la buena fe o cuyas circunstancias contractuales se han alterado, como consecuencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible, no puede ser eficaz. En estos supuestos, resulta indispensable que el legislador diseñe mecanismos tendientes a revisar judicialmente del contrato. No obstante, como ya hemos comentado, un sector de la doctrina se ha pronunciado por la derogación o eliminación de la lesión y de la excesiva onerosidad de la prestación porque atentan contra la libertad de contratación y el respeto a los contratos, además sostiene que dichas figuras obstaculizan el tráfico patrimonial e impiden la inversión privada, tanto nacional como extranjera. Desde nuestra óptica, creemos que ello no así. Todos los peruanos somos testigos de que en el Perú existe inversión privada y que el tráfico patrimonial no se ha visto interrumpido. En todo caso, si hay recesión o si la inversión privada se ha detenido, no se debe a la existencia de figuras jurídicas como la lesión o la excesiva onerosidad de la prestación que, por lo demás, se encuentran reguladas en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos. Las razones de la falta de inversión, en mi particular opinión, no tienen como causa estas circunstancias, sino factores de diferente índole, como la inestabilidad política, económica, legislativa, social, entre otros que no es la ocasión de analizar.

Particularmente, creemos que la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación conjugan muy bien dentro de un sistema económico respetuoso

de la seguridad jurídica, pero también de la justicia contractual. En tal sentido, mediante la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación se permite la corrección de las desproporciones y el restablecimiento de los desequilibrios que se presentan diariamente en la contratación.

Para concluir, no debemos olvidar que la seguridad jurídica y la justicia no son principios que se contraponen, por el contrario, se coadyuvan y necesitan mutuamente, pues mediante ambos se puede alcanzar el bien común, entendido éste como el bienestar de cada uno y el de toda la sociedad en su conjunto.

**SEGUNDA PARTE**

**ESTUDIOS SOBRE EL  
CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS  
(ANTEPROYECTO)**



# EL ANTEPROYECTO DE PAVÍA<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. Los dos modelos de unificación y su compatibilidad. 2. La Academia de Pavía y el Anteproyecto Gandolfi. 3. Estructura y contenido del Anteproyecto. 4. Noción y elementos esenciales del contrato. 5. Formación del contrato y efectos obligacionales y reales. 6. Supuestos de anomalías del contrato. 7. Incumplimiento y responsabilidad contractual.

## 1. LOS DOS MODELOS DE LA UNIFICACIÓN Y SU COMPATIBILIDAD

La unificación del Derecho privado en Europa ha sido una aspiración recurrente a lo largo del siglo XX que, como consecuencia del mercado interior, ha adquirido una importancia práctica de primer orden. Este es el significado perdurable de la propuesta que formuló G. GANDOLFI, en los primeros años noventa, en la que ponía bien de relieve la necesidad, y hasta la urgencia, de unificar el Derecho de los contratos para avanzar en la integración europea, dado que el mercado único exige, como lo demuestra la experiencia histórica, un Derecho uniforme<sup>1</sup>. Pese al acierto de esta constatación, ya entonces tuvimos ocasión de comprobar la existencia de dos planteamientos a primera vista diferentes en la tarea de la unificación, uno de índole doctrinal y otro de naturaleza legislativa, cuyas diferencias de meta y de método recordaban, *mutatis mutandi*, la célebre polémica del joven SAVIGNY contra la tesis de THIBAUT a favor de la codificación en Alemania a principios del siglo XIX<sup>2</sup>. Y estos modelos aparentemente distintos han coexistido hasta el presente, si bien son compatibles y deben entenderse, a nuestro juicio, como dos etapas sucesivas dentro del mismo proceso de unificación.

---

(\*) Por Carlos VATTIER FUENZALIDA.

<sup>1</sup> *Pour un code européen des contrats*, RTDC, 1992, p. 707 y ss.

<sup>2</sup> *Vid.* nuestro trabajo *Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Unión Europea*, RDP, 1994, p. 223 y ss, y allí referencias.

En efecto, el primer modelo se inspira en los *Restatements* del American Law Institute, cuyo papel es ordenar por materias las diversas doctrinas, mal llamadas principios, que imperan en la jurisprudencia, con alguna recomendación para el futuro de un valor puramente persuasivo. Se trata, en rigor, de una consolidación que no deroga ni sustituye el ordenamiento vigente, de eficacia no vinculante y de aplicación voluntaria tanto por las partes como por el juez; como explica E. A. FARNSWORTH, estos textos son, pues, una fuente de autoridad secundaria que no tienen otro objetivo que el de clarificar y simplificar el Derecho en vigor<sup>3</sup>. Fuera del ámbito estadounidense, acaso la mejor expresión de este modelo sean los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* de Unidroit, obra que constituye una especie de nueva *lex mercatoria* y no se refiere, por razones obvias, a ordenamiento alguno en concreto.

Dadas estas características “blandas”, se comprende bien que este modelo haya inspirado los trabajos de la mayor parte de los grupos académicos que se han ocupado de la unificación en el último decenio. Sin ser exhaustivos, es el caso la Comisión Lando, que ha publicado los *Principles of European Contract Law*<sup>4</sup> y se ha integrado luego en el Group Study on a European Civil Code encabezado por Ch. VON BAR, que elabora unos principios de Derecho patrimonial europeo<sup>5</sup>, en coordinación con el Project Group dirigido por F. REICHERT-FACILIDES, que trabaja en el *Restatement of European Insurance Contract Law*, con la colaboración en materia de daños del grupo de la Universidad de Girona que dirige M. MARTÍN-CASALS. Asimismo, se orienta hacia este modelo la propuesta “postmoderna” del *Common Core of European Private Law* formulada por el grupo de Trento, que pretende construir una cultura común a partir de la cartografía jurídica de Europa<sup>6</sup> y del que forman parte, entre muchos

---

<sup>3</sup> *Introduction to the Legal System of the United States*, Nueva York, 1996, p. 87.

<sup>4</sup> Partes I y II, ed. revisada, La Haya-Londres-Boston, 2000; la Parte III está pendiente de publicación. *Vid.* nuestras notas *La propuesta de un Código uniforme de obligaciones y contratos en la Unión Europea y Los “Principles of European Contract Law”: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea*, Noticias UE, 132, 1996, p. 105 y ss, y 159, 1998, pp. 21 y ss.

<sup>5</sup> *Vid.* el trabajo en colaboración de Ch. v. Bar y O. Lando, *Communication on European Law: Joint Response of the Study Group on a European Civil Code*, ERPL, 2002, p. 183 y ss.

<sup>6</sup> *Vid.* M. BUSSANI y U. MATTEI, *Le fonds commun de droit privé européen*, RIDC, 2000, p. 29 y ss, y U. MATTEI y A. DE ROBILANT, *The Art and Science of Critical*

otros juristas españoles, F. Pantaleón PRIETO y E. Vicente DOMINGO, así como el texto “abierto” que ha sugerido A. CHAMBOREDON<sup>7</sup>. En fin, a esta orientación pertenecen también los trabajos científicos de Universidad de Utrech, que se han recogido en el volumen *Towards a European Civil Code*<sup>8</sup>, y el programa didáctico propuesto por W. VAN GERVEN<sup>9</sup>.

Entre nosotros, S. Cámara LAPUENTE parece acoger este modelo de unificación doctrinal<sup>10</sup>, así como S. ESPIAU ESPIAU<sup>11</sup>, y L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES MORENO han comentado los Principes de la Comisión Lando hace poco<sup>12</sup>. Recientemente, S. A. SÁNCHEZ LORENZO ha criticado este texto por ser en su opinión contradictorio y compaginarse mal en su ámbito territorial y material con los Principios de Unidroit, si bien el autor se declara partidario del mencionado modelo, esto es, de una armonización progresiva, lenta y blanda de los Derechos materiales, que puede ser facilitada por la unificación compacta y acaso más rápida del Derecho internacional privado europeo<sup>13</sup>.

Por su parte, el otro modelo es más familiar a nuestra cultura jurídica, puesto que propicia la unificación mediante una ley, con eficacia vinculante

---

*Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, ERPL, 2002, pp. 29 y ss.

<sup>7</sup> *The Debate on a European Civil Code: For an “Open Texture”*, en *The Harmonisation of European Privat Law*, coord. por M. van HOECKE y F. OST, Oxford-Portland, 2000, pp. 63 y ss.

<sup>8</sup> *Vid.* 2ª ed. La Haya-Londres-Boston, 1998.

<sup>9</sup> *Casebooks for the Common Law of Europe*, ERPL, 1996, p. 67 y ss.

<sup>10</sup> *Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?*, La Ley, 1999, nº 4748, p. 1 y ss.

<sup>11</sup> *La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación Derecho europeo*, DPyC, 2000, p. 63 y ss.

<sup>12</sup> *Principios del Derecho europeo de contratos*, coord. por A. M. Morales Moreno, Madrid, 2002.

<sup>13</sup> *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, p. 314 y 332. El autor se refiere de pasada al Anteproyecto de Pavía en notas a pie de página y opina que “no es más que el Código civil italiano con retoques” (p. 277, nt. 194), se caracteriza por el “formalismo positivista” (p. 311, nt. 40) y constituye un ejemplo palmario del planteamiento nostálgico del “universalismo academicista” (p. 295, nt. 5), que se remonta a “épocas muy lejanas en que un maestro universitario podía explicar Derecho positivo con una movilidad geográfica envidiable” (p. 295).

y obligatoria, y de un contenido uniforme que, una vez promulgada, venga a derogar y sustituir los distintos Derechos nacionales en materia de obligaciones contractuales, contratos en particular y responsabilidad extracontractual. En suma, este es el proyecto que ha expuesto G. GANDOLFI y consiste en la elaboración de un verdadero código europeo de contratos<sup>14</sup>, el cual ha suscitado una abundante literatura recopilada en parte por P. STEIN<sup>15</sup> y ha vuelto a concitar el decidido el apoyo de autores tales como G. B. FERRI<sup>16</sup> y J. L. DE LOS MOZOS<sup>17</sup>.

Aparte de la resistencia anglosajona a la codificación<sup>18</sup>, la principal dificultad de este modelo radica en que un Código uniforme como éste no se contempla de forma expresa en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, aunque puede tener acomodo tanto en el espacio de libertad, de seguridad y de justicia (art. 65 TCE) como en la aproximación de las legislaciones para establecer el mercado interior (art. 95 TCE); según ha señalado J. BASEDOW, también cabe que se apruebe por unanimidad con arreglo a la cláusula de cierre del art. 308 para las materias no previstas en el Tratado<sup>19</sup>.

Con todo, estos dos modelos no se contraponen ni se excluyen mutuamente, sino que parecen ser compatibles entre sí, puesto que, bien mirados, representan dos etapas sucesivas dentro del largo y complejo proceso de unificación; mientras el primero constituye un momento preparatorio y provisional, el último, en cambio, es la meta definitiva

---

<sup>14</sup> Vid. en especial *L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza una legge?*, RDC, 1993, p. 149 y ss, y últimamente *Il progetto "pavese" di un Codice europeo dei contratti*, RDC, 2001, pp. 455 y ss.

<sup>15</sup> *Il futuro Codice europeo dei contratti*, Milán 1993, pp. 9 y ss.

<sup>16</sup> *Il Code européen des contrats*, Ci/Europa, 2002, p. 27 y ss.

<sup>17</sup> *El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía*, La Ley, 2002, nº 5629, pp. 1 y ss.

<sup>18</sup> Expuesta sobre todo por P. LEGRAND, *Against a European Civil Code*, MLR, 60, 1997, pp. 45 y ss, y *Sens et Non-sens d'un Code Civil Européen*, RIDC, 1996, p. 779 y ss.

<sup>19</sup> *Codification of Private Law in the European Unit: The Making of a Hybrid*, ERPL, 2001, pp. 35 y ss. El autor propone aquí un programa a largo plazo, de treinta a cuarenta años de duración, según el cual, tras la unificación doctrinal, debe seguir un período de aclimatación en la formación y educación jurídicas, para desembocar después en la definitiva unificación legislativa.

de dicho proceso<sup>20</sup>. Buena prueba de que esto ha de entenderse así son las últimas actuaciones de la Comisión y del Parlamento Europeos en la materia que nos ocupa.

En efecto, la Comisión, en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2001, sobre el Derecho contractual europeo (Com (2001) 398 final)<sup>21</sup>, propone estas cuatro alternativas, a saber: opción I, no intervenir y dejar que el mercado resuelva los problemas del comercio intracomunitario; opción II, fomentar la formulación de principios comunes de aplicación voluntaria para reforzar la progresiva convergencia de las legislaciones nacionales; opción III, mejorar la normativa comunitaria a fin de simplificarla, en especial, en lo que concierne a las Directivas sobre consumo; opción IV, adoptar una nueva legislación imperativa, que sea o bien de aplicación voluntaria, o bien que se pueda excluir por acuerdo expreso de las partes, o bien de aplicación obligatoria.

Lo importante es que esta Comunicación ha dado lugar a una amplia encuesta pública en la que se han manifestado más de un centenar y medio de respuestas provenientes de organismos comunitarios, gubernamentales, empresariales, profesionales y universitarios. En apretada síntesis, puede afirmarse que existe unanimidad a la hora de descartar la opción I y de acoger la opción III, aspecto en el que trabaja en la actualidad el Acquis Group de la Universidad de Turín, que elabora del principios del Derecho comunitario existente<sup>22</sup>; y al mismo tiempo, hay una sólida mayoría a favor de la opción II, pero concebida como una fase intermedia para alcanzar después la opción IV, con eficacia de *ius cogens*.

Algo semejante se puede apreciar en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, de 15 de noviembre de 2001 (A5-0384/2001), en la que se estima la opción II de la Comunicación como un punto de partida, pero

---

<sup>20</sup> Como ha sostenido, no sin cierta incoherencia, O. Lando, *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, ERPL, 2000, pp. 59 y ss.

<sup>21</sup> Vid. D. STAUDENMEYER, *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*, ERPL, 2002, pp. 249 y ss.

<sup>22</sup> Vid. B. PASA, *I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo "Acquis Group"*, Ci/Europa, 22002, p. 654 y ss, quien informa además de la existencia en dicha Universidad del Network Improving the Human Research Potential on Uniform Terminology for European Private Law, que se ocupa de la armonización del lenguaje jurídico.

ampliada a los contratos de compraventa, servicios y seguros, transmisión de bienes muebles, garantías personales y mobiliarias, enriquecimiento sin causa, daños y Derecho de *trust*. Además, se traza un calendario un tanto voluntarista, según el cual, tras una fase preparatoria de soluciones, conceptos y terminología comunes de tres años de duración, en 2006 deberían entrar en vigor unos principios comunes para las relaciones contractuales transfronterizas, con la posibilidad de cláusulas de excepción, y en el año 2010 se debería adoptar un *corpus* –un Código– de reglas sobre el Derecho contractual de la Unión Europea.

Es claro, pues, que prevalece la idea de la compatibilidad de los dos modelos, en cuya virtud el modelo doctrinal se configura como una fase de transición hacia el modelo legislativo. Por eso, aunque la mayor parte de los esfuerzos se concentren hoy en día en la fase intermedia, conviene atender también al texto definitivo del futuro Código europeo de contratos, cuya única expresión, por el momento, es el Anteproyecto de la Academia de Pavía.

## 2. LA ACADEMIA DE PAVÍA Y EL ANTEPROYECTO GANDOLFI

En otoño de 1990, se reunieron en la Universidad de Pavía varios juristas procedentes de países distintos para estudiar la posibilidad de unificar el Derecho de los contratos en Europa y acordaron formar un grupo de trabajo permanente que, con el nombre de Academia de Iusprivatistas Europeos y sede en Pavía, quedó formalmente constituido en 1992. La Academia está formada por más de ochenta juristas de los diferentes países de la Unión Europea y de Suiza, muchos de ellos son de gran prestigio, como los fallecidos F. WIEACKER, A. TRABUCCI o A. TUNC, o como los españoles J. L. DE LOS MOZOS, G. GARCÍA CANTERO y A. LUNA SERRANO, el primero de los cuales ostenta hoy la presidencia de la misma, y recientemente ha ampliado el número de sus miembros.

Tras resolver algunos aspectos preliminares, el grupo se ocupó de las complejas cuestiones metodológicas en las tres sesiones siguientes<sup>23</sup>, y

---

<sup>23</sup> Las actas de estas sesiones se han recogido por P. STEIN, *Convegni di studio per la redazione del progetto de un Codice europeo dei contratti* (Pavía, 1992-1994), Milán, 1996, pp. 5 y ss.

a partir de 1995 acometió directamente la tarea de elaborar el futuro texto normativo, cuya redacción definitiva ha estado a cargo del Profesor G. GANDOLFI, en su condición de coordinador de los trabajos. El Libro primero, relativo a la doctrina general del contrato, se ha publicado en francés con el título de *Code européen des contrats*, hace un par de años<sup>24</sup>. Aparte del texto articulado, la obra contiene cinco interesantes informes del coordinador sobre las diversas materias, en los que, tras exponer el *status quaestionis* en las diferentes fuentes, se resumen las propuestas y las opiniones de los Académicos y se dan a conocer los motivos y el origen directo de cada precepto.

En su afán de alcanzar la meta de la unificación efectiva, la Academia se ha inspirado en dos fuentes fundamentales, el *Contract Code* redactado por H. MCGREGOR para la Law Commission en 1965 debidamente actualizado<sup>25</sup>, y el Código civil italiano. El primero por representar una síntesis actualizada del Derecho inglés y escocés, y el segundo por contener el doble influjo del Código civil francés y del BGB. Pero se han tenido en cuenta, además, otros Códigos importantes como el suizo, el portugués o el holandés, con una atención muy especial al nuestro.

Dadas estas fuentes, se comprende que el estilo del Anteproyecto sea de corte clásico y que pretenda abarcar todos los aspectos de la materia, aportando soluciones prácticas a los mismos. En este sentido, no es un *Restatement* de las doctrinas imperantes en los Derechos vigentes en Europa, sino un conjunto de reglas que puedan ser aplicadas por las partes contratantes y, en su caso, por el juez o el árbitro competente. Acaso por ello su redacción no siempre alcanza la nitidez que sería de desear y en ocasiones sea un tanto prolija y reiterativa, aparte de que contiene numerosas remisiones cruzadas que no hacen fácil su lectura y comprensión.

A nuestro modo de ver, tres son las características más sobresalientes del Anteproyecto. Por un lado, se han omitido las categorías abstractas

---

<sup>24</sup> Publicado por GIUFFRÈ, Milán, 1ª ed. 2000 y 2ª ed. corregida 2001; hemos dado noticia de su publicación en el ADC, 2001, pp. 753 y ss, la RCDI, 668, 2001, p. 2679 y ss, y en nuestra nota informativa *El nuevo "Anteproyecto Gandolfi" para la unificación de las obligaciones contractuales en la Unión Europea*, Noticias UE, 204, 2002, pp. 9 y ss.

<sup>25</sup> *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, trad. y Nota Preliminar por J. M. DE LA CUESTA SÁENZ y C. VATTIER FUENZALIDA, Barcelona, 1997.

que podrían encontrar alguna oposición en el Derecho anglosajón, y por eso no se menciona el negocio jurídico y la obligación aparece sólo como un efecto típico del contrato; tampoco figura la buena fe, ni siquiera como criterio para interpretar el contrato, si bien el resultado de la interpretación no puede ser contrario a la misma o al buen sentido (art. 39.4). Por otro lado, existe un decidido propósito de conservación del contrato que se advierte, tanto en la disciplina de las diversas anomalías que pueden afectarle, como en cierto *favor debitoris*, que tiene distintas manifestaciones, tales como, entre otras, los plazos suplementarios y el fraccionamiento del pago (art. 110), la renegociación del contrato por las partes en caso de excesiva onerosidad de la prestación (arts. 97.1 y 157) y la prohibición de acumular los remedios del incumplimiento cuando surja de tal acumulación una situación tan grave para el deudor que sea insostenible para él (art. 171.3). En fin, se han reducido notablemente los supuestos de remisión a la discrecionalidad del juez, pero no por una desconfianza ante la misma, sino porque se ha querido evitar a toda costa la “renacionalización” del futuro Derecho uniforme a la hora de ser aplicado por los tribunales en los distintos Estados miembros.

### **3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

El texto articulado, que se acaba de publicar en castellano<sup>26</sup>, consta de 173 artículos, algunos muy extensos, que se agrupan en once Títulos, los cuales se ordenan en forma relativamente novedosa para conseguir una estructura unitaria en la que coexisten, en acertada simbiosis, materias que pertenecen, entre nosotros, al ámbito del contrato y al ámbito de las obligaciones. Así, los cinco primeros Títulos comprenden las habituales reglas sobre la definición de contrato, régimen aplicable y capacidad de las partes, la formación del consentimiento mediante los tratos preliminares y la conclusión del mismo por medio de la oferta y la aceptación, el contenido, la forma y la interpretación. Pero el Título VI contempla, junto a las fuentes de integración del reglamento contractual, los efectos reales que brotan del contrato, así como los tradicionales elementos accidentales de la condición,

---

<sup>26</sup> Academia de Iusprivatistas Europeos, *Código europeo de contratos (Anteproyecto)*, versión española de los profesores J. L. DE LOS MOZOS y A. LUNA SERRANO, RGLJ, 2001, p. 713 y ss, a la que nos vamos a ceñir en las páginas siguientes.

el término y el modo o carga, además de la representación, los contratos con persona a designar y los contratos a favor de tercero.

Asimismo, los dos Títulos siguientes versan sobre el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones. Mientras el primero prevé la diligencia exigible y las normas sobre el pago, con las especialidades propias de las obligaciones pecuniarias, alternativas, solidarias e indivisibles, el segundo, en cambio, alude a los distintos supuestos de incumplimiento, la excesiva onerosidad, la mora del deudor y del acreedor, así como a las consecuencias o remedios del incumplimiento, que son, con la salvedad de lo acordado en las cláusulas limitativas de la responsabilidad, la acción de incumplimiento, la ejecución forzosa en forma específica, la reparación *in natura* y la reducción del precio, la resolución por incumplimiento esencial, la restitución y la indemnización de los daños y perjuicios, cuyo régimen se desplaza en parte, con un criterio discutible, al Título final del Anteproyecto (Sección 2. Remedios).

En fin, tras el Título relativo a la cesión del contrato, el crédito y la deuda, el Título X se ocupa de la extinción del contrato y consagra los modos extintivos distintos del incumplimiento, es decir, la novación, la condonación, la compensación y la confusión, junto a la prescripción y la caducidad. El Título XI, el último del Anteproyecto, se desdobra, por un lado, en las anomalías del contrato, entre las que destaca la opinable categoría de la inexistencia, y por otro, los remedios, que comprenden la rescisión por lesión, la resolución judicial, la responsabilidad contractual, cuya disciplina abarca los requisitos, el daño reparable y las modalidades de la reparación, así como la cláusula penal, las acciones inhibitoria y conminatoria y, por último, el arbitraje.

#### **4. NOCIÓN Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO**

Según el Anteproyecto, el contrato se define como “el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas”, acuerdo que puede manifestarse también a través de actos concluyentes activos u omisivos, siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, a los usos o a la buena fe (art. 1).

Estamos ante una concepción amplia del contrato, pues, no sólo es una fuente hábil para crear relaciones jurídicas entre las partes, sino que puede incidir además en las otras vicisitudes de las mismas. Observemos que la obligación, expulsada por la puerta del Anteproyecto, hace su entrada por la ventana de la relación jurídica, ya que ésta comporta siempre obligaciones para los contratantes. Del contrato pueden surgir obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas, con lo que se da cabida a los contratos gratuitos y, en especial, a la donación, así como otros efectos, que anuncian la eficacia vinculante de las cláusulas implícitas y de las fuentes de integración del contrato.

Conforme al Anteproyecto, las cláusulas implícitas forman parte del contrato si se imponen por las disposiciones (imperativas) del mismo, del Derecho comunitario o de los Derechos nacionales, en especial cuando reemplazan las cláusulas diferentes introducidas por las partes, o se derivan del deber de buena fe, o deben entenderse tácitamente aceptadas por las relaciones precedentes entre las partes o por las costumbres generales y locales, o bien porque son necesarias para alcanzar el fin perseguido por los contratantes (art. 32); en tanto las fuentes de integración, que se denominan factores extracontractuales –extraconsensuales, más bien– determinan los efectos del contrato, que no se derivan solamente de los pactos, sino también de las mencionadas disposiciones, de los usos, de la buena fe y de la equidad (art. 44). A pesar de la proximidad entre unas y otras, parece que difieren en que las cláusulas implícitas completan o integran el contenido del contrato, mientras que los factores extracontractuales determinan los efectos del mismo.

Con todo, el núcleo esencial de esta noción de contrato es el acuerdo de las partes, en cuya virtud pueden determinar libremente su contenido, dentro de los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público fijados por el propio Anteproyecto y las disposiciones antes citadas y siempre que las partes no persigan el único fin de dañar a otro; en particular, el Anteproyecto contempla la posibilidad, además, de acordar contratos atípicos, combinar tipos regulados o establecer una conexión concordada entre diversos actos (art. 2). Consecuentemente, los elementos esenciales del contrato son solamente estos dos, el acuerdo de las partes y el contenido (art. 5.3), con lo que desaparecen, no sólo la discutida categoría de los contratos reales, sino además tanto la causa como la *consideration*, en la medida en que estas dos figuras no sean exactamente coincidentes.

Hay aquí, pues, un notable anticausalismo, que concuerda con los *Principios* de Unidroit (art. 3.2) y los *Principles* de la Comisión Lando (art. 2:101-1), debido, no sólo a las incertidumbres conceptuales de la causa, sino a que su finalidad fiscalizadora se puede alcanzar igualmente por medio de los límites impuestos a la autonomía privada que acabamos de ver, ya que su infracción provoca la nulidad del contrato (art. 140) por ser de contenido ilícito (art. 30.1).

Pero esto no debe ocultar que se trata de una importante innovación para nosotros, puesto que comporta la consagración de la noción iusnaturalista del contrato, que se basa exclusivamente en el consentimiento eficaz, y el abandono de la concepción sustantiva que impera en nuestro Código civil. Recordemos que el contrato requiere, además del consentimiento, la existencia y licitud de la causa (art 1275), que la falta de expresión de la misma no transforma el contrato en un acto abstracto ni hace presumir la intención de donar (art. 1277) y que la causa no se predica de los contratos bilaterales o unilaterales sino de los onerosos y gratuitos (art. 1274), todo lo que revela que el Código atiende al contenido material de las prestaciones, aunque no exija expresamente la equivalencia de las mismas, salvo por la vía de la interpretación integradora del contrato (art. 1289). Y esto llegaría a desaparecer por el radical anticausalismo del Anteproyecto, si se aprobase en su redacción actual. Con todo, los motivos causalizados se podrían encauzar por la vía habitual de la condición suspensiva (art. 49) o resolutoria (art. 50), cuyos efectos retroactivos dependen en ambos casos de la voluntad de los contratantes.

Acaso para mitigar en parte el alcance de esta innovación, el Anteproyecto exige que el contenido del contrato no sea ilícito ni abusivo. Es ilícito en dos casos, por ser contrario a las disposiciones imperativas, al orden público o a las buenas costumbres y por constituir un medio para eludir una regla imperativa. Y es abusivo en estos tres supuestos: por un lado, cuando existe lesión por dependencia o inexperiencia de una de las partes, en cuyo caso el contrato es rescindible; por otro lado, cuando las condiciones generales sean restrictivas para el adherente y éste no las apruebe por escrito, condiciones generales que son eficaces, por regla general, si el adherente las conoce o las ha debido conocer usando de una diligencia ordinaria (art. 33), y finalmente cuando se trate de cláusulas desequilibradas, no negociadas e impuestas al consumidor, aun en el caso que el profesional actúe de buena fe (art. 30). Es de notar que basta el contenido desequilibrado de la cláusula para

que se considere abusiva, aun cuando el profesional proceda de buena fe, y que consumidor es sólo la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales (art. 9.2).

## **5. FORMACIÓN DEL CONTRATO Y EFECTOS OBLIGACIONALES Y REALES**

De acuerdo con el Anteproyecto, aunque el hecho de entablar negociaciones es libre, la falta de conclusión del contrato no engendra para las partes responsabilidad alguna, a no ser que exista un comportamiento contrario a la buena fe. En particular, la reticencia en los tratos preparatorios y la interrupción inmotivada una vez examinados los aspectos esenciales del contrato obligan a reparar el interés negativo, esto es, los gastos realizados y la pérdida de ocasiones similares a la que se ha frustrado (art. 6), así como la infracción positiva o negativa del deber de información, caso en el que si el contrato se llega a concluir con infracción de dicho deber el infractor debe, además, restituir lo recibido e indemnizar en una medida equitativa, sin perjuicio de la impugnación del contrato por la otra parte a causa de su error (art. 7). Asimismo, el deber de reserva obliga a un uso reservado de las informaciones confidenciales, cuya infracción obliga a reparar el daño sufrido por la otra parte y a restituir el enriquecimiento propio (art. 8). Por último, en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, el comerciante debe informar por escrito al consumidor de su derecho a desistir del contrato (art. 9) y en los contratos extracomunitarios las partes deben conformarse a los usos generalmente admitidos en el mismo sector, que conozcan o deban conocer (art. 10).

Por otra parte, el Anteproyecto distingue las nociones de oferta, comunicación publicitaria, invitación a ofertar y promesa al público. La oferta debe contener todas las condiciones del contrato a estipular, o ser al menos determinables, de modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y expresar además, aunque sea implícitamente, la voluntad del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación. La comunicación publicitaria es aquella que carece de los requisitos de la oferta o la que se dirige a personas indeterminadas, y constituye una invitación a hacer una oferta, salvo que consista en una promesa dirigida al público (art. 13), en cuyo caso vincula al que la hace desde el momento en que se publica y se extingue en el plazo predeterminado, o en el que se deduzca de su

naturaleza o finalidad, o al cabo de un año si no llega a tener lugar la situación en ella prevista (art. 23).

En fin, en los contratos celebrados entre ausentes es válida la oferta escrita y remitida por cualquier medio –incluidos los electrónicos– y el contrato se reputa concluido en el momento y en el lugar en que el oferente ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación (art. 12), conocimiento que se presume desde que la declaración escrita ha llegado a su poder (art. 21), sin perjuicio de probar la imposibilidad de conocerla sin falta suya (art. 22). Se consagra así la solución italiana que, aun cuando ha influido decisivamente en la interpretación correctora del antiguo art. 1262-II del Código civil, la Ley de comercio electrónico ha modificado el precepto citado y ha acogido, de forma un tanto confusa, el criterio de la expedición<sup>27</sup>. En consonancia con la regla del “espejo roto”<sup>28</sup>, si la aceptación no coincide con la oferta, pero sólo difiere en aspectos marginales, el contrato se considera concluido con arreglo a la aceptación (art. 16.7).

Por lo que atañe a la eficacia del contrato, el Anteproyecto contempla tanto los efectos obligatorios como los efectos reales. Mientras los primeros consisten en las obligaciones de dar, hacer y no hacer, los deberes accesorios (art. 45) y los deberes de protección de la persona y bienes del acreedor y de sus auxiliares (art. 99), los últimos determinan que la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, o de un derecho real sobre la misma, tanto entre las partes como frente a terceros, no se produce por el sólo consentimiento –como cabría esperar del marcado consensualismo del Anteproyecto– sino que, de acuerdo con la teoría clásica del título y el modo, a partir del momento de la entrega de la cosa. En caso que el transmitente no sea propietario o titular de la cosa mueble, el adquirente de buena fe deviene propietario o titular de la misma a partir de dicho momento. En cambio, los bienes muebles registrables y los inmuebles se transmiten conforme al Derecho nacional aplicable y su eficacia frente a terceros exige la satisfacción de los respectivos requisitos de publicidad (art. 46).

---

<sup>27</sup> Nos remitimos para esto a nuestra *Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual*, Homenaje al Profesor L. Díez-PICAZO, en curso de publicación.

<sup>28</sup> Sobre esta regla, *vid.* S. DURANY PICH, *Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto*, ADC, 1992, pp. 1011 y ss.

Asimismo, los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa objeto del contrato pasan al adquirente desde el momento de la entrega (art. 46.4) y si ha habido varios contratos sucesivos sobre la misma cosa, goza de preferencia el primero que obtenga de buena fe la posesión material de la misma (art. 47). Consiguientemente, el Anteproyecto es restrictivo en lo que concierne a las prohibiciones de disponer cuando declara que la prohibición de enajenar, o de hacerlo a un precio distinto del pactado, sólo tiene efectos obligacionales entre los contratantes, abstracción hecha de la buena o mala fe del tercer adquirente, y siempre que se circunscriba a un límite de tiempo razonable y exista un interés apreciable por parte de quien impone la prohibición (art. 48).

## **6. SUPUESTOS DE ANOMALÍAS DEL CONTRATO**

El Anteproyecto regula de forma pormenorizada las distintas anomalías que pueden afectar a la validez y a los efectos del contrato y consagra un amplio elenco de las mismas. Se trata de la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y la inoponibilidad.

La inexistencia se presenta por la falta de una actuación jurídicamente relevante, por la falta del destinatario de la declaración de voluntad o la incapacidad jurídica del mismo, por carecer de objeto, por la discordancia de la aceptación y la oferta debida al contenido equívoco de esta última, o por la declaración incompleta e insubsanable. En todo caso, se precisa que si existen dudas se estimará que hay nulidad y no inexistencia (art. 137).

La nulidad tiene lugar cuando el contrato es ilegal por ser contrario al orden público, a las buenas costumbres o a una regla imperativa que proteja el interés general o salvaguarde situaciones de interés social, cuando carece de los elementos esenciales y cuando la norma aplicable prevea expresamente la nulidad. También tiene lugar la nulidad en otros supuestos de contrato ilegal, esto es, en la hipótesis del contrato prohibido por una norma penal y en la del que no ha sido autorizado por un órgano público, en el caso que esta autorización se requiera para la celebración del mismo (art. 140).

La anulabilidad se produce por la falta de capacidad de obrar, por vicios del consentimiento (art. 146), que son el error (art. 151) y la violencia

moral (art. 152), y por los vicios padecidos por el representante (art. 67), incluso en el supuesto de la autocontratación (art. 68).

La ineficacia puede provenir de la voluntad de las partes o de una disposición legal. En el primer supuesto, hay ineficacia en los casos de simulación, condición suspensiva o resolutoria, plazo inicial o final y falta de autorización pública o aprobación de un tercero convenidas por los contratantes. En el segundo supuesto, la ineficacia surge por la ilegalidad del contrato, por la celebración del mismo de buena fe pero sin pretender efectos jurídicos, o por sanción expresa de la norma aplicable, que priva de efectos al contrato, sin proclamar su nulidad (art. 153).

Por último, la inoponibilidad se presenta por la simulación y la reserva mental, por la infracción de los requisitos de forma o de publicidad que protegen a determinadas personas o a los terceros, por el fraude consciente y recíproco de ambas partes, por los actos de encubrimiento de los contratos nulos, o por determinación expresa o análoga de la norma aplicable al contrato (art. 154).

Mientras la inexistencia y la inoponibilidad son insubsanables, la nulidad admite la confirmación, con la salvedad del contenido ilícito (art. 143) y la conversión en otro contrato válido (art. 145), en tanto la anulabilidad se puede eliminar por la aceptación del defecto y la confirmación (art. 149), lo mismo que la ineficacia (art. 153.5). Además, cabe la nulidad parcial, por regla general, siempre que la parte del contrato subsistente posea por sí misma consistencia y validez autónomas y realice de manera razonable el fin perseguido por los contratantes (art. 144).

En todos estos casos, la anomalía opera por la concurrencia de los distintos supuestos que la provoca, pero exige declaración judicial, debiendo las partes intentar un acuerdo extrajudicial durante tres o seis meses antes de acudir al juez, el cual puede decretar, además, una acción conminatoria o inhibitoria. Asimismo, proceden tanto la restitución de los bienes entregados como la indemnización del interés negativo (art. 166.3).

## **7. INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

El Anteproyecto presenta en esta materia novedades de interés y también más de algún punto discutible. Ante todo, concibe el incumplimiento en términos netamente objetivos, a cuyo tenor “una obligación contractual se

considera incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o auxiliares adoptan un comportamiento diferente en relación a aquél previsto en el contrato” (art. 89). Si el deudor cree que no podrá cumplir, debe comunicarlo por escrito al acreedor, quien, si no declara la obligación incumplida, no puede rechazar luego el cumplimiento posterior de la obligación (art. 90), o si estima que el deudor no está en condiciones de cumplir en un tiempo razonable, puede exigirle que le otorgue una garantía, cuya omisión habilita al acreedor para declarar el incumplimiento definitivo de la obligación (art. 91).

Asimismo, el deudor moroso o el que ha cumplido en parte su obligación, puede pedir la renegociación del contrato cuando el incumplimiento se debe a que, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la prestación ha devenido excesivamente onerosa, en tanto que la imposibilidad sobrevenida, por motivos de los que el deudor no debe responder, exime del cumplimiento de la obligación, si bien, cuando el contrato contiene una garantía explícita o implícita de que el cumplimiento es posible, el deudor debe indemnizar el interés negativo al acreedor, es decir, el daño que “haya sufrido por haber contado con el cumplimiento de la prestación” (art. 97).

Por otra parte, el Anteproyecto contempla la hipótesis del mal llamado incumplimiento eficiente<sup>29</sup>, o violación eficaz, según la cual, salvo pacto expreso en contrario, hay incumplimiento si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación (art. 98). En caso de incumplimiento de los deberes de protección, se considera que la prestación debida ha quedado incumplida si el daño se ha producido durante o a causa de su ejecución, y constituye una consecuencia inmediata y directa de la misma; si no es así, el deudor incurre en responsabilidad extracontractual (art. 99). Se admite el pago anticipado o en cantidad superior a la debida, pero en este último caso el acreedor debe satisfacer una contrapartida proporcionalmente superior (art. 101), sin que pueda rechazar, por regla general, la prestación ofrecida, bajo el pretexto de que ha devenido inútil o privada de interés para él a causa de circunstancias sobrevenidas (art. 102), pues, en otro caso, incurre en mora (art. 103) y el deudor se libera (art. 105).

---

<sup>29</sup> Vid. D. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy* (1989), ahora en *Perspectives on Contract Law*, antología de R. E. Barnett, Boston-Nueva York-Toronto-Londres, 1995, pp. 42 y ss.

En fin, sólo el incumplimiento relevante permite la resolución del contrato, el cual exige el incumplimiento total de las prestaciones principales, causando al acreedor un perjuicio que le priva sustancialmente de lo que, en derecho, podía esperar del contrato, si bien basta el incumplimiento parcial cuando ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto (art. 107). Y ello sin perjuicio de los demás remedios que se ofrecen al acreedor en todos los supuestos de incumplimiento.

En efecto, el Anteproyecto propone un amplio y bien articulado catálogo de una docena de remedios, que hemos mencionado antes y se pueden clasificar en comunes y especiales. Son comunes la suspensión del propio cumplimiento (art. 108), el plazo de gracia y los plazos parciales (art. 110), la reducción del precio (art. 113), la ejecución forzosa (art. 111), la restitución de lo entregado en especie o en dinero (arts. 115 y 160), la declaración de daño sufrido por el acreedor (art. 171), la indemnización de los daños y los perjuicios (art. 116) y la responsabilidad contractual (arts. 162-168), así como las acciones inhibitoria y conminatoria (art. 172); en cambio, se pueden considerar como remedios especiales la resolución (arts. 114 y 158), la renegociación del contrato por excesiva onerosidad (art. 157), la rescisión por lesión (art. 156), la pena convencional (art. 170), las cláusulas de exoneración (art. 106) y el arbitraje (art. 173). Sabemos que estos remedios son acumulables, a condición de que no se produzca una ventaja que sobrepase el perjuicio sufrido por el acreedor o una situación para el deudor que le sea insostenible (art. 171.3).

De estos remedios destacan los *punitives damages*, la responsabilidad contractual y su posible modalización por las cláusulas limitativas de la misma. En cuanto los primeros, el Anteproyecto los consagra en la ejecución en forma específica, con la finalidad de incitar a la satisfacción espontánea y oportuna de la prestación debida. Para ello se permite que el juez condene al deudor que no se somete, o se somete con retraso, al pago de una multa cuyo importe máximo es el triple del valor de la prestación y se destina en un 70% al acreedor y el 30% restante a favor del Estado. La multa puede consistir en una suma fija, que produce los intereses determinados por el juez, o bien en un montante por cada día de retraso, que se distribuye en la proporción indicada (art. 111).

Por lo que respecta a la responsabilidad contractual, aparece desdoblada en una regla general de responsabilidad presunta y una regla especial de responsabilidad por culpa, según se trate de una obligación de resultado

o de una obligación de medios contraída por un profesional. Determina el Anteproyecto, en efecto, que todo deudor debe comportarse conforme a lo convenido, la buena fe y la diligencia exigida en cada caso específico, según lo acordado, las circunstancias y la práctica corriente, incluso cuando la obligación se enmarca en el curso de una actividad profesional o empresarial; en cambio, cuando se trate de una obligación de hacer de naturaleza profesional se la considera cumplida si el deudor realiza todos los actos necesarios para que se obtenga el resultado previsto, a no ser que, de acuerdo lo pactado, las circunstancias o el uso, se reputa que debe alcanzar plenamente dicho resultado (art. 75).

Por eso, estas obligaciones se consideran incumplidas por el retraso de la obra, la ejecución parcial o defectuosa, o el empleo de materiales inapropiados, pero, si se encuadran en una actividad profesional o empresarial, basta el resultado insatisfactorio, salvo que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional requerida, o que ha acudido en tiempo útil a los técnicos necesarios y a los medios, instrumentos, lugares y colaboradores apropiados (art. 94).

En consecuencia, en caso de incumplimiento, en cualquiera de sus modalidades, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deben ser considerados como consecuencia del mismo. Pero se libera si demuestra que el incumplimiento no es atribuible a su conducta sino a una causa extraña imprevisible e irresistible (art. 162.1); en particular, si se trata de un profesional, queda además liberado si demuestra haber adoptado la diligencia requerida en la situación específica o prueba la existencia de las circunstancias que acabamos de mencionar, y sólo responde por culpa grave cuando ha obrado con el consentimiento de la víctima, o de las personas próximas al mismo, su representante o su asistente legal, debidamente informados, en un terreno en el que la experiencia científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados (art. 162.3).

El daño reparable, salvo dolo o culpa (grave)<sup>30</sup> del deudor, se limita al daño que, según lo acordado, las circunstancias, la buena fe y los usos, se deba considerar razonable por estar implícitamente asumido por una persona avisada al momento de la celebración del contrato, incluyendo

---

<sup>30</sup> En el texto del art. 162.4 se omite, por error, que la culpa debe ser en este caso “grave”, como lo pone de relieve la interpretación sistemática del precepto.

el causado por los auxiliares o terceros dependientes del deudor, siempre que se pruebe la existencia, entidad y cuantía del mismo (art. 162). En particular, el daño patrimonial comprende la pérdida sufrida y la ganancia razonable dejada de obtener, así como la probabilidad de ganancia cierta y razonable, pero no los perjuicios patrimoniales reflejos sufridos por los acreedores de la víctima, salvo que ésta fallezca o padezca lesiones graves (art. 163). Los daños morales son reparables cuando hay graves perturbaciones psíquicas de los sentimientos de afección, sufrimientos corporales o atentados contra la salud, así como el daño moral reflejo sufridos por el cónyuge o los parientes más próximos del difunto (art. 164). En fin, el daño futuro es reparable si existe certeza razonable de que el incumplimiento no ha agotado su eficacia causal, pero el daño eventual no da lugar a la reparación (art. 165).

Es función de la reparación eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, debiendo efectuarse por el cumplimiento forzoso y la restitución bajo forma específica, más la indemnización de los daños y perjuicios; sólo si esto no es posible, o es excesivamente oneroso para el deudor, la reparación específica se puede sustituir por una suma de dinero. La reparación en su conjunto debe procurar al acreedor el interés positivo, los gastos efectuados y las ventajas obtenidas por el deudor (art. 166), mientras que pierde el derecho a la misma si no ha adoptado las medidas necesarias para evitar el daño o para impedir su agravamiento (art. 167).

Si la cuantía de la indemnización es de prueba imposible o extremadamente difícil, se admite su evaluación equitativa, basada en pericias y presunciones; asimismo, atendido el comportamiento, el interés y la condición económica del acreedor, el juez puede reducirla equitativamente si es desproporcionada o insostenible para el deudor y el incumplimiento no depende de su mala fe, o si se trata de contratos gratuitos en los que el deudor incurre sólo en falta leve (art. 168).

Por último, el Anteproyecto es razonablemente restrictivo en lo que concierne a las cláusulas de exoneración o de limitación de la responsabilidad contractual. En efecto, son nulas las que eximen anticipadamente al deudor que actúa con dolo o culpa grave, así como las que restringen las excepciones en los casos de nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato; aparte de las cláusulas abusivas, tampoco valen las que exoneran de la culpa leve al deudor si el acreedor está al

servicio del mismo o se trata de un monopolio legal. Por el contrario, sólo se consideran válidas las cláusulas que fijan márgenes de tolerancia en el cumplimiento, o franquicias en la indemnización de perjuicios, siempre que sean conformes a los usos y a la buena fe, y los acuerdos que establecen presunciones simples de caso fortuito cuando normalmente lo sea (art. 106).

En fin, son abusivas las cláusulas establecidas en condiciones generales respecto de cualquier adherente, no sólo de consumidores, que limiten la responsabilidad a favor del predisponente, o le confieran la facultad de desistir o de suspender el contrato, así como las que impongan al adherente caducidades y restricciones sobre excepciones o en sus relaciones con terceros, la prórroga automática del contrato, el arbitraje y la exclusión de los tribunales correspondientes (art. 30.3).

# “CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS”

## (ANTE PROYECTO)

VERSIÓN ESPAÑOLA DE LOS PROFESORES  
JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y AGUSTÍN LUNA SERRANO

**SUMARIO:** Libro primero. **TÍTULO I.** Disposiciones preliminares. **TÍTULO II.** Formación del contrato. Sección 1ª. Tratos precontractuales. Sección 2ª. Conclusión del contrato. **TÍTULO III.** Contenido del contrato. **TÍTULO IV.** Forma del contrato. **TÍTULO V.** Interpretación del contrato. **TÍTULO VI.** Efectos del contrato. Sección 1ª. Disposiciones preliminares. Sección 2ª. Efectos debidos a elementos accidentales. Sección 3ª. Representación. Sección 4ª. Contrato con persona a designar. Sección 5ª. Contrato a favor de tercero. **TÍTULO VII.** EJECUCIÓN DEL CONTRATO. Sección 1ª. Disposiciones generales. Sección 2ª. Ejecución de ciertas obligaciones contractuales. **TÍTULO VIII.** INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. Sección 1ª. Disposiciones generales. Sección 2ª. Mora del acreedor. Sección 3ª. Efectos del incumplimiento. **TÍTULO IX.** CESIÓN DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO. Sección 1ª. Cesión de contrato. Sección 2ª. Cesión de crédito. Sección 3ª. Cesión de deuda. **TÍTULO X.** EXTINCIÓN DEL CONTRATO Y DE LAS RELACIONES QUE NACEN DEL MISMO. Sección 1ª. Hechos extintivos y que entrañan prescripción y caducidad. Sección 2ª. Modos de extinción diferentes del cumplimiento. Sección 3ª. Prescripción y caducidad. **TÍTULO XI.** OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO Y SUS POSIBLES REMEDIOS. Sección 1ª. Anomalías. Sección 2ª. Remedios.

### Libro primero

#### TÍTULO I

##### Disposiciones preliminares

###### Art. 1

###### *Definición*

1. El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas.

2. Salvo lo previsto en las disposiciones siguientes, el acuerdo se forma también a través de actos concluyentes activos u omisivos siempre que

sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, o a los usos o a la buena fe.

Art. 2

*Autonomía contractual*

1. Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato, en los límites impuestos por las reglas imperativas, las buenas costumbres y el orden público, fijados en el presente Código, en el derecho comunitario o en las leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión europea, siempre que las partes no persigan únicamente el fin de dañar a otro.

2. En los límites del párrafo precedente, las partes pueden concluir contratos que no se hallen sometidos a la regulación del presente Código, en particular a través de la combinación de tipos legales diferentes y a la conexión entre diversos actos.

Art. 3

*Reglas generales y particulares aplicables a los contratos*

1. Los contratos tengan o no una denominación propia en este Código quedan sometidos a las reglas generales que son objeto del presente libro.

2. Las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el Código se aplican por analogía a los que no la tienen.

Art. 4

*Reglas aplicables a los actos unilaterales*

Salvo disposición contraria de este Código o comunitaria o en vigor como regla imperativa en los Estados miembros de la Unión europea, las reglas siguientes relativas a los contratos deben ser observadas, en tanto en cuanto sean ellas compatibles, en relación a los actos unilaterales que tengan lugar en orden a la estipulación de un contrato o en el curso de la relación que de él deriva, aun cuando tenga por fin provocar su extinción o invalidación.

Art. 5

*Capacidad de contratar y elementos esenciales del contrato*

1. Salvo disposición contraria que fije un límite de edad inferior, el contrato puede ser concluido por una persona física que tenga diez y ocho años cumplidos, o bien que haya sido emancipado y haya obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional.

2. El contrato concluido por un menor no emancipado, por una persona declarada legalmente incapaz o que, aun a título transitorio, no está en condición de comprender o de querer, es susceptible de ser anulado conforme lo dispone el art. 150.

3. Los elementos esenciales del contrato son:

a) El acuerdo de las partes.

b) El contenido.

4. No es necesaria una forma particular más que en los casos y a los fines indicados en las reglas del presente Código.

## **TÍTULO II**

### **Formación del contrato**

#### **Sección 1ª**

#### **Tratos precontractuales**

##### **Art. 6**

##### *Deber de corrección*

1. Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe.

2. Obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato.

3. Si en el curso de los tratos las partes han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la otra una confianza razonable en cuanto a su estipulación, obra contra la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado.

4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos a que esta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación de un contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Art. 7

*Deber de información*

1. En el curso de las negociaciones, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre toda circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga o deba tener conocimiento y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo.

2. En caso de omisión de información o de declaración falsa o reticente, si el contrato no ha sido concluido o queda afectado de nulidad, la parte que ha obrado en contra de la buena fe responde ante la otra en la medida prevista en el párrafo cuarto del artículo 6. Si el contrato ha sido concluido, queda obligada a restituir la suma recibida o a satisfacer la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de impugnar el contrato por error.

Art. 8

*Deber de reserva*

1. Las partes tienen el deber de hacer un uso reservado de las informaciones que obtengan de manera confidencial en el transcurso de las negociaciones.

2. Aquella de las partes que no respete este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si, además, ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento.

Art. 9

*Tratos con los consumidores fuera de establecimiento mercantil*

1. El comerciante que propone la conclusión de un contrato a un consumidor fuera de su establecimiento mercantil está obligado a informar a este último por escrito de su derecho a desistir del contrato en la manera y en el curso de los plazos definidos en el art. 159.

2. En el presente Código, se entiende por consumidor a la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales.

3. La ausencia de la comunicación prevista en el párrafo primero del presente artículo entraña a cargo del comerciante y a favor del consumidor las consecuencias previstas en el artículo 159.

Art. 10

*Tratos en el comercio internacional-intercontinental*

1. Salvo estipulación contraria, en el curso de las negociaciones para la estipulación de contratos internacionales-intercontinentales, las partes vienen obligadas a conformarse a los usos generalmente en vigor para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial y de los que ellas tienen o deben tener conocimiento.

2. Aquella de las partes que no cumple con los deberes mencionados en el párrafo anterior, es responsable frente a la otra, tal y como queda previsto en los artículos precedentes, en la medida en que son aplicables.

**Sección 2<sup>a</sup>**

**Conclusión del contrato**

Art. 11

*Oferta oral y su aceptación*

1. La oferta oral de concluir un contrato, incluso en el caso de venir acompañada de un documento suministrado a la otra parte en su presencia, debe ser aceptada inmediatamente, salvo cuando lo contrario resulte de las conversaciones o de las circunstancias.

2. Si la oferta puede ser aceptada después o si es hecha por teléfono, el contrato se reputa concluido en el momento y en el lugar en que el autor de la oferta ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación.

Art. 12

*Oferta escrita y su aceptación*

1. Cuando una de las partes envía a la otra, por cualquier medio que sea, la oferta escrita de concluir un contrato, este último es reputado concluido en el momento y en el lugar en que el autor de la oferta la ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la aceptación.

2. Si la oferta es dirigida a varios sujetos determinados, el contrato es concluido en el momento y en el lugar donde el autor de la oferta ha conocido o debe considerarse que ha tenido conocimiento de la aceptación de parte de uno de ellos, salvo que se haya precisado en la oferta o se pueda razonablemente deducir de ésta o de las circunstancias que dicha

oferta se ha extinguido si no es aceptada por todos los destinatarios o por un cierto número de ellos. En el segundo caso, el contrato queda concluido en el momento y en el lugar donde el autor de la oferta ha conocido o se considera que ha tenido conocimiento de la última aceptación.

### Art. 13

#### *Nociones de oferta y de invitación a hacer una oferta*

1. Una declaración dirigida a la conclusión de un contrato tiene valor de oferta si contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, en modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse vinculado en caso de aceptación.

2. Una declaración que no responde a las condiciones del párrafo precedente o que, dirigida a personas indeterminadas, presenta el carácter de una comunicación publicitaria no constituye una oferta y no es, por tanto, susceptible de ser aceptada. Ella constituye una invitación a hacer una oferta, salvo si formula una promesa a favor del que cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada; en ese caso constituye una promesa al público a los fines y para los efectos previstos en el artículo 23.

### Art. 14

#### *Eficacia de la oferta*

1. La oferta queda desprovista de efecto si no llega a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor, aun cuando el mismo haya declarado por escrito que es irrevocable o que ella debe ser reputada tal en virtud del artículo 17.

2. Conserva su eficacia hasta que sea revocada, rechazada o extinguida.

### Art. 15

#### *Revocación, rechazo o extinción de la oferta*

1. La oferta puede ser revocada mientras su destinatario no haya expedido su aceptación.

2. La oferta, aun si es irrevocable, cesa de tener efectos a partir del momento que llega a su autor una declaración de rechazo de parte de su destinatario, aunque venga con una nueva oferta.

3. Salvo las disposiciones del artículo 11, párrafo 1 y del artículo 16, párrafo 5, una oferta, aun si es irrevocable, pierde su eficacia por extinción:

- a) a la expiración del plazo indicado para la aceptación, si esta última no ha intervenido según las modalidades y en el respeto de las formas fijadas en la oferta o previstas por la ley o la costumbre.
- b) si no se ha indicado plazo, por el transcurso de un cierto tiempo que se pueda considerar como razonable, habida cuenta la naturaleza del negocio o la costumbre, así como de la rapidez de los medios de comunicación a que se haya acudido.

4. El retraso con el que la oferta llega al destinatario, si es imputable al autor de la oferta, prorroga razonablemente el plazo, a cuyo término procede la extinción.

#### Art. 16

#### *Aceptación*

1. La aceptación es constituida por una declaración o por un comportamiento que expresan claramente la voluntad de concluir el contrato en manera conforme a la oferta.

2. La aceptación produce sus efectos desde el momento en que el autor de la oferta toma conocimiento de ella.

3. El silencio y la inercia valen como aceptación solamente si:

- a) ello ha sido previsto por las partes, o puede ser deducido de la existencia de relaciones intervinientes entre ellas, de las circunstancias o de la costumbre.
- b) la oferta tiende a concluir un contrato del que deriven obligaciones únicamente para su autor.

4. En el caso previsto en la letra b) del párrafo anterior, el destinatario puede rechazar la oferta en el plazo exigido por la naturaleza del negocio o por la costumbre. En defecto de un tal rechazo, el contrato queda concluido.

5. El autor de la oferta, si da una confirmación inmediata a la otra parte, puede considerar como concluido el contrato que sea objeto de

una aceptación de la que él tiene conocimiento en una fecha ulterior al plazo previsto por el artículo 15, párrafo tercero, o de una aceptación no adecuada a la forma o a las modalidades fijadas por la oferta.

6. Una aceptación no conforme a la oferta equivale a un rechazo y constituye una nueva oferta, salvo lo que se prevé en el párrafo siguiente.

7. Si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no aportan modificación sustancial a la oferta en la medida en que se refieran a aspectos marginales de la relación, y si el autor de la oferta no comunica con prontitud su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera concluido en el sentido más conforme a la aceptación.

8. La aceptación puede ser retirada, siempre que la declaración de retirada llegue al autor de la oferta, antes o al mismo tiempo que la aceptación misma.

#### Art. 17

##### *Oferta irrevocable*

1. Una oferta es irrevocable desde que su autor se ha obligado expresamente a mantenerla firme por un cierto lapso de tiempo, o si, sobre la base de precedentes relaciones entre las partes, de las negociaciones, del contenido de las cláusulas o de la costumbre, así se puede razonablemente reputar por tal. Salvo en el caso previsto en el artículo 14, párrafo primero, la declaración de revocación de una oferta irrevocable carece de efecto.

2. Pasa lo mismo si la oferta es irrevocable como consecuencia de un acuerdo entre las partes.

#### Art. 18

##### *Muerte o incapacidad*

En caso de muerte o de incapacidad del autor de la oferta o de su destinatario, la oferta o la aceptación no pierden eficacia, salvo que ello esté justificado por la naturaleza del negocio o por sus circunstancias.

#### Art. 19

##### *Adhesión de otras partes al contrato*

Cuando otras partes puedan adherirse a un contrato y las modalidades de la adhesión no están determinadas, la adhesión ha de dirigirse al órgano

que ha sido constituido para la ejecución del contrato, o en defecto de éste, a todos los contratantes originales.

Art. 20

*Actos unilaterales*

Las declaraciones y los actos unilaterales recepticios producen los efectos que de ellos puedan derivar en virtud de la ley, de la costumbre y de la buena fe, a partir del momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que van destinados, y aun cuando el emitente los declare irrevocables, pueden ser retirados hasta ese momento.

Art. 21

*Presunción de conocimiento*

1. La oferta, la aceptación, su retirada y su revocación, así como la retirada y la revocación de toda otra manifestación de voluntad, comprendidos los actos previstos en el artículo precedente, son reputados conocidos por el destinatario en el instante en que son comunicados oralmente o cuando la declaración escrita es entregada en propia mano o que llega a la dirección de su empresa o lugar de trabajo, a su dirección postal, a su domicilio habitual o al que ha elegido al efecto.

2. El destinatario puede probar que le ha sido imposible, sin su falta, tener conocimiento de dichas manifestaciones.

Art. 22

*Oferta al público*

1. La oferta al público, si contiene las condiciones esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como oferta, salvo cuando lo contrario resulta de las circunstancias o de la costumbre.

2. La revocación de la oferta al público, hecha bajo la misma forma que la oferta o bajo una forma equivalente, es eficaz aun respecto del que no haya tenido conocimiento de ella.

Art. 23

*Promesa al público*

1. La promesa dirigida al público, prevista en el artículo 13, párrafo segundo, vincula al que la hace desde que se hace pública y se extingue a

la expiración del plazo que en ella misma se indica o que pueda deducirse de su naturaleza o de su finalidad, o un año después de su emisión si no llega a tener lugar la situación en ella prevista.

2. La promesa al público puede ser revocada antes de que transcurran los plazos mencionados en el párrafo precedente bajo la misma forma que la promesa, pero en tal caso el que la revoque debe abonar una justa indemnización a los que por esta misma promesa han sido inducidos de buena fe a efectuar gastos, a menos, sin embargo, que pruebe que el resultado esperado no hubiera tenido lugar.

#### Art. 24

##### *Actos concluyentes*

Salvo lo que se halla previsto en las disposiciones precedentes, el contrato queda concluido por medio de comportamientos concluyentes, cuando todas las condiciones del contrato a estipular resulten de estos comportamientos, habida cuenta igualmente de los acuerdos y relaciones precedentes y de la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas al público, de normas legales, de disposiciones reglamentarias y de costumbres.

### TÍTULO III

#### Contenido del contrato

#### Art. 25

##### *Condiciones relativas al contenido*

El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito, determinado o determinable.

#### Art. 26

##### *Contenido útil*

El contenido del contrato es útil cuando corresponde a un interés aun no patrimonial de las dos partes o al menos a una de ellas.

#### Art. 27

##### *Contenido posible*

El contenido es posible cuando el contrato es susceptible de ser ejecutado por no haber obstáculos objetivos de carácter material o jurídico que impidan de manera absoluta la realización del objeto perseguido.

## Art. 28

### *Sobrevenida de la posibilidad del contenido*

En el contrato sometido a una condición suspensiva o a término se reputa posible el contenido que deviene tal antes que se cumpla la condición o que expire el plazo.

## Art. 29

### *Cosas futuras*

El contrato puede tener por contenido una prestación relativa a cosas futuras, salvo las prohibiciones particulares previstas por el presente Código o por las disposiciones comunitarias o nacionales.

## Art. 30

### *Contenido lícito y no abusivo*

1. El contenido del contrato es lícito cuando no es contrario a las reglas obligatorias del presente Código o a las disposiciones comunitarias o nacionales, al orden público o a las buenas costumbres.

2. El contenido del contrato que constituye un medio para eludir la aplicación de una regla imperativa es ilícito.

3. Es rescindible, como está previsto en el art. 156, todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de comprender y de querer, de inexperiencia o de dependencia económica o moral de la otra parte, hace prometer o realizar a ella misma o a terceros una prestación u otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación a la contrapartida que ha proporcionado o prometido.

4. Dentro de las condiciones generales del contrato, previstas en el art. 33, carecen de efecto, si no están expresamente aprobadas por escrito, las cláusulas que establecen a favor del que las ha preparado limitaciones de responsabilidad, facultad de desistir del contrato o de suspender su ejecución, o que prevén a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con los terceros, prórroga o tácita reconducción del contrato, cláusulas compromisorias o exclusión de la competencia de la autoridad judicial que corresponda.

5. En los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, sin perjuicio de las reglas comunitarias, no tienen efecto las cláusulas

que no han sido objeto de una negociación, si ellas crean, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que derivan del contrato, aun en el caso de que el profesional actúe de buena fe.

#### Art. 31

##### *Contenido determinado o determinable*

1. El contenido del contrato es determinado cuando el objeto de las prestaciones, así como las modalidades y los plazos de ejecución, pueden ser deducidos de la convención.

2. Si la determinación del contenido del contrato es deferida a una de las partes contratantes o a un tercero, es preciso considerar, en la duda, que debe ser efectuada sobre la base de una apreciación equitativa.

3. Si la determinación del contenido del contrato deferida a una de las partes contratantes o a un tercero no es efectuada antes de la expiración de un plazo razonable, o si es manifiestamente inicua o errónea, será efectuada por el juez.

4. Si la determinación es referida al solo arbitrio de un tercero, puede ser impugnada, si se prueba la mala fe de este último, con la finalidad de confiar su determinación al juez.

5. Si el contrato no indica la cualidad de la prestación, ni se precisa en qué manera ha de ser determinada, se reputa debida una prestación de cualidad no inferior a la media, habida cuenta la costumbre.

6. Si no se ha convenido ni la contrapartida pecuniaria ni la manera de determinarla, se considera debido el montante previsto en los catálogos de precios oficiales donde el contrato haya de ser ejecutado, o, en su defecto, el que es generalmente aplicable en el lugar en cuestión.

#### Art. 32

##### *Cláusulas implícitas*

1. 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) derivan del deber de la buena fe;
  - c) deben ser consideradas como tácitamente queridas por las partes sobre la base de precedentes relaciones de negocios, de los tratos, de las circunstancias y de las costumbres generales y locales;

d) deben considerarse necesarias a fin de que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes.

2. Con independencia de las disposiciones que rigen la forma, tienen relevancia entre las partes contratantes, en la medida en que de una cierta manera corresponden al texto contractual, las declaraciones que cada una de las partes ha hecho a la otra durante las negociaciones o en el momento de la conclusión del contrato a propósito de una situación o de una expectativa de hecho o de derecho, relativa a los sujetos, al contenido o a los fines del contrato, si estas declaraciones han podido determinar el acuerdo entre las partes; todo ello dejando a salvo la facultad de prevalerse de los remedios contenidos en los artículos 151 y 157.

3. En los contratos internacionales-intercontinentales, se presume, salvo acuerdo en contrario, que las partes han considerado también implícitamente aplicable en el marco de la relación concertada la costumbre generalmente observada para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial que ellas conocen o se considera que tienen o deben tener el deber de conocer.

#### Art. 33

#### *Condiciones generales del contrato*

Las condiciones generales del contrato preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas son eficaces respecto de la otra parte, si ha tenido o habría debido tener conocimiento de ellas usando de una diligencia ordinaria, salvo si las partes se han puesto de acuerdo, ellas mismas, sobre el hecho de no aplicarlas o de reemplazarlas, en todo o en parte, o si tales condiciones deben ser reputadas abusivas en virtud de las disposiciones del presente Código o de las disposiciones comunitarias o nacionales.

### TÍTULO IV

#### **Forma del contrato**

#### Art. 34

#### *Forma especial requerida bajo pena de nulidad*

1. Cuando para la conclusión de un contrato es requerida una forma bajo pena de nulidad, esta forma debe ser adoptada por las partes en el momento en que manifiestan, aun si lo hacen a través de actos no

simultáneos cuando esto sea admisible, su voluntad de llegar a un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato.

2. Los contratos reales se concluyen a través de la entrega efectiva de la cosa que tengan por objeto, salvo si en virtud de la voluntad de las partes o de la costumbre se ha de considerar que han querido concluir un contrato consensual atípico.

#### Art. 35

#### *Contratos para los que la forma escrita es requerida bajo pena de nulidad*

1. Deben, bajo pena de nulidad, ser concluidos por acto público o bajo firma privada los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la transmisión y la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles.

2. El párrafo precedente se aplica igualmente a los contratos preliminares correspondientes, salvo si los derechos nacionales en el lugar donde se encuentran los bienes inmuebles disponen otra cosa.

3. Quedan a salvo las reglas comunitarias y de los Estados miembros en cuyo territorio se hallan situados los bienes inmuebles que integren el objeto del contrato si éstas reglas se refieren a los bienes en cuestión.

4. El contrato de donación debe ser concluido por acto público bajo pena de nulidad, aun si tiene por objeto bienes muebles, salvo si éstos tienen un valor módico, habida cuenta las condiciones económicas del donante.

#### Art. 36

#### *Forma especial requerida para la prueba del contrato*

1. Si se requiere una forma especial para la prueba del contrato, la conclusión efectiva de éste debe resultar de un acto que tenga tal forma, incluso en el caso de que tal acto no existiera en el momento en que las partes han manifestado la voluntad de concluir el contrato.

2. Se requiere la forma escrita para la prueba de los contratos de un valor superior a 5.000 Euros. Para su oponibilidad frente a terceros es preciso que el documento o los documentos tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que el tercero tenía conocimiento de ellos.

3. Quedan a salvo las reglas comunitarias y las disposiciones de los Estados miembros de la Unión europea en las que, aunque sea exigida

una forma especial para la prueba del contrato, permiten que su existencia sea demostrada por otros medios de prueba.

Art. 37

*Formas convencionales*

Salvo si las disposiciones comunitarias o los Derecho nacionales en vigor en el lugar en el que se concluye el contrato disponen de otro modo, cuando las partes han convenido por escrito adoptar una forma determinada para la futura conclusión de un contrato, se presume que esta forma ha sido querida por ellas para que el contrato sea válido.

Art. 38

*Contrato concluido por medio de fórmulas tipo o de formularios*

1. En los contratos concluidos mediante la suscripción de fórmulas tipo o de formularios, previamente impresos o en todo caso preparados para reglamentar de modo uniforme relaciones contractuales determinadas, las cláusulas añadidas a la fórmula tipo o al formulario previamente preparado, prevalecen sobre las contenidas en la fórmula tipo o en el formulario en la medida en que son incompatibles con estas últimas, incluso cuando no hayan sido suprimidas.

2. Deben además ser observadas las disposiciones previstas en el artículo 30, párrafo cuarto.

**TÍTULO V**

**Interpretación del contrato**

Art. 39

*Análisis del texto contractual y evaluación  
de los elementos extrínsecos al acto*

1. 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, teniendo en cuenta el texto contractual en su conjunto y en concordancia con las diferentes cláusulas interpretando las unas por las otras.

2. En lugar del sentido común de los términos utilizados, es el sentido que los contratantes han expresamente declarado quererles atribuir lo que prevalece, o en su defecto, la acepción técnica o en vigor en los usos y costumbres mercantiles que sea conforme a la naturaleza del contrato.

3. Siempre que el examen del texto contractual suscite dudas que no sean susceptibles de ser superadas por una evaluación global del mismo, hecha respecto de las declaraciones o de los comportamientos de las partes, aun posteriores a la estipulación del contrato pero en una cierta manera compatibles con su texto, este último debe ser interpretado conforme a la intención común de los contratantes, que se obtendrá asimismo recurriendo a los elementos extrínsecos que tengan relación con las partes.

4. En cualquier caso, la interpretación del contrato no debe llevar a un resultado que sea contrario a la buena fe o al buen sentido.

#### Art. 40

##### *Expresiones ambiguas*

1. Cuando, a pesar de la evaluación efectuada en virtud del párrafo tercero del artículo 39, no es posible atribuir un sentido unívoco a las expresiones utilizadas por los contratantes, se observarán, por su orden, las disposiciones siguientes:

a) En la duda, el contrato o las cláusulas separadas deben ser interpretadas en el sentido que les confiera algún efecto más que en el que se lo impida producir.

b) Las cláusulas predispuestas por uno de los contratantes y que no han sido objeto de negociación se interpretan, en la duda, contra su autor.

#### Art. 41

##### *Expresiones oscuras*

Cuando, a pesar de la aplicación de las reglas contenidas en los artículos precedentes, el contrato permanece oscuro, debe ser interpretado, si es a título gratuito, en el sentido menos gravoso para el que se obliga y, si es a título oneroso, en el sentido que mejor realice una composición equitativa de los intereses de las partes.

## TÍTULO VI

### **Efectos del contrato**

#### **Sección 1ª**

#### **Disposiciones preliminares**

#### Art. 42

##### *Efectos entre las partes y a favor de terceros*

El contrato tiene fuerza de ley entre las partes y produce efectos a favor de terceros como se previene en las reglas del presente título.

Art. 43

*Modificación y dejación sin efecto del contrato y derecho de desistimiento*

1. El contrato puede ser modificado, renegociado o dejado sin efecto por consentimiento mutuo de las partes o en los casos previstos por el Código y por las disposiciones nacionales o comunitarias.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 57, párrafo segundo, el derecho a desistir unilateralmente del contrato puede ser acordado a favor de una de las partes contratantes, o a las dos, mediante pacto entre ellas, con los límites establecidos por este Código y por las disposiciones nacionales o comunitarias.

Art. 44

*Factores extracontractuales*

Los efectos del contrato derivan no solamente de los pactos que intervienen entre las sino también de las disposiciones del presente Código, así como de las disposiciones nacionales o comunitarias, de los usos, de la buena fe y de la equidad.

Art. 45

*Efectos obligatorios*

1. Del contrato pueden derivar obligaciones de dar, hacer o no hacer.

2. La obligación de entregar una cosa determinada comporta la de conservarla hasta la entrega y la de adoptar todas las medidas necesarias a su mantenimiento y preservación en el estado en el que se encontraba al momento de la conclusión del contrato, salvo el supuesto de la ejecución de obligaciones a cargo de la parte que la debe recibir o bien, en igual sentido, en caso de destrucción o pérdida de la cosa debida a caso fortuito o fuerza mayor.

3. Salvo pacto en contrario, la obligación de entregar una cosa comprende también la de entregar sus accesorios y todo lo que ha sido destinado a su uso permanentemente y se hayan considerado como tales al momento de la convención, así como los frutos indivisibles que la cosa ha producido después de que la convención haya tenido lugar, y a adoptar las medidas conducentes a poder hacerlo.

4. Si únicamente se ha determinado el género de las cosas a entregar, son consideradas como debidas las cosas del mismo género y de una calidad que no sea inferior a la media.

5. La parte que tema con justo título que el comportamiento de la otra parte contratante no sea conforme con los deberes explícita o implícitamente previstos en los párrafos precedentes y sea susceptible de comprometer sus derechos puede obtener del juez, aun antes de la expiración del plazo previsto para la ejecución, que sea tomada alguna de las medidas previstas en el art. 172.

6. El que ha prometido el hecho de un tercero o la asunción de una obligación a cargo de éste viene obligado a indemnizar a la otra parte contratante si el tercero rehusa obligarse o no cumple el hecho prometido.

7. El mismo deber de indemnizar a la otra parte contratante tiene el que ha declarado por escrito, en términos no equívocos, que se ha producido un hecho o una situación o que se producirán, si no se han producido o ya no se producirán.

## Art. 46

### *Efectos reales*

1. Salvo pacto expreso en contrario, el contrato estipulado para transmitir la propiedad de una cosa mueble, o para la constitución o la transmisión de un derecho real sobre la misma, produce efectos reales tanto entre las partes como frente a terceros, a partir del momento de la entrega de la cosa a quien tiene derecho a ella, a la persona encargada por él de recibirla, o al transportista que, sobre la base de un acuerdo, debe encargarse de la entrega.

2. En el caso previsto en el párrafo precedente, si el que transmite por contrato una cosa mueble o un derecho real sobre la misma, no es el propietario ni el titular, la otra parte contratante deviene propietario de la cosa o titular del derecho real, tal y como se halla previsto en el contrato, a partir del momento de la entrega, siempre que sea de buena fe.

3. Siguen siendo aplicables, para los bienes muebles registrables y para los inmuebles, las reglas relativas a los efectos reales en vigor en los diferentes Estados miembros en el momento de la adopción de este Código. En cualquier caso, para los bienes muebles registrables y para los

bienes inmuebles los efectos reales únicamente se producen frente a todos en el momento en que se han cumplido las formalidades de publicidad prevenidas en el lugar en que se encuentra el bien inmobiliario o en el que debe ser entregado al derechohabiente el bien mueble registrado.

4. En los casos previstos en los párrafos precedentes, la destrucción o el deterioro de la cosa son a riesgo del adquirente a partir del momento en que, él mismo, o la persona encargada de recibirla o de transportarla que, según acuerdo, debe cuidar de la entrega, han recibido la entrega de la cosa.

#### Art. 47

##### *Enajenación a varios sujetos de la misma cosa o del mismo derecho de goce personal*

1. Si por medio de contratos sucesivos un sujeto transmite a favor de otras tantas personas la propiedad de una cosa o un derecho real sobre ella, será reputado propietario el que de ellos haya obtenido de buena fe la posesión material, aun en el caso de que en los mismos contratos se excluya que los efectos reales derivan de la entrega de la cosa.

2. En caso de constitución de un derecho de goce personal concerniente a una misma cosa en favor de varias personas, a través de varios contratos sucesivos, el goce recaerá en la persona que primero lo haya obtenido. Si ninguno de los contratantes ha obtenido el goce, tendrá preferencia aquel cuyo título sea de fecha más antigua, establecida con certeza.

#### Art. 48

##### *Obligación de no enajenar y de no hacerlo a precio diferente*

1. La obligación asumida por una de las partes de no enajenar la cosa recibida de la otra parte únicamente produce efecto entre los contratantes, abstracción hecha de la buena o mala fe del tercer adquirente. Esta obligación no tiene efecto si no queda circunscrita a unos límites de tiempo razonables y si no responde a un interés apreciable del que la enajena.

2. La disposición contenida en el párrafo precedente se aplica igualmente en el caso en que una de las partes ha asumido la obligación de no enajenar la cosa que le ha sido cedida a un precio diferente del previsto en el acuerdo.

## Sección 2ª

### Efectos debidos a elementos accidentales

#### Art. 49

##### *Condición suspensiva*

1. Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas producen su efecto si un acontecimiento futuro e incierto llega o no a producirse.

2. En este caso, el contrato produce sus efectos a partir del momento en que la condición se cumple, salvo si las partes han convenido expresamente que los efectos se retrotraigan al momento de la conclusión del contrato y si están de acuerdo sobre la manera en que ello se pueda realizar conforme a Derecho y a sus intereses específicos.

3. Aunque las partes hayan convenido sobre el efecto retroactivo de la condición, los frutos percibidos son debidos solamente a partir del momento en que la condición se cumple.

#### Art. 50

##### *Condición resolutoria*

1. Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas cesan de tener efecto si un acontecimiento futuro e incierto llega o no a producirse.

2. Los efectos del cumplimiento de la condición solamente se retrotraen al momento de la conclusión del contrato si las partes lo han convenido expresamente, como está previsto en el artículo 49, párrafo segundo, y a reserva de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero del mismo artículo.

#### Art. 51

##### *Condición pendiente*

En tanto que la condición no se cumpla, la parte contratante que ha asumido una obligación o constituido o transmitido un derecho real está obligada a comportarse conforme a la buena fe, de manera que no cause perjuicio a los derechos de la otra parte, la cual puede, en su caso, pedir al juez que tome alguna de las medidas previstas en el art. 172, bajo reserva de indemnización de perjuicios.

## Art. 52

### *Cumplimiento de la condición*

1. Siempre que no se haya fijado ningún término antes del cual la condición se deba cumplir, se reputa como no cumplida en el momento en que resulte evidente que será imposible su cumplimiento.

2. La condición se reputa cumplida o no cumplida desde el momento en que la parte contratante que tiene interés en ello impide o provoca su cumplimiento.

## Art. 53

### *Condiciones ilícitas e imposibles*

1. Es nulo el contrato sometido a una condición suspensiva o resolutoria contraria a las reglas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

2. La condición imposible hace nulo el contrato, si es suspensiva, y se reputa no escrita si es resolutoria.

3. Si la condición ilícita o imposible viene establecida en una cláusula separada del contrato, se observan las disposiciones de los párrafos precedentes en lo que concierne a la validez de la cláusula separada, a reserva de las disposiciones del artículo 144 sobre nulidad parcial.

## Art. 54

### *Condición simplemente potestativa*

1. Es nulo el contrato sometido a una condición suspensiva cuyo cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes.

2. Si una condición suspensiva simplemente potestativa es puesta a una cláusula separada del contrato, hace nulo el conjunto del mismo, a reserva de la disposición del art. 144 sobre nulidad parcial.

## Art. 55

### *Condición referida al pasado o al presente*

Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto en el caso de que se haya realizado o no se haya llegado a realizar un acontecimiento pasado y en el caso de que haya

llegado o no haya llegado a realizarse de presente un acontecimiento que ellas ignoran en el momento de concluir el contrato.

Art. 56

*Término inicial y final*

Las partes pueden convenir que el contrato o una o varias de sus cláusulas produzcan efecto a partir de una fecha cierta y hasta una fecha cierta. Asimismo, pueden referirse a acontecimientos que se realizarán con certeza en el futuro aunque en el momento de su realización no sea cierto.

Art. 57

*Comienzo y fin de los efectos en ausencia  
de términos convencionales*

1. Si las partes no se han puesto de acuerdo sobre el término inicial, el contrato produce efecto desde el momento de su conclusión, salvo que haya lugar a inferir de las circunstancias o de los usos y costumbres la existencia de un término inicial diferente.

2. Si en los contratos de ejecución continua o periódica las partes no han fijado el término final, cada una de ellas puede poner término al contrato a través de una comunicación dirigida a la otra parte, dándole un preaviso que sea conforme a la naturaleza del contrato, a la costumbre y a la buena fe.

Art. 58

*Cálculo del término*

1. Si el término inicial o final no viene referido a una fecha determinada o a un acontecimiento futuro, pero las partes se han referido a un período constituido por un número de días, de meses o de años, se observarán las disposiciones siguientes.

2. No se cuenta el día inicial del período indicado por las partes.

3. Los meses se calculan con independencia del número de días que les constituyan teniendo en cuenta el día correspondiente al del mes inicial.

4. Si el período es indicado en años se referirá al día y al mes correspondiente del año inicial.

## Art. 59

### *Carga*

1. En las liberalidades entre vivos o por causa de muerte, el obligado puede venir obligado a cumplir una carga hasta el límite del valor de la liberalidad.

2. Si el cumplimiento de la carga afecta a un interés público, puede ser también requerido, en caso de fallecimiento de la otra parte, por la autoridad pública.

3. Las disposiciones contenidas en los párrafos precedentes se aplican también, en los contratos estipulados a favor de terceros, en relación a éstos.

## Sección 3ª

### **Representación**

## Art. 60

### *Contrato concluido por el representante*

1. El contrato concluido por un sujeto autorizado por el interesado para actuar en su nombre y por su cuenta produce directamente sus efectos frente al propio representado, si el representante ha obrado dentro de los límites de los poderes que le han sido conferidos y si el tercero que ha concluido el contrato ha tenido conocimiento de la relación de representación.

2. Las relaciones unilaterales efectuadas por y respecto de un representante, autorizado a efectuarlas y a recibirlas, producen directamente sus efectos frente al representado.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se aplican igualmente si el poder de representación es conferido por la ley o por la autoridad judicial.

## Art. 61

### *Representante aparente*

Cuando una persona no tiene poder para obrar en nombre e interés de otra, pero si ésta ha obrado de manera que induce a los terceros a contratar haciéndoles razonablemente creer que tiene tal poder, el contrato es concluido entre el representado aparente y la otra parte contratante.

## Art. 62

### *Concesión del poder*

1. El poder para representar a otra persona puede ser conferido mediante una declaración escrita u oral dirigida al representante o al tercero con el cual este último debe concluir el contrato. En el primer caso, el tercero que contrata con el representante puede exigir que éste justifique sus poderes y si la representación le ha sido conferida mediante apoderamiento escrito, que le remita una copia firmada por él a título de autenticación.

2. El poder debe ser conferido en la forma prescrita por la ley para el contrato que el representante vaya a concluir.

## Art. 63

### *Revocación del poder*

1. La declaración de la revocación del poder no tiene efecto si el representado ha determinado expresamente su irrevocabilidad, sin perjuicio de la indemnización de los daños que el tercero sufra por haber ignorado la irrevocabilidad, sin que ello haya tenido lugar por su falta.

2. Si el apoderamiento es igualmente conferido en interés del representante o de un tercero, no puede ser revocado sin el consentimiento del interesado, salvo si un motivo válido lo justifica.

3. Cuando el poder de representación es revocado o termina por cualquier otro motivo, el apoderamiento escrito debe ser restituido al representado.

4. La revocación del apoderamiento o la modificación de los poderes de representación no tienen efecto si no han hecho llegar a conocimiento de los terceros con los que el representante ha entrado o puede entrar en contacto, salvo prueba de que tenían conocimiento de ello en el momento de la conclusión del contrato. Las otras causas de extinción del poder de representación conferido por el interesado no son oponibles a los terceros que las han ignorado, cuando no ha tenido lugar por su falta.

## Art. 64

### *Representación sin poder*

1. La persona que contrata como representante, sin poderes o extralimitándose de los que le han sido conferidos, es responsable del perjuicio que el tercer contratante haya sufrido por haber creído de buena fe

que concluía un contrato válido con quien presume que es el representado, salvo si el mismo tercero recurre a la facultad de considerar el contrato como concluido con el representante desprovisto de poderes.

2. Desde el momento que los terceros no recurren a la facultad de pedir la ejecución del contrato por parte del representante desprovisto de poderes, los daños y perjuicios mencionados en el apartado precedente son debidos, en función de la elección de la víctima del perjuicio, por razón del daño que se le habría evitado si el representante hubiera tenido poder, o bien si éste no hubiera declarado falsamente que lo tenía.

#### Art. 65

##### *Ratificación*

1. El interesado puede hacerse cargo de los efectos del contrato concluido en su nombre por el representante sin poderes dirigiendo al tercero una declaración de ratificación, que debe expresarse en las formas prescritas por la ley para la conclusión del contrato mismo. La ratificación debe tener lugar en un lapso de tiempo razonable, teniendo el tercero contratante la facultad de invitar al interesado a que se pronuncie sobre la eventual ratificación, concediéndole también un determinado plazo. A la expiración del mismo, en caso de silencio, la ratificación se reputa rechazada.

2. La ratificación tiene efecto retroactivo, salvo reserva de los derechos de los terceros de buena fe.

3. El poder de ratificación se transmite a los herederos.

#### Art. 66

##### *Capacidad de los sujetos*

En caso de representación voluntaria, para que sea válido el contrato concluido por el representante se exige simplemente que las facultades mentales de éste último no se hallen alteradas por causas patológicas y que, a su vez, el representado tenga la capacidad de contratar mencionada en el artículo 5 del presente Código, aparte de que no le afecten prohibiciones para concluirlo.

#### Art. 67

##### *Situaciones subjetivas*

1. El contrato concluido por el representante es susceptible de ser anulado cuando su voluntad adolezca de un vicio. Si el vicio concierne a

elementos predeterminados por el representado, el contrato es susceptible de ser anulado si la voluntad de este último adolecía de alguno de ellos.

2. En el caso de que el estado de buena o mala fe, de conocimiento o ignorancia de ciertas circunstancias sea determinante, se tiene en cuenta cuanto afecta a la persona del representante, salvo que se trate de elementos predeterminados por el representado.

3. En ningún caso el representado de mala fe puede prevalecer del estado de ignorancia o de buena fe del representante.

4. Las reglas de este artículo y las del anterior no se aplican a la persona encargada de ejercer una simple actividad de transmisión de la voluntad de otro.

#### Art. 68

##### *Contrato consigo mismo y conflicto de intereses*

1. Es susceptible de ser anulado el contrato que el representante concluya consigo mismo, sea por su propia cuenta o sea como representante de otra parte contratante, a menos que el representado le haya expresamente autorizado para ello o que el contenido del contrato sea determinado de modo que excluya toda posibilidad de conflicto de intereses.

2. La anulación no puede ser hecha efectiva más que por el representado.

3. El contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado es susceptible de ser anulado a iniciativa del representado si el conflicto era conocido o susceptible de ser reconocido por el tercero.

#### Art. 69

##### *Representantes y colaboradores del empresario*

1. La persona encargada habitualmente por una empresa o por una sección de la misma de establecer contactos con los terceros, se presume provista del poder para concluir, en nombre y por cuenta del empresario los contratos relativos a la actividad de la empresa que pueden estipular quienes ejercen una función análoga en la misma zona.

2. Los colaboradores de los sujetos mencionados en el párrafo precedente y que establecen contactos con los terceros se presume que se hallan provistos del poder de concluir contratos relativos a los bienes

que entregan directamente y de cobrar su importe, a menos que en los locales donde operan haya una persona encargada de la caja.

3. En el caso previsto en los dos párrafos precedentes, el tercero puede exigir en todo momento que el encargado o su colaborador le suministren la prueba de sus poderes.

#### **Sección 4ª**

#### **Contrato con persona a designar**

#### **Art. 70**

#### *Reserva de nominación y modalidades de la declaración*

1. Hasta el momento de la conclusión del contrato, una parte se puede reservar la facultad de nombrar después la persona que debe adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nacen del contrato. Tal facultad queda excluida en los contratos que no pueden ser concluidos por medio de representante o en aquéllos en los que sea obligatoria la identificación de las partes contratantes en el momento de su conclusión.

2. La declaración del nombre del sujeto que ha de sustituir al contratante debe ser efectuada mediante una notificación a la otra parte en el plazo de ocho días a contar de la conclusión del contrato, si las partes no se han puesto de acuerdo sobre un plazo diferente. Se aplica la disposición contenida en el art. 21 del presente Código.

3. Esta declaración no tiene efecto si no va acompañada de la aceptación expresa de la persona nombrada o si no existe apoderamiento efectuado con anterioridad al contrato.

4. Si el contrato ha sido constituido bajo una forma determinada, aun cuando no venga prescrita por la ley, la declaración del nombre de la persona designada, lo mismo que la declaración de aceptación de parte de esta última y al igual que el apoderamiento emitido por ésta, no tienen efecto si no revisten la misma forma.

5. Si el Derecho nacional del lugar donde el contrato ha sido concluido o donde será ejecutado prescriben una cierta forma de publicidad, debe ser igualmente adoptada para los actos a que se alude en el párrafo precedente. Para los actos relativos a los bienes muebles registrables o a los inmuebles, se aplica el artículo 46.3 del presente Código en relación con los efectos que allí se indican.

Art. 71

*Efectos de la declaración de nominación y de su falta*

1. Si la declaración del nombre de la persona designada ha sido efectuada válidamente, ésta adquiere en exclusiva los derechos y asume las obligaciones que derivan del contrato, con efecto a contar desde el momento en que el contrato ha sido estipulado.

2. A la persona designada como sustituta y al contratante que le ha nombrado se aplican las disposiciones del artículo 67 del presente Código.

3. Si la declaración de nominación de la persona designada como sustituta no ha sido válidamente efectuada en el plazo fijado por la ley o por las partes, el contrato produce definitivamente sus efectos entre los contratantes originarios.

**Sección 5ª**

**Contrato a favor de tercero**

Art. 72

*Atribución de un derecho a un tercero*

1. Las partes pueden concluir un contrato por el cual atribuyan un derecho a un tercero, imponiendo a una de las partes el deber de satisfacer el derecho de dicho tercero.

2. El tercero puede no estar identificado o no existir en el momento de la conclusión del contrato.

3. Salvo pacto en contrario, el tercero beneficiario adquiere el derecho respecto del promitente por efecto de la conclusión del contrato y sin que su aceptación sea necesaria. Puede, sin embargo, renunciar. En este caso, el promitente está obligado a la ejecución no ya en favor del tercero beneficiario sino de la parte estipulante, salvo que resulte otra cosa de la voluntad de las partes o de la naturaleza de la relación.

4. Las partes contratantes pueden modificar o dejar sin efecto consensualmente el contrato siempre que el tercero beneficiario no haya declarado a las partes que se propone ejercitar el derecho que le ha sido conferido por el contrato.

Art. 73

*Podere atribuidos a los terceros*

1. El tercero beneficiario, cuyo derecho puede quedar subordinado a la condición de que el estipulante cumpla sus obligaciones contractuales

respecto del promitente, puede actuar contra este último como si fuera una parte contratante e intentar toda suerte de acciones respecto de la ejecución omitida, retrasada o inexacta. Puede asimismo impugnar toda clase de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad previstas en el contrato.

2. El promitente puede oponer al tercero las excepciones que dependan de la invalidez o de la ineficacia del contrato, así como de la ejecución omitida, retrasada o inexacta de dicho contrato, pero no las excepciones que deriven de otras relaciones intervinientes entre él y el estipulante.

#### Art. 74

##### *Disposiciones aplicables*

1. Quedan a salvo las reglas de los Derechos nacionales en materia de revocación de donaciones por ingratitud del donatario y de reducción de las donaciones por inoficiosidad, cuando el derecho ha sido concedido al tercero a título de liberalidad. En éste caso, el artículo 59 del presente Código es igualmente aplicable.

2. Si el contrato es estipulado para transferir al tercero la propiedad de una cosa o para constituir o transferir en su favor un derecho real sobre ella, son aplicables las disposiciones del artículo 46 del presente Código.

## TÍTULO VII

### EJECUCIÓN DEL CONTRATO

#### Sección 1ª

##### Disposiciones generales

#### Art. 75

##### *Modalidades de ejecución*

1. Cada una de las partes ha de ejecutar exactamente e íntegramente todas las obligaciones que derivadas del contrato le conciernen, sin que sea necesario un requerimiento por parte de quien tenga derecho a ellas. En la ejecución de las prestaciones debidas, el deudor debe comportarse conforme a lo que ha sido convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigida en cada caso específico, sobre la base de lo acordado, de las circunstancias y de la práctica corriente.

2. En cuanto a la obligación que es ejecutada en el curso del ejercicio de una actividad profesional o empresarial, el grado de diligencia exigido depende igualmente de la naturaleza de la prestación debida.

3. Si el contrato prevé una obligación de hacer de naturaleza profesional, se la considera cumplida cuando el deudor ha realizado con la diligencia requerida todos los actos que son necesarios para que se obtenga el resultado previsto, salvo que sobre la base del acuerdo entre las partes, de las circunstancias o del uso, sea preciso reputar que el cumplimiento solamente ha tenido lugar si el resultado ha sido plenamente alcanzado.

4. Los gastos de ejecución y del recibo o carta de pago son de cargo del deudor.

#### Art. 76

##### *Autorización del acreedor o de los terceros*

1. Cuando la ejecución de la obligación requiere la disponibilidad, la presencia o la cooperación del que tenga derecho a ella, el deudor debe comunicar anticipadamente a este último que está presto a ejecutarla y ponerse de acuerdo con él sobre las modalidades de la ejecución, conforme a lo que se haya previsto en el contrato. Si el que tiene derecho a la ejecución no muestra su disponibilidad dentro de un término adecuado o si las partes no llegan a un acuerdo a este respecto el deudor puede efectuar la oferta formal de su prestación en el sentido del artículo 105.

2. Si para la ejecución de la obligación es precisa la disponibilidad, la presencia o la cooperación de un tercero o la autorización de una autoridad pública, incumbe al deudor, salvo pacto en contrario, establecer los contactos necesarios con el tercero u obtener la autorización apropiada de las autoridades competentes.

#### Art. 77

##### *Ejecución parcial*

1. El acreedor puede rechazar un cumplimiento parcial aun si la prestación es divisible, salvo si el contrato, la ley o los usos disponen otra cosa.

2. Sin embargo, si la deuda se compone de una parte líquida y de otra ilíquida, el deudor podrá efectuar y el acreedor podrá exigir la prestación de la primera en los términos previstos en el contrato o por el presente Código, sin esperar a que la segunda devenga líquida.

Art. 78

*Prestación distinta de la que es debida y efectuada con bienes de los que el deudor no podía disponer*

1. El deudor no se puede liberar cumpliendo una prestación distinta de la prevista en el contrato, aunque sea de valor igual o superior, a menos que el acreedor lo consienta. En éste último caso, cuando la prestación distinta es ejecutada, la obligación contractual se reputa extinguida.

2. Si la prestación distinta consiste en la cesión de un crédito, la obligación se reputa extinguida desde el momento en que el crédito en cuestión ha sido percibido, a menos que las partes no hayan expresado una voluntad diferente y salvo si la falta de percepción depende de una negligencia del cesionario.

3. Si el deudor ha efectuado el pago con bienes de los que no puede disponer, no puede pedir su restitución sino ofreciendo la prestación debida con bienes de los que pueda disponer. El acreedor que ha recibido de buena fe el pago efectuado con bienes de los que el deudor no tenía la posesión, tiene el derecho de restituir éstos últimos y de exigir la prestación que le es debida, quedando a salvo en todo caso la indemnización del daño, pero debiendo comportarse de tal manera que no cause perjuicio a los derechos del propietario o del que tenga el poder de disposición sobre los bienes utilizados por el deudor.

Art. 79

*Ejecución por un tercero*

1. Si el contrato no prevé que una obligación debe ser ejecutada personalmente por el deudor, o si ello no es requerido por la naturaleza de la prestación, la ejecución puede ser efectuada por persona encargada por el deudor o por un tercero sin él saberlo; pero el acreedor puede rechazar tal ejecución si ella entraña algún perjuicio a su costa, o si el deudor ha manifestado una oposición al respecto.

2. El tercero que ha ejecutado la obligación, si la había garantizado o tenía un interés directo en que fuera cumplida, se subroga en los derechos del acreedor. Este último, en todo caso, tiene la facultad de subrogarle en sus propios derechos, de manera expresa, en el momento en que recibe el pago, salvo cuando el tercero ya ha ejecutado la obligación sin que el deudor haya tenido conocimiento de ello.

Art. 80

*Incapacidad del deudor y del acreedor*

1. El pago efectuado por un deudor incapaz, no puede ser impugnado, salvo que se trate de una prestación distinta de la debida o que esté constituida por un acto de disposición de bienes de un valor considerable, respecto de la situación económica del deudor, y a condición de que el pago no exija la capacidad de obrar del deudor o la intervención del representante legal del incapaz. En todo caso, el acreedor se puede oponer a la declaración de anulación si suministra la prueba de que el pago no entraña ningún perjuicio para el deudor.

2. El deudor no queda liberado del pago efectuado a un acreedor incapaz de recibirlo, si no es en los límites en que le ha aprovechado, correspondiendo al deudor la carga de la prueba.

Art. 81

*Destinatario del pago*

1. El pago debe ser efectuado al acreedor o a su representante expresamente designado al efecto, o a la persona indicada por el acreedor mismo, aun si no es mencionada en el contrato, o a la persona autorizada por la ley o por el juez para recibirlo. El pago efectuado a un tercero que no está legitimado para recibirlo libera al deudor si el acreedor lo ratifica, o cuando del mismo haya obtenido provecho.

2. El pago efectuado a la persona que parece legitimada, al serlo en cuanto representante aparente, para recibirlo sobre la base de circunstancias unívocas, libera al deudor que prueba que ha obrado de buena fe. La persona que ha recibido el pago viene obligada a restituirlo al acreedor efectivo.

3. Queda sin efecto el pago efectuado a un acreedor que no puede recibirlo por estar sometido a un procedimiento de embargo, de expropiación u otras medidas semejantes.

Art. 82

*Lugar de la ejecución*

1. Las obligaciones que derivan del contrato deben ser ejecutadas en el lugar explícita o implícitamente por él previsto y, en ausencia de una tal previsión, de acuerdo con los usos y las circunstancias, habida cuenta la naturaleza de la prestación debida. Si el lugar de la prestación no se

halla previsto en el contrato y no puede ser inducido sobre la base de los criterios antes indicados, se observarán las disposiciones siguientes.

2. La obligación de entregar una cosa cierta y determinada deber ser cumplida en el lugar donde la cosa se encuentre cuando la obligación ha nacido. Cuando se trate de mercaderías producidos por el deudor, su entrega debe ser efectuada en el establecimiento profesional en que tenía su domicilio en el momento de su vencimiento.

3. La obligación que tiene por objeto una suma de dinero debe ser ejecutada, a riesgo y peligro del deudor, en el domicilio del acreedor, o, si éste es un empresario, en la sede de su establecimiento profesional, en el momento del vencimiento. Si el domicilio o el establecimiento profesional son diferentes de los que el acreedor tenía en el momento del nacimiento de la obligación y esto hace más onerosa la ejecución, el deudor tiene derecho, mediante comunicación anticipada al acreedor, a efectuar el pago en su propio domicilio.

4. En todos los demás casos, la obligación deber ser ejecutada en el domicilio que el deudor tenga en el momento del vencimiento.

#### Art. 83

##### *Tiempo de la ejecución*

1. Las obligaciones que derivan del contrato tienen que ser ejecutadas en el tiempo previsto expresa o implícitamente, en el contrato, o, en defecto de una previsión al respecto, teniendo en cuenta los usos y las circunstancias en relación con la naturaleza de la prestación y con el modo y el lugar en que debe ser ejecutada. Si el lapso de tiempo dentro del cual debe cumplirse la prestación no está determinado por el contrato y no es susceptible de serlo en virtud de los criterios citados, de manera que ni siquiera es razonable prever por el deudor un tiempo adecuado para predisponer y velar por la ejecución, la obligación debe ser cumplida inmediatamente.

2. Salvo pacto en contrario, la ejecución debe ser realizada a una hora razonable y, si el acreedor es un empresario, durante el horario habitual del establecimiento profesional.

3. Si en el contrato se ha fijado un término para la ejecución o es susceptible de ser determinado en virtud de los criterios mencionados más arriba, se presume establecido en favor del deudor, el cual puede entonces procurar la ejecución aun antes del término, salvo cuando

venga establecido a favor del acreedor o de los dos. Si el plazo debe ser reputado a favor del acreedor, éste puede rechazar la ejecución anticipada, a menos que por su naturaleza no pueda comportar perjuicio a sus intereses.

4. Si el término no debe ser reputado en favor del acreedor, este último no puede exigir la prestación antes de su vencimiento salvo cuando el deudor deviene insolvente, o cuando ha disminuido las garantías ya dadas efectivamente o no ha dado las que había prometido.

5. El deudor no puede repetir lo que haya pagado anticipadamente por ignorar la existencia del término.

6. El término antes del cual la obligación deber ser ejecutada se calcula conforme a lo previsto en el artículo 58. Salvo pacto en contrario, si el término concluye en un día festivo se reputa prolongado a la jornada laborable siguiente, salvo que existan usos diferentes.

#### Art. 84

##### *Imputación de pago*

1. El deudor de varias deudas en dinero o de la misma especie respecto de la misma persona puede indicar, cuando paga, que deuda entiende satisfacer. La imputación puede también referirse a obligaciones que derivan de contratos anulables y no coercibles; siendo obligatoria para el acreedor que no la rechaza en un plazo razonable.

2. Si el deudor no declara su intención, aun implícitamente, al acreedor, éste puede indicar, al emitir el recibo o ulteriormente, a qué deuda entiende imputar el pago realizado, siempre que se trate de una obligación no anulable y accionable; el acreedor no puede después modificar tal imputación. El deudor puede impugnar dicha imputación si el acreedor ha recurrido a subterfugios o si se ha aprovechado de manera desleal de las condiciones personales del deudor.

3. Cuando ni el deudor ni el acreedor se hayan pronunciado sobre la imputación, el pago debe ser reputado relativo a la deuda vencida, entre varias deudas vencidas a la que está menos garantizada, entre varias deudas igualmente garantizadas aquella que sea la más onerosa para el deudor; entre muchas deudas igualmente onerosas, la más antigua. Si tales criterios no sirven de ayuda, la imputación se hace proporcionalmente a cada una de las deudas.

## Art. 85

### *Emisión del recibo y liberación de garantías*

1. El acreedor, a petición del deudor que ha pagado, debe de entregarle un recibo en la forma en que este último tenga un interés legítimo al solicitarlo. Los gastos del recibo, salvo pacto en contrario, son de cargo del deudor.

2. El acreedor debe además indicar en el documento en que consta la existencia del crédito que éste ha sido satisfecho, aun si lo restituye al deudor, que tiene el derecho de exigirlo. Si el acreedor afirma que no está en condiciones de restituir tal documento, el deudor tiene derecho a exigir de su parte una declaración relativa a este hecho en el documento de recibo.

3. El acreedor que ha recibido el pago debe restituir los bienes muebles entregados en prenda, permitir la liberación de otros bienes de las garantías reales establecidas para el cumplimiento de la deuda y de todo otro vínculo que, de alguna manera que sea, limite su disponibilidad.

## Sección 2ª

### **Ejecución de ciertas obligaciones contractuales**

## Art. 86

### *Ejecución de obligaciones pecuniarias*

1. Las deudas pecuniarias se extinguen cuando el deudor pone a disposición del acreedor a través de los medios usuales en la práctica el montante que le es debido, en la moneda de curso legal y en el momento del pago. Las entregas efectuadas mediante domiciliación bancaria o bajo formas equivalentes son liberatorias sin que sea necesaria la aceptación de parte del acreedor o, a falta de ésta, de su oferta conforme al artículo 105.

2. Cuando una moneda pierde su curso legal o si su empleo deja de ser admitido como posible en el momento del pago, éste se debe hacer en moneda legal por un montante equivalente al valor de la moneda en un principio empleada.

3. Si una deuda pecuniaria debe ser pagada en un período posterior al que ha nacido, el deudor, salvo pacto en contrario o diferente, está obligado a satisfacer al acreedor intereses compensatorios sobre dicha suma en la medida que haya sido convenido por escrito entre las partes, o, a falta de acuerdo, en la medida prevista en el artículo 163, párrafo

tercero. Además, cuando la depreciación de la moneda al momento del vencimiento de la deuda entraña una pérdida de valor superior al cincuenta por ciento en relación al momento en que había nacido, el deudor viene obligado, salvo pacto en contrario o diferente, a pagar al acreedor, que no incurre en retraso en la ejecución de su obligación, una suma suplementaria, en relación a la que corresponde al valor nominal. Esta revaluación será calculada como se prevé en el artículo 169, párrafo cuarto.

4. El pago espontáneo de intereses en una medida superior a la indicada en el párrafo precedente, siempre que no sea usuraria, no da derecho a la repetición del excedente.

5. Salvo pacto en contrario o diferente, el deudor de una obligación pecuniaria, que se ha retrasado en su ejecución, responde en todo caso del perjuicio que ha causado al acreedor como consecuencia de la depreciación monetaria que haya tenido lugar, aun si ella es inferior al tope mencionado en el párrafo tercero del presente artículo y como prevé el artículo 169, párrafo cuarto.

## Art. 87

### *Ejecución de las obligaciones cumulativas y alternativas*

1. Cuando deriva del contrato la obligación de efectuar dos o más prestaciones, si no resulta otra cosa de la voluntad de las partes, de las circunstancias o de los usos, el deudor está obligado a ejecutar todas las prestaciones.

2. Cuando deriva del contrato una obligación con prestaciones alternativas, el deudor viene obligado a cumplir una de las dos o una entre ellas, pero no tiene la facultad de ejecutar parte de una y parte de otra o de las otras.

3. Cuando deriva del contrato una obligación con dos o varias prestaciones alternativas, el deudor está obligado a ejecutar una de las dos o una de ellas, pero no tiene la facultad de ejecutar parte de una y parte de la otra o de las otras.

4. Salvo pacto diferente de las partes, la opción pertenece al deudor y tiene definitivamente efecto a partir de la declaración de opción o con el comienzo de la ejecución de una de las prestaciones.

5. Si la parte a la que pertenece la opción no la ejerce en el término previsto, la opción pasa a la otra parte contratante, salvo si ésta última

pretende proceder a la resolución del contrato y a exigir la reparación del daño.

6. Si una de las prestaciones alternativas deviene imposible por una causa que no es imputable a ninguna de las partes, la obligación se reputa pura y simple. Si la imposibilidad deriva de una causa imputable a una de las partes, la otra puede considerar que aquélla no ejecuta la obligación.

#### Art. 88

##### *Ejecución de obligaciones solidarias e indivisibles*

1. Salvo pacto o disposición legal en contrario y a reserva de que la ley no disponga otra cosa, cuando deriva del contrato la obligación a cargo de dos o más deudores de cumplir una misma prestación, el acreedor tiene el derecho de exigir, a su elección, la ejecución integral a cualquiera de ellos, y la ejecución efectuada por un codeudor extingue la obligación.

2. El codeudor que ha ejecutado total o parcialmente la obligación tiene derecho a exigir a los otros codeudores las cuotas partes de la deuda pagada o de la parte satisfecha de la misma que sea a cargo de cada uno de ellos y que, salvo pacto en contrario, se reputan iguales.

3. Si un deudor está obligado a efectuar una prestación a favor de varios acreedores, cada uno de ellos tiene el derecho de pedir la ejecución de toda la obligación únicamente cuando es indivisible o si esto ha sido expresamente convenido o si así ha sido dispuesto por la ley: en éste caso, la ejecución a favor de uno de los coacreedores libera igualmente al deudor frente a todos ellos. En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide en partes iguales entre todos los acreedores, salvo pacto en contrario, a menos que ella no haya sido concertada en interés de uno o de alguno de ellos.

4. Para el caso indicado en el párrafo primero, salvo pacto diferente, la intimación a ejecutar la obligación, y toda otra comunicación o declaración concerniente a la suerte de la deuda, también la destinada a interrumpir la prescripción o a renunciar al crédito, deben ser dirigidas a todos los codeudores, bajo pena de ineficacia, salvo si no deben tener efecto más que frente a uno de los codeudores y con limitación a la cuota parte ideal a su cargo. Para el caso indicado en el párrafo tercero, cada comunicación dirigida al deudor por uno de los coacreedores no tiene efecto, salvo pacto en contrario, más que en relación con el que la lleva a cabo.

5. Las disposiciones del presente artículo son aplicables en caso de indivisibilidad legal, convencional o natural de la obligación.

## **TÍTULO VIII**

### **INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

#### **Sección 1<sup>a</sup>**

#### **Disposiciones generales**

#### Art. 89

#### *Noción de incumplimiento*

A reserva de lo que prevén las disposiciones siguientes, una obligación contractual es considerada incumplida cuando uno de los contratantes o sus colaboradores o delegados adoptan un comportamiento diferente con relación a aquél previsto en el contrato, o cuando tiene lugar una situación de derecho o de hecho diferente de la que se puede tener por prometida.

#### Art. 90

#### *Deudor que declara no querer cumplir*

1. Cuando el deudor declara por escrito al acreedor que pretende no cumplir, este último tiene la facultad de comunicarle por escrito y desde luego, en todo caso dentro de los ocho días siguientes, que en virtud de esta declaración considera la obligación como incumplida. En defecto de una tal comunicación, el acreedor no podrá rechazar el cumplimiento que tiene lugar después.

2. El deudor, en los ocho días siguientes a la recepción de la comunicación mencionada en el párrafo precedente, puede oponerse por escrito la declaración del acreedor según la cual la obligación es incumplida, y si este último en los ocho días que siguen, no declara por escrito que revisa su posición, deberá dirigirse al juez competente en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inercia del deudor, el incumplimiento será definitivamente tenido por cierto.

3. Salvo acuerdo diferente entre las partes, los plazos indicados en los párrafos anteriores y en los artículos siguientes, permanecen suspendidos mientras duren los períodos habituales de fiesta o de vacaciones, tal y según se halla previsto en el artículo 58.

## Art. 91

### *Deudor que no está en situación de cumplir*

1. Si antes de expirar el término parece razonable entender que el deudor no está en condiciones de cumplir una obligación contractual, o que no la puede cumplir sin defectos relevantes, cuando todo ello no es debido a un hecho positivo o a una abstención del acreedor, este último puede pedirle por escrito que suministre, en un plazo razonable que no será inferior a quince días, una garantía apropiada a la naturaleza del futuro cumplimiento y declarar que, a falta de la misma, el incumplimiento será definitivamente tenido por cierto.

2. El deudor, si no suministra la garantía requerida, puede, en el plazo de ocho días, contestar por escrito a la petición del acreedor y debe, si este último no revisa por escrito su posición en un plazo ulterior de ocho días, dirigirse al juez en un nuevo plazo de treinta días. En caso de inercia del deudor, el incumplimiento es definitivamente tenido por cierto.

## Art. 92

### *Incumplimiento de la obligación de entregar una cosa determinada*

La obligación de entregar una cosa cierta y determinada es considerada incumplida si la cosa no ha sido entregada en el plazo y en la manera previstos, o si ha sido entregada con defectos manifiestos, o si ha sido entregada una cosa diferente o que se puede reputar por tal, a menos que en los distintos casos mencionados y a reserva de daños y perjuicios:

a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del plazo o que le sea concedida por el juez por motivos razonables;

b) que se trate de defectos que se puedan reparar y que el acreedor acepte que el deudor tome a su cargo efectuar las reparaciones dentro de un plazo razonable, o que el juez le autorice a efectuarlas;

c) cuando la cosa debida se haya perdido o se haya deteriorado sin que ello se deba a la responsabilidad del deudor o que el acreedor acepte la entrega de una cosa diferente o que el juez declare, por motivos razonables, que desde entonces debe considerarse ha tenido lugar el cumplimiento;

d) el acreedor ejerza la facultad de entregar una contrapartida reducida en proporción al menor valor de la cosa recibida, cuyo importe, en ausencia de un acuerdo, es fijado por el juez.

Art. 93

*Incumplimiento de la obligación de entregar  
una cantidad de cosas genéricas*

La obligación de entregar una cantidad de cosas determinadas únicamente por su género es considerada como no cumplida si la misma no ha sido entregada en el tiempo y en la manera previstos, o si la entregada es de una calidad inferior o superior a la debida, o de una especie diferente, a menos que, en los diferentes casos mencionados, y a reserva de daños y perjuicios:

- a) el deudor obtenga del acreedor una prórroga del término para la entrega de todas las cosas o de aquellas que todavía no han sido entregadas o cuando esta prórroga le sea concedida por el juez por motivos razonables;
- b) el acreedor restituya el excedente, o lo conserve pagando el precio previsto en el contrato;
- c) el acreedor acepte las cosas recibidas en una calidad o en una cantidad inferior, entregando una contrapartida proporcionalmente menor, cuya medida, a falta de acuerdo, será fijada por el juez;
- d) la cantidad de cosas debidas, o una parte de entre ellas, se ha perdido o se ha deteriorado, sin que sea responsabilidad del deudor y el acreedor acepte la sustitución de algunas de ellas, o la reparación de las que presentan algún defecto o que el juez estime que, por motivos razonables, la obligación puede ser considerada como cumplida como consecuencia de la entrega de cosas diferentes o en parte reemplazadas o reparadas.

Art. 94

*Incumplimiento de una obligación de hacer*

1. La obligación de hacer es considerada incumplida si la obra no ha sido acabada antes del término previsto en el contrato, o cuando ha sido ejecutada parcialmente, o de manera defectuosa, o con la ayuda de cosas o de materiales inapropiados, a menos que en los casos mencionados, y a reserva de daños y perjuicios, el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la terminación de las obras o para la eliminación de los defectos, o la reparación de los daños ocasionados, o para la sustitución de las cosas o de los materiales inapropiados empleados, a condición de

que tales reparaciones y sustituciones puedan ser consideradas como razonables de acuerdo con el contrato, con el uso y con la buena fe.

2. No hay incumplimiento si el deudor se encuentra, sin responsabilidad alguna por su parte, en la imposibilidad de efectuar una prestación personal de hacer, cuando el acreedor o el juez le concedan la facultad de que le sustituya otra persona competente, quedando en cualquier caso a cargo del deudor la responsabilidad relativa al cumplimiento de la prestación en cuestión.

3. Si se trata de una obligación del tipo de las mencionadas en el artículo 75, párrafo segundo, será considerada como no cumplida si el resultado obtenido no es satisfactorio, a menos que el deudor pruebe que está en posesión de la habilitación profesional solicitada, si ha sido requerida, y además cuando haya acudido en tiempo útil a los técnicos necesarios, así como a los medios, a los instrumentos, a los lugares y a los colaboradores apropiados para el caso.

#### Art. 95

##### *Incumplimiento de una obligación de no hacer*

La obligación de no hacer será considerada como incumplida cada vez que se cometa un acto en violación de la misma, a menos que sea debido a un auxiliar o a un encargado del obligado que no haya tenido conocimiento de la prohibición objeto de pacto y esta ha sido incluida en un contexto contractual más amplio, y cuando el acreedor o el juez concedan al deudor un plazo para la demolición o la reposición en el estado precedente, y dicho deudor provea a ello en tiempo oportuno, a reserva de los daños y perjuicios.

#### Art. 96

##### *Mora del deudor*

1. El deudor no será considerado en mora:
  - a) si no ha sido fijado consensualmente ninguna fecha final, ni término o plazo, por un cierto período de días, meses o años, para el cumplimiento, y el acreedor no ha requerido previamente al deudor por escrito para ello, fijándole un plazo razonable;
  - b) si el acreedor o el juez le ha acordado previamente al deudor un plazo suplementario para el cumplimiento;

- c) si en los contratos sinalagmáticos, el acreedor se halla en retraso en el cumplimiento de la prestación que debe y respecto de la cual se había previsto un término ya vencido;
- d) si el deudor ha ofrecido en tiempo oportuno el cumplimiento total de la prestación debida al acreedor, requiriéndole a recibirla, a reserva de los efectos de la eventual puesta en mora.

2. Si los términos previstos en las letras a) y b) del presente artículo han expirado y salvas las situaciones previstas en las letras c) y d) de éste mismo artículo, el deudor es considerado en mora.

Por consiguiente, no queda liberado y es además responsable –como prevén las disposiciones aplicables contenidas en los artículos 162 y siguientes– de los daños y perjuicios que de ello se deriven, aun si la pérdida de la cosa debida o la imposibilidad sobrevenida de la prestación en curso de ejecución no derivan de causas que le sean imputables, salvo que pruebe que la cosa o la prestación debida habría sufrido el mismo daño si ella hubiera estado a disposición del acreedor.

En este último caso, viene obligado, de todas formas, a entregar al acreedor la suma que perciba del responsable o de un asegurador, como consecuencia de la destrucción o de la sustracción de la cosa por él debida o por la no ejecución de la prestación.

#### Art. 97

##### *Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas*

1. Aunque el deudor se halle en retraso en el cumplimiento de la prestación debida o cuando no la haya realizado más que parcialmente, no se podrá considerar que ha habido incumplimiento cuando se hayan producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han hecho que la prestación sea excesivamente onerosa y que, en consecuencia, dan al deudor, como lo prevé el art. 157, el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe sin embargo haber comunicado al acreedor su intención de usar de este derecho antes de que expire el término previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto en el artículo 96, letra a) que precede.

2. Si después de la conclusión del contrato la prestación deviene objetivamente imposible, por motivos de los que el deudor no debe responder, no hay incumplimiento de la obligación; pero si en el

contrato se contiene explícita o implícitamente una garantía de que el cumplimiento es posible, el deudor debe proceder a la indemnización del daño que el acreedor haya sufrido por haber contado con el cumplimiento de la prestación.

Art. 98

*Violación eficaz*

Hay incumplimiento de la obligación si el deudor omite efectuar la prestación debida alegando que ha recibido de un tercero una oferta más ventajosa por la misma prestación, a menos que en el contrato no se haya reservado explícita o implícitamente tal posibilidad.

Art. 99

*Incumplimiento de los deberes de protección*

En la ejecución de la prestación debida, el deudor debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar causar un perjuicio a la persona del acreedor, a sus auxiliares o a sus bienes; en caso de violación de este deber, se considera que la prestación debida ha quedado incumplida si el daño se ha producido durante o a causa de su ejecución, y constituye una consecuencia inmediata y directa de la misma. En otro caso queda vinculado por culpa extracontractual o aquiliana.

Art. 100

*Incumplimiento debido a la no realización  
de las situaciones prometidas.*

1. Hay incumplimiento de la obligación contractual, si un cierto acontecimiento, o un estado de hecho o de derecho que uno de los contratantes ha prometido o asegurado que se producirían, no se ha producido o no se producen, incluso aunque no se haya establecido contrapartida alguna.

2. Si por una declaración, que no se halla contenida en un contrato y que no ha sido objeto de una promesa, o de una garantía, se hace la afirmación de que un acontecimiento se ha producido, o no se ha producido, o de que se producirá o no se producirá, el que la ha emitido puede responder desde el momento en que la declaración no se corresponda con la verdad, respecto del que ha sufrido un perjuicio, por culpa extracontractual.

Art. 101

*Prestación anticipada o efectuada en cantidad superior a la debida*

El acreedor tiene la facultad de recibir la prestación efectuada por el deudor antes del término fijado o en cantidad superior a la debida; en este último caso, deberá satisfacer una contrapartida proporcionalmente superior, pero si la rechaza no se considerará que ha incurrido en mora.

Art. 102

*Prestación privada de interés para el acreedor*

El acreedor no puede rechazar la prestación que le ha sido ofrecida bajo pretexto de que para él ha devenido inútil y privada de interés a causa de circunstancias sobrevenidas, a menos que tal derecho de rechazo por su parte, sea deducible, aun implícitamente, del contrato, y, siempre que, además, haya advertido en tiempo oportuno al deudor de la superveniencia de tales circunstancias y, en cualquier caso, antes de que este último haya preparado o iniciado el cumplimiento.

**Sección 2ª**

**Mora del acreedor**

Art. 103

*Noción de mora del acreedor*

Hay mora del acreedor si este último, sin motivo válido, no recibe, rechaza, impide o estorba el cumplimiento por parte del deudor, o no efectúa la opción prevista en el artículo 87, párrafo 2, en el caso de una obligación alternativa si la otra parte no quiere efectuarla, o no procura, cuando está obligado a ello, la presencia de un tercero o la autorización o la licencia de la autoridad pública prevista en el artículo 76, párrafo 2, o, en cualquier caso, adopta un comportamiento activo u omisivo que no permite al deudor cumplir la obligación.

Art. 104

*Mora del acreedor que se resuelve en un incumplimiento*

1. En la situación descrita en el artículo precedente, el deudor puede requerir por escrito al acreedor para que abandone su comportamiento, especificando cuáles son los hechos positivos u omisivos que, concretamente, han impedido o perturbado la ejecución, indicando las

acciones y las omisiones que deben cesar o los comportamientos que se hace necesario que lleve a cabo el acreedor, fijándole un término adecuado y, en cualquier caso, no inferior a quince días, teniendo en cuenta la naturaleza de la prestación debida, los usos y la buena fe.

2. Cumplido el término, si el comportamiento descrito no ha cesado, se considerará que ha habido incumplimiento por parte del acreedor,

#### Art. 105

##### *Acciones exigidas al deudor para que quede liberado*

1. Si, ante una situación como la que se describe en el artículo 103, el deudor, en lugar de constatar al incumplimiento del acreedor, se propone cumplir la obligación a su cargo para liberarse de ella, tiene que hacer al acreedor, en el lugar en que ésta ha de ser ejecutada, una oferta real o por requerimiento de la totalidad de la de la prestación debida, comprendidos los accesorios, frutos e intereses, en las formas prescritas, a petición suya, por el juez de primera instancia competente en el lugar en que la oferta debe ser efectuada.

2. Si se encuentra en la imposibilidad de conocer el montante exacto de la suma o de la cantidad exacta de cosas debidas, el deudor, con la autorización del juez, puede ofrecer el montante o la cantidad que éste haya fijado en virtud de los elementos de que dispone, obligándose en todo caso a entregar lo que sea ulteriormente debido.

3. Si el acreedor acepta el ofrecimiento y recibe la prestación, el deudor queda liberado. En la situación descrita en el párrafo 2 de este artículo, la liberación queda subordinada a que el deudor entregue lo que todavía debe conforme al requerimiento fundado y motivado del acreedor.

4. Si el acreedor no acepta el ofrecimiento y se trata de una obligación de dar, el deudor, para quedar liberado de su obligación, está obligado a efectuar la consignación de lo que es debido en la formas prescritas por el juez indicado en el párrafo primero del presente artículo, y cuya determinación judicial puede ser requerida en la solicitud a que se refiere el propio párrafo 1. La regularidad de la consignación y la liberación del deudor son establecidas por el juez. En el caso de una obligación de hacer, el deudor debe cumplir como haya sido prescrito por el juez, que declarará seguidamente la regularidad del comportamiento del deudor y su liberación.

5. El ofrecimiento es suficiente —y en tal caso no ha lugar a proceder a la consignación, o al cumplimiento— si la prestación no puede ser efectuada al acreedor o a su representante a causa de su ausencia o de su incapacidad para recibirla, o si existe una incertidumbre, sin que sea debido a falta del deudor, sobre la persona a la que la prestación debe efectuarse o cuando varias personas afirmen tener derecho a obtenerla, o que haya sido perdido el título que determina quién es el titular del derecho a la prestación, siempre que estas circunstancias hayan sido especificadas en el requerimiento mencionado en el párrafo primero del presente artículo.

### **Sección 3ª**

#### **Efectos del incumplimiento**

##### **Art. 106**

###### *Cláusulas de no responsabilidad y limitativas de responsabilidad*

1. Toda convención excluyendo o limitando previamente la responsabilidad del deudor por dolo o falta grave, es nula. 2. El acuerdo por el cual se conviene que una de las partes no puede oponer excepciones a fin de evitar o de retardar la prestación debida no

tiene efecto respecto de las excepciones de nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato. En todo caso, aun en el supuesto en que el acuerdo sea eficaz, el juez, si comprueba que concurren motivos graves, puede suspender la condena imponiendo, en su lugar, una caución.

3. Salvo lo que se halla previsto en el artículo 30 sobre las cláusulas abusivas, el acuerdo excluyendo o limitando la responsabilidad del deudor por culpa leve no tiene efecto si el acreedor lo ha concluido cuando estaba a su servicio o si la responsabilidad se manifiesta en el desarrollo de una actividad profesional o de una actividad empresarial ejercida bajo un régimen de monopolio en virtud de una autorización concedida por las autoridades.

4. Habida cuenta la calidad de las partes y la naturaleza de la prestación, las partes pueden válidamente concluir acuerdos por los cuales convengan márgenes de tolerancia en la ejecución o una franquicia en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, de acuerdo con los usos y la buena fe.

5. Las partes pueden válidamente concluir acuerdos estableciendo presunciones simples de caso fortuito para los acontecimientos que, en su especie, indican normalmente caso fortuito.

## Art. 107

### *Incumplimiento de importancia relevante*

1. En el sentido en que se indica más abajo, un incumplimiento tiene importancia relevante si concierne a una de las prestaciones principales (y no secundarias) del contrato, y, además, cuando, habida cuenta de la calidad de las personas y de la naturaleza de la prestación, el incumplimiento comporta para el acreedor un perjuicio tal que le priva sustancialmente de lo que, en derecho, se puede esperar del contrato.

2. Se considera que el incumplimiento tiene una importancia relevante cuando:

- a) es total;
- b) es parcial, pero ha desaparecido objetivamente el interés del acreedor a obtener el resto.

3. Las obligaciones secundarias son aquellas cuyo cumplimiento tiene una importancia mínima respecto de la economía de la relación contractual y del interés del acreedor.

## Art. 108

### *Derecho del acreedor de suspender el cumplimiento en los contratos bilaterales*

1. En los contratos bilaterales, si una de las partes no cumple o no ofrece cumplir su obligación, cualquiera que sea la gravedad del incumplimiento, el acreedor tiene la facultad de suspender la prestación por él debida simultánea o sucesivamente, a menos que el rechazo hecho por su parte sea contrario a la buena fe.

2. Se considera que es contrario a la buena fe el rechazo:

- a) que entraña para la otra parte consecuencias excesivamente onerosas;
- b) que, puesto que se ha comprobado que el incumplimiento es de escasa entidad, entraña la extinción de la obligación del acreedor;
- c) que comporte perjuicio a un derecho fundamental de la persona.

## Art. 109

### *Cumplimiento anticipado, o en cantidad superior o después de la expiración del término esencial*

1. Salvo lo que se halla previsto en el art. 101, el acreedor tiene el derecho de rechazar el cumplimiento que le ha sido ofrecido o que ha sido

ejecutado antes de expirar el término convenido, o en cantidad superior a la debida, siempre que su rechazo no sea contrario a la buena fe en el sentido previsto en el artículo precedente, en la medida en que sea aplicable.

2. El acreedor tiene en todo caso el derecho a rechazar el cumplimiento ofrecido o efectuado después de haber expirado el término cuya naturaleza esencial ha sido objeto de pacto.

#### Art. 110

##### *Plazo suplementario y beneficio de pago mediante sucesivos plazos parciales*

1. Si un plazo suplementario ha sido concedido por el acreedor o por el juez al deudor que todavía no ha iniciado el cumplimiento, o que no lo ha efectuado sino parcialmente, el acreedor no puede hasta la expiración del término, prevalerse de los remedios indicados en los artículos siguientes, a reserva de la facultad de adoptar las medidas conservativas o de solicitar del juez una resolución de inhibición, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios.

2. Si el acreedor o el juez han acordado al deudor la facultad de fraccionar mediante plazos sucesivos el pago de la deuda, el deudor pierde tal beneficio si no efectúa también un pago que supere la octava parte de la deuda.

#### Art. 111

##### *Ejecución en forma específica*

1. Frente al deudor que todavía no ha cumplido la obligación, cualquiera que sea la importancia del incumplimiento, el acreedor tiene el derecho de obtener su ejecución o de su complemento en forma específica, si es objetivamente posible y cualquiera que ella sea el caso, sin perjuicio de los daños y perjuicios.

2. En particular el acreedor puede obtener judicialmente:

- a) la entrega de la cosa cierta y determinada o de la cantidad de cosas solamente indicadas por su género y que le son debidas, de las que el deudor tiene a disposición, o que éste ha transmitido a un tercero de mala fe o por acto simulado;
- b) la autorización para procurarse, en la medida de lo posible, y corriendo con los gastos el deudor, la cosa cierta y determinada o la cantidad de cosas solamente indicadas por su género que le son debidas y que tienen a su disposición los terceros;

- c) que el deudor sea condenado a cumplir su obligación, en la medida de lo posible, o a completar la prestación debida; puede también obtener autorización del juez para ejecutar o completar el mismo la obligación o hacerla ejecutar por terceros a costa del deudor;
- d) que el deudor sea condenado a destruir lo que ha llevado a cabo violando una obligación de no hacer, pudiendo obtener autorización del juez para destruir personalmente o para hacer destruir por terceros, por cuenta del deudor, lo que este haya realizado violando una obligación de no hacer;
- e) una sentencia que tenga el efecto jurídico del contrato que el deudor se había obligado a concluir por un contrato preliminar que ha dejado de cumplir.

3. Para incitar al deudor que no cumple la obligación a obedecer a la condena encaminada a asegurar en forma específica la ejecución de la prestación que sea objetivamente posible; el juez puede además condenar al deudor, si no se somete o se somete con retraso, al pago de una multa cuyo importe no excederá del triple del valor de la prestación debida, que corresponderá en un setenta por ciento a favor del acreedor y de un treinta por ciento a favor del Estado. La citada multa puede estar constituida por una suma fija, que produzca intereses en la medida determinada por el juez, o por un montante debido por cada día de retraso, que se repartirá según las modalidades indicadas.

## Art. 112

### *Substituciones en forma específica y reparación*

1. Si el deudor, en todo o en parte, se ha abstenido de cumplir la obligación, el acreedor tiene el derecho, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios, de obtener en la medida que sea objetiva y subjetivamente posible, que el deudor:

- a) le entregue una cosa diferente que tenga a su entera disposición, o efectúe una prestación diferente —y que por ella misma realice el interés del acreedor de manera satisfactoria— contra el pago de una suma ulterior o la eventual restitución de una parte de la suma entregada, que, en caso de desacuerdo, serán fijadas por el juez en la hipótesis en que la cosa o la prestación diferentes tengan un valor mayor o menor;

- b) proveer a las reparaciones que sean necesarias para eliminar los defectos o las imperfecciones de las cosas entregadas o de la obra efectuada;
- c) proveer, si los problemas surgen de la puesta en marcha o de la utilización de la cosa entregada, a causa de una imperfección de esta última, de su instalación, o de su funcionamiento, al envío de técnicos que expliquen su utilización y, eventualmente, que se encarguen durante un cierto período de tiempo del mantenimiento necesario a su buen uso.

2. El acreedor puede además obtener la autorización del juez para efectuar por sí mismo o por terceros, por cuenta del deudor, las reparaciones necesarias.

3. El acreedor que entiende ejercitar los derechos consignados más arriba debe notificar al deudor inmediatamente que descubre los defectos.

4. Antes que el acreedor haya enviado la notificación de la que trata el párrafo anterior al deudor, este último tiene el derecho, mediante notificación al acreedor, de proveer a la sustitución o a la eliminación de los defectos o a completar la entrega, a sus expensas.

#### Art. 113

##### *Reducción del precio*

1. El acreedor que se propone aceptar la entrega de una cosa diferente teniendo un valor inferior, o con imperfecciones, o una cantidad de cosas de calidad inferior a la que es debida, o una prestación de hacer diferente de la que ha sido convenida o con imperfecciones, tiene el derecho, mediante notificación en tiempo oportuno al deudor, de pagar un precio inferior al que ha sido convenido. Podrá eventualmente hacerse restituir una parte de la suma entregada, en la proporción fijada, en defecto de un acuerdo, por el juez.

2. Si la prestación ofrecida o efectuada tiene un valor superior a la debida, se aplicarán las reglas del art. 101.

#### Art. 114

##### *Derecho a la resolución del contrato*

1. Si se produce un incumplimiento de importancia notable en el sentido del art. 107, el acreedor tiene el derecho de proceder a la resolución del

contrato, requiriendo al deudor para que le ejecute en un plazo razonable que, en cualquier caso, no puede ser inferior a quince días y notificándole que si el plazo transcurre inútilmente, el contrato será considerado como resuelto de derecho.

2. Si el contrato contiene una cláusula en cuya virtud el incumplimiento de una determinada prestación por una de las partes confiere a la otra el derecho de resolver el contrato, el incumplimiento será considerado en cualquier caso, como teniendo una importancia relevante, en el sentido del art. 107, y el contrato se considerará resuelto desde que la parte interesada notifique al deudor que ella se prevale de la cláusula en cuestión.

3. Una vez que el plazo indicado en el primer párrafo del presente artículo ha transcurrido, o si el deudor ha recibido la notificación mencionada en su párrafo primero, el acreedor no puede ya pretender la ejecución del contrato y puede rechazarla si el deudor no se conforma con ello. El acreedor puede además ejercer los derechos indicados en los artículos 115 y 116.

4. La resolución del contrato puede asimismo ser parcial, aunque el deudor no haya cumplido la totalidad de la obligación, si el acreedor da por bueno aceptar lo que ha recibido, prevaleciendo del derecho de pagar un precio proporcionalmente inferior, como está previsto en los artículos 92 y 93.

5. Si el incumplimiento se produce en el curso del desarrollo de un contrato de ejecución continua o periódica, el efecto de la resolución no concierne a las prestaciones ejecutadas precedentemente.

6. El acreedor no tiene derecho a proceder a la resolución del contrato si el incumplimiento depende exclusivamente de una acción o de una omisión que a él le sea imputable, sin perjuicio de que utilice la facultad de los artículos 103 y 104. Por lo demás, no tiene este derecho si ha inducido a creer a la otra parte que no procederá a la resolución, aun si se trata de un incumplimiento de importancia notable.

#### Art. 115

#### *Restitución*

A reserva de lo que se halla previsto más arriba en el artículo 114, párrafo 5, como consecuencia de la resolución del contrato, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor, que no ha cumplido la obligación, la restitución, como está previsto en el artículo 160, de lo que él haya

entregado por la prestación debida o, en todo caso, a causa del contrato, abstracción hecha del derecho a obtener la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 116

*Daños y perjuicios*

1. Sin perjuicio de lo prevenido en los artículos precedentes, en caso de incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, el acreedor tiene el derecho de obtener del deudor indemnización de los perjuicios sufridos, tal y como lo prevén los artículos 162 y siguientes.

2. El ejercicio de este derecho puede ser acumulado con los que se hallan previstos en las reglas precedentes y como se establece en las contenidas en el artículo 171.

Art. 117

*Derechos de los terceros de buena fe*

El ejercicio por parte del acreedor de los derechos previstos por las reglas que preceden no compromete los derechos que hayan adquirido los terceros de buena fe sobre los bienes del acreedor o sobre los que son debidos por el deudor, antes que el mismo, teniendo serios motivos de temer el incumplimiento, no les haya notificado o advertido por escrito, o antes que, si se trate de bienes inmuebles o de muebles registrados, no haya efectuado la anotación preventiva correspondiente de sus demandas judiciales en los registros inmobiliarios, según las reglas en vigor en el Estado que las haya previsto. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161.

**TÍTULO IX**

**CESION DE CONTRATO Y DE LAS RELACIONES**

**QUE NACEN DEL CONTRATO**

**Sección 1ª**

**Cesión de contrato**

Art. 118

*Noción*

1. Cada una de las partes, si la relación lo permite concretamente, puede ceder a título gratuito u oneroso, total o parcialmente a un tercero

o a varios, su propia posición contractual con relación a un contrato que todavía no ha agotado sus efectos.

2. Con tal motivo, las partes pueden modificar el contenido del contrato en el que tiene lugar la cesión y pueden también acordar y transigir sobre los derechos y obligaciones ya derivados y que pueden derivar del mismo o de su cumplimiento o incumplimiento.

3. Salvo pacto en contrario, se entiende también transferida la cláusula compromisoria contenida en el contrato que se ha cedido.

4. Si la transmisión de la posición contractual no deriva de la voluntad de las partes sino en virtud de la ley, en los contratos entre vivos, o tiene lugar por sucesión a causa de muerte, las reglas de la presente sección no se aplican, en el marco de cada uno de los Estados de la Unión europea, sino en la medida en que lo permitan las reglas que en ellos se encuentran en vigor, salvo que se acuda a los principios del Derecho internacional privado si se considera necesario.

#### Art. 119

##### *Modalidades según las cuales se puede efectuar la cesión*

1. La cesión de contrato se puede efectuar mediante un acuerdo entre cedente y cesionario, que produce sus efectos a partir del momento en que es notificado al cedido, si éste último ha dado su consentimiento previamente, o bien, desde el momento en que éste ha comunicado al cedente y al cesionario su aceptación.

2. La cesión puede también tener lugar por intermedio de un acuerdo trilateral entre cedente, cedido y cesionario, debiendo efectuarse en todo caso, de esta manera, en el supuesto previsto en el precedente artículo 118, párrafo segundo. En este acuerdo deben ser definidos todas las posiciones de las partes y precisados los derechos y obligaciones respectivos así como su duración temporal.

3. Cuando para la cesión de un contrato fuera necesaria la autorización de un órgano judicial o administrativo o de un tercero, la cesión tiene efecto desde que aquella fuera concedida.

4. Si todos los elementos de un contrato resultan de un documento el que se halla escrita la cláusula “a la orden” o una cláusula equivalente, el endoso del documento comporta la sustitución del endosatario en la posición contractual del endosante.

5. La cesión debe tener lugar bajo pena de nulidad en la forma requerida para la conclusión del contrato que es cedido y será oponible a los terceros, si la notificación al cedido o su aceptación o el contrato trilateral han tenido lugar mediante documentos, que tengan fecha cierta, a menos que sea probado que los terceros tenían de ello pleno conocimiento.

6. Todo ello, a salvo de las reglas en vigor en los Estados miembros de la Unión europea cuando prescriban formas determinadas para el contrato respecto del que se efectúa la cesión y lo mismo en cuanto a la intervención, para llevarla a cabo, de sujetos u órganos colegiales determinados.

## Art. 120

### *Derechos y deberes de los sujetos*

1. Cuando la cesión deviene eficaz, el cedente queda liberado frente al cedido de sus obligaciones, que son asumidas desde ese mismo instante por el cesionario. El cedido puede, en todo caso, con ocasión de su adhesión preventiva, contextual o sucesiva, declarar que no quiere liberar al cedente; en éste caso, puede actuar contra él si el cesionario no cumple con sus obligaciones, a condición de que haya dado el mismo conocimiento del incumplimiento al cedente, dentro de los quince días siguientes, a contar desde que tal incumplimiento ha sido constatado, bajo pena, en su defecto, de reparación del perjuicio.

2. El cedente viene obligado a suministrar al cesionario todas aquellas informaciones que le permitan hacer valer sus derechos y cumplir las obligaciones que deriven del contrato y asimismo a entregarle todos los documentos pertinentes. La inobservancia de estas obligaciones, llevará consigo la aplicación de la disposición prevista en el artículo 7, párrafo 2, del presente Código.

3. Si existen dudas fundadas en cuanto a la validez o eficacia del acuerdo de cesión existente, cada deudor tiene la facultad de solicitar del juez la consignación de la prestación debida, como lo prevé el artículo 105.

4. El cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que deriven del contrato, pero no las que se hallen fundadas sobre otras relaciones existentes con el cedente, a menos que haya hecho reserva expresa de las mismas en el momento de su adhesión preventiva, contextual o sucesiva.

5. La responsabilidad del cedente tanto en cuanto a la validez del contrato cedido, como en cuanto a su cumplimiento, depende de la naturaleza del contrato a través del cual ha sido efectuada la cesión, y, en todo caso, de la voluntad de las partes.

6. Si, a pesar de ello, las partes en la conclusión de la cesión no han hecho referencia a ninguna figura contractual, ni ésta puede ser deducida del contenido del acuerdo por vía de interpretación, se observarán, salvo convención en contrario, las reglas siguientes. Si la cesión es a título oneroso, el cedente de buena fe responde de la invalidez y de la ineficacia del contrato cedido, respondiendo igualmente y en calidad de fiador, en los límites de la suma recibida, por las obligaciones del cedido ya existentes, a menos que su ejecución dependan de hecho del cesionario. Si la cesión ha tenido lugar a título gratuito, el cedente garantiza solamente la validez del contrato cedido y responde del cumplimiento del mismo únicamente si lo ha prometido y si es de buena fe.

## **Sección 2ª**

### **Cesión de crédito**

#### **Art. 121**

#### *Cesibilidad de los créditos*

1. Un crédito nacido de un contrato o de su cumplimiento o incumplimiento puede ser transferido a un tercero (o a otros muchos sujetos), total o parcialmente, incluso si no es todavía exigible y aunque sea futuro, a condición de que no tenga carácter personal y que la cesión no sea excluida por la ley, por acuerdo de las partes o por la propia naturaleza del contrato.

2. Si el crédito es cedido parcialmente, el juez puede disponer, llegado el caso, que frente al deudor cedido, el cedente y el cesionario, actúen en litisconsorcio.

3. Un crédito futuro puede ser cedido si es determinado o determinable conforme al artículo 31 del presente Código. En este caso, el efecto de la cesión se produce desde que el crédito existe para el cedente.

4. Una prohibición convencional es oponible frente al cesionario si el cedido prueba que la había conocido en el momento de la cesión; en este caso, la prohibición impide que el cesionario adquiera el derecho frente al cedido, pero no respecto del cedente.

5. Se considera como no cesible, conforme a la naturaleza del contrato, un crédito cuya cesión determinaría una alteración sustancial del contenido de la obligación que pesa sobre el cedido.

6. Con independencia de lo que previene el precedente artículo 118, el cedente puede ponerse de acuerdo con el cesionario en modo que éste último asuma la obligación de cumplir obligaciones determinadas.

## Art. 122

### *Modalidades y efectos de la cesión*

1. La cesión del crédito no requiere para su validez el consentimiento del deudor –salvo que se trate de un crédito cuya cesión queda excluida por el contrato mismo o por su naturaleza– y puede efectuarse de las maneras previstas en el presente artículo.

2. El cedente puede obligarse respecto del cesionario, mediante un contrato oneroso o gratuito, de carácter obligatorio, a cederle su crédito. En este caso, la cesión tiene lugar por intermedio de un segundo contrato de cesión entre las dos partes teniendo naturaleza abstracta; el cedido puede, en este caso, alegar luego la invalidez o la ineficacia de este último, pero no del precedente contrato causal.

3. El cedente y el cesionario pueden igualmente convenir, por un contrato a título oneroso o gratuito, que un crédito debido al primero sea cedido al segundo, de manera que la cesión se produzca por efecto del simple consentimiento. En caso de duda, concerniente a la modalidad escogida para la cesión, es la modalidad indicada en el presente párrafo 3 la que se toma en consideración.

4. En las dos hipótesis previstas en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, la cesión adquiere efecto frente al deudor cedido, cuando le es notificada o cuando la acepta. Antes de la notificación y de la aceptación, el deudor cedido no queda liberado si paga al cedente, en el caso en que el cesionario pruebe que el propio deudor estaba al corriente de la cesión. La comunicación al deudor puede ser concomitante a la demanda de cumplimiento.

5. Respecto de los contratos, las declaraciones y los actos de comunicación y de aceptación, previstos en los párrafos precedentes, se aplica lo dispuesto en el artículo 36, párrafo segundo, del presente Código, en relación con el valor del crédito cedido.

6. En las dos hipótesis previstas por los párrafos 2 y 3 del presente artículo, la cesión es oponible a los terceros sobre la base del hecho que, los contratos, la comunicación o la aceptación sucesiva, resulten de documentos que tengan fecha cierta, a menos que se pruebe que los terceros tenían conocimiento de la cesión misma. Si el mismo crédito ha sido objeto de muchas cesiones a personas diferentes, prevalece la cesión que primero ha sido comunicada al deudor o que haya sido aceptada en documento fehaciente.

7. La cesión de crédito determina, salvo pacto en contrario, la transmisión de todos sus accesorios, a excepción de los que posean un estricto carácter personal.

8. En las cesiones de créditos efectuadas a bancos o a empresas que ejerzan el factoring no se aplican las normas que preceden, sino las disposiciones en vigor por ley o las reglas uniformes de los respectivos sectores económicos y, en su defecto, los usos.

## Art. 123

### *Deberes de las partes*

1. El cedente queda obligado a entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que están en su posesión o bien una copia auténtica de los mismos si cede solamente una parte del mismo, y debe también suministrarle todas las informaciones necesarias y útiles para hacer valer el crédito.

2. Si la cesión es a título oneroso, el cedente de buena fe garantiza, en los límites de lo que él ha recibido, la existencia del crédito en el momento de la cesión, así como la solvencia actual —y futura solamente si ha sido expresamente prometida— del cedido, a menos que el incumplimiento por parte de este último dependa de negligencia del cesionario. En el caso de que la susodicha garantía haya sido excluida de común acuerdo, el cedente está obligado si por su hecho propio el crédito viene a fallar.

3. Si la cesión es a título gratuito, el cedente de buena fe responde de la existencia del crédito y de la solvencia del deudor, únicamente, en los límites en los que así lo haya prometido.

4. Si el cedente es de mala fe, responde en todo caso de los daños que sufra el cesionario, a condición de que el incumplimiento no dependa de una negligencia de este último.

5. El deudor cedido tiene las mismas obligaciones que tendría respecto del cedente.

## Art. 124

### *Derechos de las partes*

1. El cesionario adquiere los mismos derechos que tenía el cedente.

2. El cedido puede oponer al cesionario, todas las excepciones que hubiera podido oponer al cedente hasta el momento de la cesión; pero, si ha dado sin reserva su adhesión a esta, no puede alegar la compensación. Puede además oponer, sin perjuicio de lo que se halla previsto en el artículo 122, párrafo 2, las excepciones relativas a la invalidez de la cesión, y si no ha dado a ella su consentimiento, también las relativas a su inadmisibilidad convencional, en los límites previstos en el precedente artículo 121, párrafo 4.

3. Si subsisten razones fundadas en cuanto a saber si la prestación es debida al cesionario o al cedente, el cedido puede obtener autorización del juez para efectuar la consignación o para actuar conforme a la manera prescrita en el artículo 105.

4. En el supuesto de que la cesión del crédito tenga lugar en virtud de la ley, se aplican, en defecto de disposiciones específicas, las reglas del presente título. En cualquier caso, el que ha cumplido sucede en los derechos del acreedor, en los límites de lo que haya pagado, si se trata de una deuda de la que debe responder; si por el contrario ha pagado una deuda de la que no estaba obligado a responder, puede reclamar hasta el momento en que el cumplimiento haya sido sustituido, y sucede en los derechos del acreedor en los límites de lo que haya pagado, mediante una declaración unilateral simultánea al pago, a la cual se aplica la disposición del precedente artículo 36, párrafo segundo.

## **Sección 3ª**

### **Cesión de deuda**

## Art. 125

### *Cesión por sucesión o por novación*

1. La transmisión de una deuda puede hacerse mediante dos vías:

a) por sucesión en la relación obligatoria –en cuyo caso se transfiere objetivamente intacta– de otro deudor, que le sucede o se agrega al deudor originario, como se precisa en el artículo siguiente;

b) Por extinción convencional de la obligación originaria y constitución simultánea de una nueva obligación teniendo un sujeto pasivo diferente.

2. En el primero de los supuestos previsto en el párrafo anterior el nuevo deudor responde solidariamente con el deudor originario si el acreedor no declara expresamente que este último queda liberado.

3. La cesión tiene lugar por novación únicamente si así es declarado de manera expresa y no equívoca por las partes en su acuerdo trilateral. En la duda, se presumirá que la cesión ha sido efectuada por sucesión.

4. Excepción hecha de lo que está previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo, las partes pueden efectuar la cesión de deuda de la manera que consideren más conforme a sus intereses y, además, entre otras, como se indica, a título de ejemplo, en el artículo siguiente.

5. La transmisión de deuda puede ser efectuada respecto de uno o de varios nuevos deudores.

6. Cuando la cesión de deuda tiene lugar en virtud de la ley o como elemento accesorio en la transmisión de un bien o de un conjunto de bienes, se rige por las disposiciones de la presente sección, en tanto que sean aplicables, en defecto de diferentes reglas específicas.

## Art. 126

### *Modalidades por las que se puede efectuar la cesión*

1. Mediante pacto entre el deudor y un tercero, este último puede obligarse, frente al primero, a extinguir su obligación y puede cumplirla dentro de los límites previstos en el artículo 79, párrafo I. Un tal acuerdo, tiene únicamente efectos internos entre el deudor y el tercero.

2. Mediante pacto entre el deudor y un tercero, este último puede obligarse frente al acreedor a extinguir la obligación, viniendo a estar, en tal modo, solidariamente obligado con el deudor originario, a menos que el acreedor declare expresamente que libera a este último.

3. Mediante pacto entre el acreedor y un tercero, este último puede por su propia iniciativa obligarse frente al primero a cumplir la obligación, viniendo a estar en tal modo obligado solidariamente con el deudor originario, si el acreedor no declara expresamente que libera a este último. El deudor originario puede, manifestando su oposición cuando llega a conocer la obligación, hacer que sea ineficaz el susodicho pacto.

4. La transmisión de la deuda puede tener lugar también por medio de un acuerdo preliminar de carácter obligatorio, seguido por acto de transmisión –y por tanto de disposición– del crédito. El pacto previo y el acto sucesivo son efectuados o por el acreedor (que se pone de acuerdo con el tercero), o bien por el deudor originario (que se pone de acuerdo también con el tercero) a pesar de que el propio deudor no haya sido legitimado para ello; la operación, no obstante, llegará a ser eficaz si el acreedor da su consentimiento. En este caso, el nuevo deudor no puede hacer valer frente al acreedor la menor excepción basada sobre el acuerdo preliminar que ha servido de base para el acto sucesivo de transmisión, a menos que el motivo que invalide la primera fase sea también obstáculo a la validez de la segunda. El tercero que ha cumplido puede sin embargo ser indemnizado por el deudor originario en los límites de la ventaja que él haya obtenido. En caso de duda, relativa a la modalidad a escoger para la cesión, se adoptará la que figura en el párrafo 3 del presente artículo.

5. En las hipótesis previstas por los párrafos precedentes, el tercero puede ser o no deudor del deudor principal; y, si no lo es, tiene el derecho de hacerse reembolsar o indemnizar por este último, salvo pacto en contrario, en relación con lo que él ha efectivamente desembolsado, con el solo límite de la oponibilidad, de parte del deudor originario, de las excepciones que éste habría podido oponer al acreedor.

6. En el acuerdo trilateral, gracias al cual las partes pueden efectuar la novación subjetiva de la deuda, se puede convenir que el acreedor, para reclamar el cumplimiento, debe haber efectuado o, al menos, ofrecido una contraprestación.

7. Respecto de los pactos y las declaraciones previstas en el presente artículo se aplica lo dispuesto en el artículo 36, párrafo 2, del presente Código, en relación con el valor de la deuda transferida.

## Art. 127

### *Derechos y deberes de las partes*

1. Excepción hecha de lo que prevé el precedente art. 126, párrafo 4, si la cesión no ha tenido lugar por medio de un acuerdo novatorio, el nuevo deudor puede oponer al acreedor las excepciones que tenía el deudor originario; por otra parte, si este último ha sido liberado por el deudor originario, las garantías agregadas al crédito se extinguen, a menos que los que las han prestado consientan expresamente en mantenerlas.

2. En el supuesto previsto en el párrafo 1 de este artículo, el acreedor que ha aceptado la obligación de un tercero no puede dirigirse al deudor originario si no ha demandado previamente al tercero de cumplimiento, y, si ha liberado al deudor originario, no puede entablar acción contra él, si el tercero que le sucede deviene insolvente, a menos que haya sido hecha reserva expresa.

3. Si la cesión deriva de un acuerdo novatorio, el acreedor y el nuevo deudor pueden respectivamente ejercer únicamente los derechos y oponer asimismo las excepciones que derivan del acuerdo, excepción hecha de lo que se prevé en el párrafo siguiente.

4. Si la obligación asumida por el nuevo deudor sobre la base de lo dispuesto en el precedente artículo 125, párrafo 1, letra a), es nula o viene anulada, el acreedor que ha liberado al deudor originario puede exigir de este último el cumplimiento, pero no puede prevalerse de las garantías prestadas por los terceros. Si la cesión ha tenido lugar sobre la base de un acuerdo novatorio, como lo prevé el propio art. 125, párrafo 1, letra b), se aplica la disposición contenida en el art. 130, párrafo 5.

5. Se aplica, si hay lugar a ello, la regla que figura en el artículo 79, párrafo 2.

## 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*

1. El contrato se extingue o queda privado de efecto:
  - a) por cumplimiento —o por oferta real o requerimiento— de todas las obligaciones que del mismo derivan, en las modalidades previstas en los títulos VII y VIII del presente libro, y además por la realización, para ambas partes, del fin por ellas perseguido;
  - b) por cumplimiento de la condición resolutoria;

- c) por expiración del término final;
- d) por muerte o incapacidad sobrevenida, en el caso previsto por la ley;
- e) por novación;
- f) por desistimiento por consentimiento mutuo;
- g) por retracto;
- h) por resolución total;
- i) por nulidad;
- j) por anulación;
- k) por rescisión;
- l) por toda otra causa indicada por la ley.

2. La extinción del contrato, si es definitiva, o su falta de efecto, excluye el que las partes puedan deducir pretensión alguna sobre la base del propio contrato, exceptuadas las derogaciones previstas en los contratos plurilaterales a favor de las otras partes contratantes y para la tutela de los terceros; exceptuados además los efectos de la conversión, de la convalidación y de la ratificación, abstracción hecha de las pretensiones que se pueden hacer valer para las restituciones debidas y para la percepción de daños y perjuicios por hechos ilícitos contractuales o extracontractuales sobrevenidos durante su formación, cumplimiento o incumplimiento del mismo.

3. Las obligaciones que derivan del contrato se extinguen:

- a) por su ejecución –o por oferta real o requerimiento– según las modalidades previstas en los títulos VII y VIII del presente Código, así como por el cumplimiento forzado a cargo del deudor;
- b) por novación;
- c) por remisión de deuda;
- d) por renuncia tácita;
- e) por compensación;
- f) por confusión;
- g) por pérdida o deterioro grave de la cosa debida, o por imposibilidad de la prestación debida que no sea imputable al deudor;

h) por cualquiera otra causa indicada por la ley.

4. La extinción de la obligación –si es definitiva– impide al acreedor deducir pretensiones en relación con ella; salvo las que tengan por fin obtener las restituciones debidas, así como percibir indemnizaciones de daños y perjuicios por hechos sobrevenidos con ocasión del cumplimiento o del incumplimiento de la misma.

5. El presente título concierne a las hipótesis que no han sido reglamentadas por otras reglas de este Código, reglas a las que se hace reenvío para los casos que no se hallan aquí previstos.

#### Art. 129

##### *Hechos que entrañan prescripción y caducidad*

1. La prescripción entraña exclusión del ejercicio de todo derecho que pueda derivar de un contrato.

2. La caducidad entraña exclusión para la emisión de una declaración o para el cumplimiento de un acto.

#### **Sección 2ª**

##### **Modos de extinción diferentes del cumplimiento**

#### Art. 130

##### *Novación*

1. La novación es objetiva, cuando las partes concuerdan en la sustitución por otro contrato que sea sustancialmente diferente del contrato preexistente que no ha sido enteramente cumplido y que, de este modo, se extingue.

La novación comporta, además, la extinción tanto de las garantías que sostenían el contrato originario, como de las condiciones accesorias, y, entre ellas, las facilidades de pago, si no han sido expresamente confirmadas en el acuerdo novatorio.

2. La voluntad de efectuar una novación debe ser manifestada por ambas partes de manera no equívoca, y que puede resultar igualmente del hecho de la incompatibilidad objetiva del primer contrato respecto del segundo.

3. Si los dos dichos contratos no son objetivamente incompatibles, su coexistencia debe resultar de la voluntad inequívoca de cada una de las partes.

4. En caso de duda, se estimará que sólo el contrato originario subsiste modificado.

5. La invalidez del contrato originario no influye sobre la validez del nuevo contrato, tampoco la invalidez del contrato novatorio o del segundo contrato, puede determinar un retorno de la validez del contrato originario; pero la parte que actúa de mala fe responde de los daños que sufra la otra.

6. La reproducción o la repetición del contrato o su redacción por escrito no comportan novación si no se cumplen las condiciones previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo. En caso de discordancia entre la expresión originaria y la sucesiva, prevalece, en caso de duda, esta última.

7. La novación puede referirse, con efectos análogos, a una cláusula particular del contrato o a una obligación que de ella derive.

8. A los acuerdos previstos en los párrafos 1 y 7 del presente artículo se aplica el artículo 36, párrafo 2, del presente Código, en relación con el montante del nuevo contrato o de la nueva obligación.

#### Art. 131

##### *Remisión de deuda*

1. Una obligación nacida o que puede nacer de un contrato se extingue si el acreedor renuncia a ella de alguna de las maneras siguientes.

2. El acreedor puede declarar en términos no equívocos que renuncia a su derecho, comunicándoselo al deudor, que tiene la facultad, en un plazo apreciable, de declarar que no se quiere beneficiar de ella. La restitución voluntaria del título original del crédito que el acreedor hace al deudor, aun acto seguido del pago parcial de la suma indicada, posee el mismo valor que la susodicha declaración de renuncia del crédito. La remisión acordada al deudor principal libera también a los fiadores. La renuncia por parte del acreedor de las garantías que sostienen el crédito no hace presumir, por el contrario, la remisión de la deuda.

3. El acreedor puede renunciar a su crédito por medio de un contrato concluido con el deudor.

4. El acreedor se puede también obligar respecto del deudor a renunciar a su crédito por medio de un contrato de carácter obligatorio, al que hace

seguir un acto abstracto de renuncia a tal crédito. En este caso, la nulidad del primer contrato no se transmite al acto sucesivo.

5. Las partes pueden extinguir un contrato unilateral o bilateral mediante un contrato sucesivo por el que ellas renuncien recíprocamente a todos los derechos nacidos o que puedan nacer del primero.

6. A los actos previstos en los párrafos precedentes, y aun si la remisión de deuda no posee contenido transaccional, se aplica el artículo 36, párrafo 2, del presente Código, en relación con el montante de la deuda remitida. Si la remisión tiene lugar a título gratuito, como liberalidad, no es requerida la forma necesaria para la donación.

## Art. 132

### *Compensación*

1. Un crédito derivado de un contrato se extingue por compensación si el acreedor está obligado, a su vez, a cumplir por cualquier título que sea, una obligación frente a la otra parte. La compensación que puede ser igualmente opuesta por un fiador, se hace en las condiciones previstas en los párrafos siguientes.

2. Los dos créditos recíprocos deben coexistir en la misma fecha, siendo igualmente líquidos y exigibles; deben además tener ambos por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles de la misma especie y calidad, extinguiéndose por las cantidades concurrentes.

3. La compensación se produce cuando un acreedor la reclama por una declaración incondicional y sin plazos temporales, que debe ser comunicada a la otra parte o formulada en justicia antes del trámite de contestación. Una tal declaración tiene efecto desde el momento en que es comunicada a la otra parte o desde que se le da traslado si ha sido formulada ante el juez. La contraparte puede en un plazo apreciable manifestar por una declaración su oposición en relación con lo que se prevé en los párrafos siguientes.

4. La compensación no tiene lugar, y contra quién la invoca se concede la facultad de oponerse a ella, si una de las dos deudas deriva de un acto ilícito extracontractual, o si una parte la ha objetado preventivamente con motivaciones idóneas, o si tiene por objeto la restitución de cosas depositadas o donadas en comodato, o cuando que haya habido una renuncia preventiva a la compensación, así como en los demás supuestos previstos por la ley. Para las cuentas corrientes a que se recurre en el

cuadro de las relaciones comerciales se aplican los usos. Todo ello, con independencia de las disposiciones sobre los consumidores, que están en vigor en la Unión europea o en sus Estados miembros.

5. Si las dos obligaciones recíprocas deben ser cumplidas por contrato en dos lugares diferentes, se deben calcular los gastos de transporte al lugar del pago, a menos que el acreedor se oponga a la compensación, teniendo un interés plausible a que el cumplimiento tenga lugar en el lugar prevenido.

6. Si las condiciones previstas en el párrafo 2 del presente artículo no se cumplen, el acreedor tiene solamente un derecho de retención frente a la contraparte, como lo prevé el precedente artículo 108; y, si una de las deudas no es líquida, ni puede ser fácilmente y en poco tiempo liquidada, el juez, a petición del acreedor, puede suspender la condena a este último, respecto de la obligación que está a su cargo, hasta la verificación de la entidad del crédito que él ha opuesto en compensación. La compensación puede tener lugar por la voluntad de las partes, aun cuando no se cumplan las condiciones previstas en los párrafos precedentes.

7. A las declaraciones previstas por el presente artículo se aplica también lo dispuesto en el artículo 36, párrafo 2, en relación a la entidad del crédito oponible en compensación.

### Art. 133

#### *Confusión*

1. El crédito que deriva de un contrato no es exigible cuando, y por todo el tiempo en que, en relación a éste, las cualidades de acreedor y deudor, se reúnen en la misma persona.

2. Si también se reúnen en la misma persona las cualidades de acreedor y de deudor solidario, el efecto previsto en el párrafo anterior, se produce para la parte del susodicho deudor solidario en favor de los otros deudores. Si en la misma persona se reúnen las cualidades de acreedor solidario y de deudor, el efecto previsto en el párrafo anterior que precede se realiza para la parte del primero. Las mismas reglas se aplican a las obligaciones indivisibles.

3. La confusión no es oponible frente a los terceros que pudieran por ella tener algún perjuicio, y, en todo caso, cuando en las reglas en vigor en la Unión europea y en los Estados miembros, queda excluida en interés de los terceros.

### Sección 3ª

## Prescripción y caducidad

### Art. 134

#### *Prescripción*

1. Si no existen prohibiciones legales, la expiración del tiempo comporta para el acreedor inerte una exclusión del ejercicio de un derecho disponible derivado de un contrato, como lo prevén las reglas siguientes.

2. El tiempo calculable para la prescripción comienza a correr a partir del momento en que el acreedor puede hacer valer su crédito, siempre que la entidad de éste sea cierta.

3. La prescripción se produce si el deudor, o uno de sus acreedores, o cualquiera que posea un interés legítimo, declara expresamente, judicial o extrajudicialmente, frente al titular del derecho, querer prevalecer de ella. A esta declaración cuando se hace extrajudicialmente se le aplica el artículo 36, párrafo 2, del presente Código.

4. El plazo de prescripción para todo crédito que nace de un contrato es de diez años, a menos que para los diferentes tipos de contratos o para instituciones determinadas sea previsto un plazo específico. Si interviene una sentencia declarando la prescripción, el plazo de prescripción es en todo caso de diez años, aun si para el derecho reconocido está previsto en el Código un plazo diferente.

5. Las partes pueden convencionalmente reducir el plazo de prescripción de diez años indicado en el apartado 4, pero no los plazos previstos para los diferentes tipos de contrato, exceptuándose las relaciones en las que toma parte un consumidor y solamente en favor de éste. Todo otro acuerdo que tiene por fin modificar la reglamentación legal de la prescripción es nulo. Quedando a salvo, en todo caso, las reglas comunitarias.

6. El curso de la prescripción se interrumpe si el acreedor emprende una acción judicial para hacer valer su derecho, o si formula en el mismo sentido un requerimiento extrajudicial, o si el deudor reconoce en cualquier manera su propia deuda. A partir de esta interrupción, comienza de nuevo el transcurso del tiempo.

7. El curso de la prescripción se suspende: entre esposos; entre los que se hallan sometidos a la autoridad parental; a tutela o a curatela o a otra forma de protección o de asistencia análogas, como las previstas en los

diferentes sistemas, y los que las ejercen; entre aquéllos cuyos bienes son administrados y los que los administran, hasta que sean rendidas cuentas y éstas sean aprobadas; en cualquier otro caso previsto por la ley. Una suspensión se puede producir, sobre la base de un acuerdo entre el acreedor y el deudor cuando han decidido emprender tratos con vistas a una amigable composición, y en este caso por toda su duración. Desde que la suspensión cesa, el curso del tiempo se reanuda, al que hay que añadir el transcurrido antes del acontecimiento suspensivo.

8. El plazo de prescripción es de diez años para todo otro derecho o acción previstos en el presente Código, a menos que sea indicado un plazo diferente para las diversas situaciones.

Art. 135  
*Caducidad*

1. A la caducidad no se aplican ni las reglas relativas a la interrupción, ni las relativas a su suspensión, a menos que no sea dispuesto de otro modo por las reglas relativas a los diferentes tipos de contratos.

2. Los plazos de caducidad para la emisión de una declaración o para el cumplimiento de un acto, fijados para cada uno de los diferentes tipos de contrato, pueden ser modificados por acuerdo de las partes, pero en una medida tal que no rinda excesivamente difícil el ejercicio de la carga en cuestión.

Art. 136  
*Cálculo de los plazos*

Los plazos de prescripción y de caducidad se calculan de la manera prevista en el artículo 58 del presente Código.

**TÍTULO XI**  
**OTRAS ANOMALÍAS DEL CONTRATO**  
**Y SUS POSIBLES REMEDIOS**

**Sección 1ª**  
**Anomalías**

Art. 137  
*Inexistencia*

1. No existe contrato alguno en ausencia de un hecho, o de un acto, o de una declaración, o de una situación que pueda ser exteriormente reconocida y referida a la noción social de contrato.

2. En particular, no existe ningún contrato:
  - a) Si la oferta, o, en su caso, la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada, no tiene destinatario, o éste está privado de capacidad jurídica, a menos que exista un substrato de lo que podrá ser el sujeto mismo –como un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción– y en la esperanza de que venga a existencia en su plenitud;
  - b) si la oferta, o la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada, carecen de objeto;
  - c) si la aceptación –abstracción hecha de la que prevé el artículo 16, en los párrafos 6 y 7– no corresponde a la oferta a causa del contenido equívoco de esta última;
  - d) si el hecho, el acto, la declaración, o la situación, aun existentes, son incompletos, al punto de no poder valer en el plano jurídico ni siquiera como esquema contractual diferente y más reducido, ni en función de la superveniencia de otros elementos que se le pudieran añadir.
3. En caso de duda, se estimará que hay nulidad y no inexistencia.

### Art. 138

#### *Situación consecuyente con la inexistencia*

1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto que pudiera derivar en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el artículo 160 y de la responsabilidad aquiliana de conformidad con el artículo 161, ambos del presente Código.

2. La situación que se contempla en el artículo 137, párrafos 1 y 2, se produce por el solo hecho de las condiciones en que se presentan. No es susceptible de ninguna regularización o correctivo, y todo interesado puede tenerla en cuenta sin que a tal efecto corra ningún plazo de prescripción, y para prevalerse de ella puede también hacerla relevante por medio de una declaración de notoriedad, que lleve las indicaciones necesarias, dirigida al que debe levantar acta de ella, y puede también demandar una constatación judicial. Pero ninguna acción puede ser interpuesta antes que hayan pasado seis (o tres) meses de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar la posibilidad a las partes de definir la cuestión en el plano extrajudicial. Sin perjuicio de que, en caso de urgencia, se puedan pedir las medidas contenidas en el artículo 172.

Art. 139

*Tachaduras*

Las disposiciones que figuran en el artículo 138, párrafos 1 y 2, se aplican igualmente cuando una regla dispone que una cláusula o una expresión del contrato son reputadas como no escritas.

Art. 140

*Nulidad*

1. A menos que la ley disponga otra cosa, el contrato es nulo:
  - a) cuando resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa establecida para la protección del interés general o para la salvaguarda de situaciones de importancia social primaria;
  - b) cuando es contrario a cualquiera otra norma imperativa que sea aplicable;
  - c) cuando le falte uno de los elementos esenciales indicados en el artículo 5, párrafos 3 y 4;
  - d) en los otros casos indicados en el presente Código, en las leyes pertinentes de la Unión europea y en las de sus Estados miembros, que le sean asimismo aplicables;
  - e) en todas las hipótesis en que, en este Código o en una ley aplicable, se disponga que un elemento es requerido bajo pena de nulidad o para que el acto sea válido, o que existan expresiones equivalentes.
2. El párrafo 1 del presente artículo se aplica también a la cláusula de un contrato que puede ser tenido por válido en su parte restante, conforme al artículo 144.
3. En el supuesto de un conflicto entre las reglas de la Unión europea y las de los Estados miembros, serán estas últimas las que prevalezcan cuando sean de utilidad social nacional y, en particular, sean conformes a los preceptos constitucionales fundamentales en vigor en cada uno de los Estados y en relación con los principios de igualdad, solidaridad social y tutela de la persona humana.
4. En presencia de una prohibición de orden penal hay nulidad si la prohibición concierne al contrato en cuanto tal, es decir si penaliza, en el lugar de su comisión, el comportamiento de las dos partes. El

contrato cuya celebración está prohibida, si para concluirle, precisa una autorización específica de parte de un órgano público, cuando no ha sido previamente concedida, es por tanto nulo.

5. Si el cumplimiento de un contrato válido viene insertado en una actividad ilícita, el contrato no es considerado nulo para el contratante que no participa en el ilícito. El tiene, por tanto, la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación que le es debida y puede poner en marcha los remedios previstos en caso de incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso.

6. Salvo lo que prevé el artículo 137, párrafo 2, letra d), el contrato al que falta uno u otro de los elementos requeridos no es nulo para el caso en que la ley permita el mecanismo de la formación sucesiva del acto y cuando los elementos ya existentes son jurídicamente idóneos en función de la sobreveniencia de otros que determinen su carácter suficiente.

#### Art. 141

##### *Efectos de la nulidad*

1. Excepción hecha de lo que está previsto en los artículos sucesivos, la nulidad determina la ausencia, desde su origen, de cualquier efecto que sea en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de restitución contenidas en el artículo 160 y de la eventual responsabilidad aquiliana también en virtud del artículo 161.

2. La nulidad se produce por el simple hecho de que concurren las condiciones requeridas para ello, pero la parte que pretenda hacerla valer debe, antes de que transcurra el plazo de prescripción de diez años a partir de la conclusión del contrato, ponerla de relieve mediante una declaración dirigida a la contraparte, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2. Puede también, antes de que transcurra el citado plazo de prescripción instar una declaración judicial a este propósito; pero la acción no puede ser interpuesta antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses desde la recepción de la susodicha declaración, a fin de permitir a las partes definir la cuestión en el plano extrajudicial. Si el contrato no ha sido todavía cumplido, la excepción de nulidad prescribe en el momento en que prescriba la acción encaminada a demandar el cumplimiento del contrato mismo.

3. Queda a salvo la facultad de solicitar al juez, en caso de urgencia, las medidas contenidas en el artículo 172.

Art. 142

*Caducidad*

1. Cuando llega a faltar un elemento esencial para la validez del contrato por la superveniencia de un acontecimiento posterior a su formación e independientemente de la voluntad de las partes, la nulidad que se produce no tiene efecto retroactivo.

2. Salvo lo que está previsto en el párrafo anterior, las disposiciones concernientes a la nulidad se aplican a la caducidad.

Art. 143

*Confirmación del contrato nulo*

1. Los contratos que sean nulos por los motivos indicados en el artículo 140, párrafo 1, letra a), no son susceptibles de confirmación, ni de que les sea aplicable la nulidad parcial y la conversión así como cualquier otro remedio.

2. Los contratos que sean nulos por un motivo diferente de aquéllos que hace referencia el párrafo anterior, son susceptibles de confirmación.

Esta, tiene lugar, mediante un acto llevado a cabo por las propias partes por el que reproducen el contrato nulo, eliminando el motivo de la nulidad, obligándose a proveer a las restituciones que sean debidas y, además, a efectuar recíprocamente las prestaciones correspondientes, tal y como estas habrían debido ser, si el contrato hubiera sido válido desde el comienzo.

A dicho acto se aplica el artículo 36, párrafo 2.

3. Para llevar a cabo en tal modo la confirmación las partes pueden proceder como lo disponen los artículos 12 y siguientes del presente Código.

4. Las disposiciones del presente artículo serán aplicables también, en el caso de la simple cláusula de un contrato que puede ser considerado válido en el resto, sobre la base de lo que dispone el artículo siguiente.

Art. 144

*Nulidad parcial*

1. Salvo lo dispuesto en el art. 143, párrafo primero, si la nulidad alcanza únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, éste permanece

válido en la parte restante, siempre que esta última, posea por sí misma, consistencia y validez autónomas y realice de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. En los contratos complejos o con más de dos partes, si la nulidad alcanza a un solo contrato o a una sola de las partes implicadas, el principio contenido en el párrafo anterior es aplicable si, el contrato nulo, o, respectivamente, la vinculación de una sola de las partes, no revisten un alcance esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto.

3. La regla contenida en el párrafo primero del presente artículo, no se aplica si, del acto o de sus circunstancias, resulta una voluntad diferente de las partes.

4. La nulidad parcial se produce por el solo hecho de que concurren las condiciones para ello requeridas; pero la parte que desee hacerla valer, debe, antes de que termine el plazo de prescripción de tres años, que empieza a correr desde la fecha de conclusión del contrato, dirigir a la contraparte una declaración a tal efecto, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36, párrafo 2. Puede, además, antes de que transcurra el mismo plazo de prescripción, instar una declaración judicial; pero no podrá ser emprendida acción alguna antes de que hayan pasado seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar la posibilidad a las partes de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo, la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el art. 172.

5. La nulidad parcial no se produce si la cláusula o parte nula viene sustituida por una cláusula o una parte diferente, por efecto de una regla imperativa o en virtud de la regla de la conversión contenida en el artículo 145.

## Art. 145

### *Conversión del contrato nulo*

1. Con independencia de lo que dispone el artículo 40, párrafo 2, y el artículo 143, párrafo 1, el contrato nulo produce los efectos de un contrato diferente y válido, si contiene sus elementos de fondo y de forma, de modo que permita realizar de manera razonable el fin perseguido por las partes.

2. La regla contenida en el párrafo anterior se aplica igualmente a una simple cláusula de un contrato.

3. La conversión no tiene lugar cuando del contrato o de sus circunstancias resulta una voluntad diferente de las partes,

4. La conversión se produce por el simple hecho de que concurran las condiciones para ello requeridas; pero la parte que intente hacerla valer, dentro del plazo de prescripción de tres años, que empieza a contarse desde la fecha de conclusión del contrato, debe dirigir a la contraparte una declaración a este efecto, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican los artículos 21 y 36, párrafo 2. Puede, además, antes de que transcurra el mismo plazo de prescripción, instar una constatación judicial; pero no podrá ser interpuesta acción alguna antes de que transcurran seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de que las partes puedan tener la posibilidad de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

5. Las reglas del presente artículo se aplican también al contrato anulado. Por lo que concierne al contrato ineficaz se reenvía a lo que dispone el artículo 153, párrafo 3.

#### Art. 146

#### *Anulabilidad*

1. La anulabilidad tiene lugar en los casos indicados en el párrafo siguiente y puede hacerse valer únicamente por la parte a la que la ley otorga una tal facultad.

2. El contrato es anulable:

- a) en el caso de incapacidad de una de las partes, como lo prevé el artículo 150;
- b) cuando media un vicio del consentimiento, como lo prevén los artículos 151 y 152.
- c) en los supuestos contenidos en los artículos 67 y 68;
- d) en cualquier otro caso expresamente previsto por la ley.

3. El presente artículo es aplicable también a la simple cláusula de un contrato o a la vinculación de una de las partes a un contrato plurilateral, cuando la una y la otra posean, por sí mismas, una consistencia y una relevancia jurídica autónomas con relación al negocio en su conjunto.

## Art. 147

### *Efectos de la anulación*

1. La anulación invalida el contrato con efecto retroactivo, es decir a partir de su conclusión, y las dos partes vienen obligadas a proceder a las restituciones recíprocas correspondientes como lo prevé el artículo 160.

2. La disposición establecida en el párrafo precedente no será aplicable si la restitución llega a ser imposible o excesivamente onerosa para la parte que debe efectuarla. En este caso, la anulación invalida el contrato a partir del momento en que tiene lugar la declaración prevista en el artículo 148, aplicándose la regla contenida en el artículo 160, párrafo 4.

3. La anulación del contrato determina –a cargo del que por su comportamiento lo haya provocado, en el sentido del artículo 162– la obligación de reparación del perjuicio sufrido por la otra parte, en la medida indicada en el artículo 6, párrafo 4.

## Art. 148

### *Modalidades y plazos de anulación*

1. Para proceder a la anulación del contrato la parte para ello legitimada, o si es incapaz, su representante legal, deben dirigir a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

2. Ninguna acción puede ser interpuesta antes de que transcurran seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de que las partes tengan la posibilidad de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

3. La parte que no está en condiciones de efectuar la restitución como lo prevé el artículo 147, párrafos 1 y 2, no puede proceder a la anulación, dejando a salvo los límites previstos por el artículo 150, párrafo 4, a favor de los incapaces.

4. La contraparte, o todo interesado, puede intimar al legitimado –o si este último es incapaz, a su representante legal– a declarar en un plazo no inferior a sesenta días, si cuentan proceder o no a la anulación del contrato. Una vez que ha transcurrido en vano este plazo, se entiende a todos los efectos que el legitimado o su representante legal, han renunciado a hacerlo.

A la susodicha interpelación se aplican las disposiciones precedentes, contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

5. La anulación del contrato está sometida al plazo de prescripción de tres años. Este período corre a partir del día en que ha cesado la incapacidad o la violencia, o bien a partir del día en que se ha descubierto el error y, en los otros casos, a contar del día de la conclusión del contrato. Pero la declaración de anulación, conforme al párrafo 1 del presente artículo, puede ser emitida y opuesta como excepción de cumplimiento del contrato por quién resulte demandado, aun después de transcurrido el plazo de tres años.

#### Art. 149

##### *Mantenimiento y confirmación del contrato anulable*

1. La anulación no tiene lugar si, en el plazo indicado para ello en la declaración de la parte que proceda a instarla (o, si no ha sido precisado plazo, en un término razonable), la contraparte se compromete al cumplimiento del contrato conforme al contenido y a las modalidades, respecto de las que dicha parte entendía haber concluido el contrato, o a efectuar las prestaciones acordadas por las partes, aptas para asegurar un resultado sustancialmente análogo, o que sea aceptable por la parte interesada.

2. El contrato anulable puede ser confirmado, permaneciendo entonces en vigor a todos los efectos, si el contratante cualificado para instar la anulación o su representante legal, declaran, observando la disposición contenida en el artículo 36, párrafo 2, renunciar a la anulación o cumplen voluntariamente el contrato mismo. La confirmación supone que el susodicho contratante, o si es incapaz, su representante legal, se encuentran en condiciones de concluir un contrato válido y sean, además, plenamente conscientes de los motivos de la anulabilidad.

#### Art. 150

##### *Contrato concluido por un incapaz*

1. En los supuestos previstos en el artículo 5, párrafo 2, el contrato concluido por:

- a) un menor no emancipado;
- b) una persona declarada legalmente incapaz sin que en la estipulación intervenga la persona que deba representarle o asistirle legalmente;

- c) una persona que, aun a título transitorio, no se halla en condiciones de entender o de querer:
- d) una persona cuyas facultades físicas son alteradas hasta el punto de no poderle permitir expresar su voluntad, como el sordomudo que no sabe leer y escribir; es anulable como lo prevén los artículos 146 y siguientes, a menos que del contrato en cuestión no deriven más que ventajas para el incapaz.

2. El contrato no es anulable si el menor ha ocultado por engaño su edad o si la contraparte era de buena fe, porque las condiciones de enfermedad mental del incapaz no eran descubribles, o su estado declarado de incapacidad no era fácilmente identificable.

3. El contrato concluido por un incapaz no es además anulable, en la hipótesis prevista por el artículo 5, párrafo 1, si ha obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional, y si se trata de uno de los actos usuales en su vida cotidiana que comportan un gasto modesto y son efectuados con empleo de dinero o de medios provenientes de actividades de trabajo permitidas al incapaz, o bien por haber sido puestos legalmente a su disposición a fin de que pueda disponer libremente.

4. Una vez anulado el contrato, el incapaz viene obligado a la restitución de lo que haya recibido, conforme al artículo 160, párrafo 8, en los límites en que haya obtenido una ventaja efectiva.

5. Los terceros que han garantizado el contrato estipulado por un incapaz responden del contrato en cuestión frente a la contraparte, aun si el contrato ha sido anulado, estando preservado su derecho de reintegro, si ha lugar, sobre el incapaz o sobre su representante legal.

## Art. 151

### *Contrato viciado por error*

1. El error unilateral hace anulable el contrato si intervienen las condiciones siguientes:

- a) si es relativo a un elemento o a un aspecto, económico o jurídico, fundamental del contrato y cuya presencia reviste tanta importancia que es determinante del consentimiento;
- b) si es además provocado por una declaración engañosa o por una actitud reticente, injustificada, de la contraparte, o aun cuando ésta

última se da cuenta del error y de su importancia determinante o habría debido darse cuenta utilizando una normal diligencia.

2. Si la declaración engañosa proviene de un tercero, el contrato es anulable cuando el engaño era conocido por la contraparte que él ha obtenido una ventaja.

3. Si las condiciones contenidas en el párrafo 1 no intervienen, el error que no depende de una negligencia grave de la parte que es víctima de ella permite a ésta proceder a la anulación del contrato, únicamente, cuando se ponga de manifiesto que para ella queda totalmente privado de interés e indemnice a la contraparte del perjuicio que ella ha sufrido por haber creído en la validez y en el cumplimiento puntual del contrato.

4. Si existen las condiciones contenidas en el párrafo 1, letra b), del presente artículo, el error no hace anulable el contrato sino que permite a la parte que ha sido víctima del mismo pretender una rectificación de la entidad de la prestación que le es debida o la reparación del perjuicio, cuando:

- a) se trata de un error de cálculo, a menos que éste sea de una entidad tal que deba considerarse como determinante del consentimiento;
- b) el error recae sobre un elemento secundario o no ha tenido un efecto determinante del consentimiento, es decir, cuando el contrato en cuestión hubiera sido en todo caso concluido, pero con condiciones diferentes.

5. La parte que hace valer el error no puede proceder a la anulación del contrato si ello se revela contrario a la buena fe; y cuando, a pesar de ello, persiste en su pretensión después de la réplica motivada de la contraparte, puede ser condenada, una vez evaluadas las circunstancias, a entregar a la contraparte una indemnización equitativa.

6. Las disposiciones contenidas en los párrafos precedentes se aplican, aun si el error tiene lugar sobre la declaración o cuando ella es transmitida de manera inexacta a la contraparte, por la propia persona o por la oficina que se encargue de ello.

7. El error común, concerniente a las circunstancias determinantes, aun cuando no sean expresamente mencionadas, que en la convicción de las partes han acompañado la conclusión del contrato o relativo a la imposibilidad objetiva de su cumplimiento, o la previsión errónea

concerniente a la realización de un acontecimiento, aun no expresamente declarado pero que en la economía del contrato reviste una importancia determinante, rinden anulable el contrato en cuestión por iniciativa de cualquiera de ellas.

## Art. 152

### *Contrato viciado por violencia moral*

1. Con independencia de lo que se halla previsto en el artículo 30, párrafo 1, el contrato es anulable si ha sido concluido bajo el efecto determinante de intimidaciones o de amenazas graves, en la medida de impresionar con ellas a toda persona normal, cuando hayan sido dirigidas a la parte, o a sus próximos, por la contraparte o aun por un tercero, pero, en éste último caso, únicamente cuando la contraparte ha sido consciente de la actuación del tercero y obtenido por ello una ventaja.

2. La amenaza de hacer valer un derecho podrá ser causa de anulación del contrato únicamente cuando ella sirve para conceder ventajas injustas.

3. Salvo lo que se prevé en el artículo 156, el miedo reverencial hace anulable el contrato únicamente cuando resulta de la circunstancia, según la cual, el que lo ha causado, era consciente de la influencia determinante que podía tener sobre la otra parte, y que, además, obtenga de ello ventajas injustas.

## Art. 153

### *Ineficacia*

1. Un contrato válidamente concluido será ineficaz —es decir no producirá temporal o definitivamente los efectos jurídicos para los cuales ha sido concertado— o por voluntad de las partes, o por decisión de la ley, como lo prevén los párrafos siguientes.

2. Es ineficaz por voluntad de las partes:

- a) el contrato simulado, conforme al artículo 155, salvo lo que está allí previsto;
- b) el contrato sometido a condición suspensiva o resolutoria, o a plazo inicial o final, como lo prevén los artículos 49 y siguientes;
- c) el contrato en el que, para su eficacia, las partes han convenido como necesaria la autorización de un órgano público, la aprobación o la cooperación de un tercero o una condición preliminar parecida, antes de que ellas intervengan.

3. El contrato ineficaz por voluntad de las partes, adquiere una eficacia inmediata mediante revocación consensual del acuerdo de simulación o del relativo a la condición, al plazo, o a las condiciones preliminares que figuran en la letra c) del párrafo precedente.

4. Es ineficaz por disposición de la ley, con independencia de lo que disponen los párrafos 1, 4 y 6 del artículo 140:

- a) el contrato que ha sido concluido o la declaración que ha sido emitida de buena fe sin que haya conciencia de llevar a cabo un acto destinado a tener efectos jurídicos;
- b) el contrato por el cual la ley prevé como condición de eficacia, y por tanto no bajo pena de nulidad, la entrega de la autorización de un órgano público o la aprobación de un particular, o una semejante condición preliminar, antes de que intervengan las citadas autorizaciones, aprobaciones o condición preliminar;
- c) el contrato en los casos en que, en el presente Código o en las leyes comunitarias o en las de los Estados miembros de la Unión europea, se precise que queda sin efecto o que no tiene efecto o que así resulte de expresiones que posean una significación análoga.

5. El contrato que se revela definitivamente ineficaz en virtud de lo dispuesto en las letras b) y c) del párrafo cuarto de este artículo es susceptible de confirmación, de eficacia parcial, y de conversión como lo prevén respectivamente los artículos 143, 144 y 145.

6. La ineficacia se produce por el solo hecho de que se hallen presentes las condiciones que dan lugar a ella; pero en los casos que figuran en las letras a) y c) del párrafo 4 del presente artículo, todo interesado que la quiera hacer valer debe dirigir, a quien corresponda recibir el requerimiento, una declaración conteniendo las indicaciones necesarias, antes que transcurra el plazo de prescripción de tres años; y puede igualmente, dentro del mismo tiempo, demandar una constatación judicial al respecto. Pero antes de que hayan pasado seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, no puede interponer acción alguna, a fin de que las partes tengan la posibilidad de solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

## Art. 154

### *Inoponibilidad*

1. Son inoponibles a los terceros o únicamente a ciertos terceros:
  - a) el contrato disimulado que figura en el artículo 155 en relación con lo que aquí se dispone;
  - b) dejando aparte lo que prevé el artículo 140, párrafo 1, letra a), el contrato concertado en violación de una disposición dirigida a proteger personas determinadas o sin la observación de las prescripciones de forma o de publicidad dispuestas a favor de terceros;
  - c) el contrato concluido conscientemente entre las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas; en éste caso el acreedor puede con efecto retroactivo hacerle inoponible por medio de una declaración, enviada a las dos partes, antes del plazo de prescripción de tres años;
  - d) las situaciones y las relaciones de hecho que encubren contratos nulos o llevadas a cabo para darles curso;
  - e) El contrato y el acto en relación con los que en el presente Código –o en las reglas comunitarias o de los Estados miembros de la Unión europea que sean aplicables– se precise que son inoponibles a los terceros o a personas determinadas o que así resulten serlo de expresiones análogas.

2. La inoponibilidad se produce por el solo hecho de que concurran las condiciones para ello requeridas; pero todo interesado en sacar provecho de ella debe enviar una declaración, que contenga las indicaciones necesarias, a quién deba ser requerido, antes de que transcurra el plazo de prescripción de tres años; pudiendo también antes de su expiración demandar una constatación judicial a tal efecto. Pero antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses a contar de la recepción de susodicha declaración, no puede ser interpuesta acción alguna, a fin de dar a las partes la posibilidad de solventar la cuestión de modo extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

## Art. 155

### *Simulación y reserva mental*

1. Dejando a salvo toda disposición comunitaria o en vigor en los Estados miembros de la Unión europea que sea aplicable, cuando las partes llevan

a cabo un contrato simulado, es decir solamente en apariencia, éste es ineficaz; y si ellas mismas entienden además concluir un contrato diferente, disimulado, este último es el que tiene efecto, siempre que venga dotado de los elementos necesarios de fondo y de forma y que la simulación no se haya efectuado en fraude de un acreedor o de la ley; en este caso, serán nulos los dos, tanto el contrato simulado como el disimulado.

2. El tercero, aparte de su facultad de alegar la inoponibilidad del contrato disimulado, puede igualmente declarar que quiere hacerlo valer en su provecho, conforme a sus intereses lícitos; no poniéndose ningún límite a la prueba que sea formulable para los citados fines.

3. Las partes contratantes, para hacer valer el contrato disimulado, después de haber emitido a tal efecto una declaración apropiada, conteniendo las indicaciones necesarias y a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2, no pueden recíprocamente prevalerse de la prueba testifical, sino únicamente de la prueba documental. La prueba testifical no es admisible más que para llegar a establecer que el contrato documentado es ilícito o de toda manera nulo.

4. Cuando una parte emite una declaración no conforme a su voluntad dirigiéndose a otro, la declaración en cuestión vincula, a pesar de todo, en el sentido que el destinatario la pueda interpretar de buena fe, a menos que este último sea consciente de la reserva mental; en éste caso, la declaración produce para el destinatario y los terceros los mismos efectos que los de un acto simulado, conforme a los párrafos precedentes.

## **Sección 2ª**

### **Remedios**

#### **Art. 156**

##### *Rescisión por lesión*

1. Aparte de lo que se halla previsto para la usura por las reglas comunitarias o en vigor en los Estados miembros de la Unión europea que sean aplicables, en la hipótesis prevista en el artículo 30, párrafo 3, la parte que desee proceder a la rescisión del contrato debe dirigir a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

2. Pero no podrá ser emprendida ninguna acción hasta que transcurran seis (tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración,

a fin de que las partes tengan la posibilidad solventar la cuestión de manera extrajudicial, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

3. La contraparte o todo interesado pueden intimar a la persona legitimada –o cuando este último es incapaz, a su representante legal– para que declare en un plazo no inferior a sesenta días si ellos cuentan o no con hacer valer la rescisión del contrato. Una vez que ha transcurrido en vano este plazo, se entiende a todos los efectos que el sujeto cualificado o su representante legal han renunciado a ello. A la citada intimación se aplican las reglas contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

4. La rescisión del contrato se sujeta al plazo de prescripción de un año a contar de la fecha de la conclusión del mismo. Dicho plazo se aplica también a la excepción de rescindibilidad.

5. La intención o en todo caso la conciencia en una de las partes de abusar de la situación de inferioridad o de inexperiencia de la contraparte pueden resultar de las circunstancias; pero deben ser excluidas en los contratos aleatorios y cuando la propia contraparte ha manifestado la voluntad de entregar una suma elevada en razón de una afección particular respecto del objeto del contrato, o bien cuando, de las relaciones entre las partes, pueda deducirse que han querido concluir un contrato mixto, a título tanto oneroso como lucrativo.

6. El contrato rescindible no es objeto de confirmación, pero la rescisión no tiene lugar si su contenido es conforme a la equidad sobre la base del acuerdo de las partes o, a instancia de una de ellas, por decisión judicial.

## Art. 157

### *Nueva negociación del contrato*

1. Cuando se producen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97, párrafo primero, la parte que pretende hacer valer la facultad, prevista por dicha regla, debe dirigir a la contraparte una declaración conteniendo las indicaciones necesarias y precisar, además –bajo pena de nulidad de la petición– las diferentes condiciones que propone para mantener en vida el contrato en cuestión. A ésta declaración se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, letra 2.

2. Pero no se podrá interponer acción alguna, antes de que transcurran seis (o tres) meses, a contar de la recepción de la susodicha declaración, a

fin de dar a las partes la posibilidad de solventar la cuestión por medios extrajudiciales, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

3. Cuando tiene lugar el caso previsto en el párrafo primero, la contraparte puede dirigirse a la parte cualificada para ejercer la facultad que aquí se prevé, para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no demandar la renegociación del contrato. Si este plazo transcurre inútilmente, se considera a todos los efectos que la persona en cuestión ha renunciado a ello. A la citada intimación se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

4. Si antes del plazo a que se refiere el párrafo segundo del presente artículo, las partes no llegan a un acuerdo, la persona legitimada tiene el deber, en los sesenta días siguientes, bajo pena de caducidad, de plantear su petición ante el juez, según las reglas de procedimiento aplicables en el lugar donde el contrato deba ser cumplido.

5. El juez, después de haber valorado las circunstancias y habida cuenta los intereses y las peticiones de las partes, puede, disponiendo eventualmente la práctica de un dictamen pericial, modificar o dejar sin efecto el contrato en su conjunto o en la parte incumplida, y, si ha lugar, y cuando ello le ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño.

## Art. 158

### *Confirmación o negación judicial de la resolución*

1. Las declaraciones a que se refiere el artículo 114, párrafos 1 y 2, pueden ser dirigidas a la contraparte también por intermedio de una demanda judicial, en la que pueden ser reclamadas asimismo las restituciones y los daños y perjuicios.

2. Aparte del supuesto a que se refiere el párrafo anterior, ninguna acción podrá ser interpuesta antes de que hayan transcurrido seis (o tres) meses a contar de la recepción de las declaraciones indicadas en el artículo 114, párrafos 1 y 2, a fin de que las partes puedan disponer de un medio para componer de manera extrajudicial la controversia. Queda a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

3. Cuando el derecho de proceder a la resolución del contrato es sometido a examen del juez, éste puede ejercer los poderes de apreciación

y de decisión que están previstos en los artículo 93 y siguientes. En particular el juez:

- a) puede confirmar, sin más, la resolución advenida, conforme a la declaración del acreedor, y además condenar a las restituciones y a los daños y perjuicios, como lo prevén los artículos 162 y siguientes;
- b) puede negar la resolución del contrato, si no se presentan en el mismo las condiciones requeridas para ello, sobre la base de lo dispuesto en el título VIII, declarando, si tal es el caso, que el deudor puede proceder a su cumplimiento y que el acreedor debe aceptarlo;
- c) puede conceder al deudor, conforme a las reglas indicadas más arriba, una prórroga del plazo de cumplimiento, o un fraccionamiento del mismo, o la posibilidad de eliminar en un plazo razonable los defectos de la cosa entregada, o de demoler y de volver a poner, en el estado en que estaba, lo que ha hecho y que no había debido hacer, o de entregar una cosa o de efectuar una prestación diferente, o de reemplazar las cosas o los materiales empleados, o de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, o de enviar técnicos que aseguren el funcionamiento de la cosa entregada, o de acordar al deudor otros beneficios, así como efectuar las valoraciones previstas por las reglas más arriba indicadas; declarar que el contrato es considerado como sin efecto, si el deudor no se prevale, antes del término que le ha sido fijado, de los citados beneficios o se prevale de ellos de una manera inadecuada, quedando a salvo, en todos los supuestos aludidos, la condena a la reparación del perjuicio;
- d) además, según la evaluación de todas las circunstancias, habida cuenta las causas de incumplimiento y los intereses de las partes, haciendo aplicación del principio de la buena fe, puede declarar la resolución únicamente de manera parcial o precisando que el deudor no viene obligado a ninguna indemnización, o condenar al deudor a la reparación de daños sin declarar que el contrato queda sin efecto en interés del acreedor.

#### Art. 159

##### *Desistimiento efectuado por un consumidor*

1. En el caso previsto por el artículo 9, el consumidor insatisfecho o que ha cambiado de idea tiene el derecho de desistir del contrato o de su oferta contractual, enviando a la contraparte, o con el mismo efecto a la persona

que ha concluido la negociación, una declaración escrita en la que se puede limitar a expresar su intención de desistir del contrato o de su oferta.

2. La citada declaración, a la que se aplica el artículo 21, debe ser enviada según las modalidades y, además, en los plazos previstos por las disposiciones comunitarias, en relación con el hecho de que el consumidor haya sido o no haya sido plenamente informado de su derecho a desistir. Estos plazos corren a partir de las fechas indicadas por las disposiciones en cuestión.

3. En el momento en que la declaración que figura en el párrafo primero de éste artículo es conocida o es reputada conocida por su destinatario, las partes quedan liberadas de sus obligaciones respectivas, con excepción de lo que se prevé en el párrafo 4 del presente artículo, quedando a salvo el derecho del consumidor a ser indemnizado del perjuicio que la cosa entregada le ha procurado sobre la base de lo que dispone el artículo 162. Esta disposición no impide ninguna otra, de las disposiciones comunitarias, ni de las que se hallen en vigor, en los Estados miembros de la Unión europea, que infligen sanciones específicas a cargo del comerciante que no haya, plena y exactamente, informado al consumidor de su derecho de desistimiento.

4. El consumidor debe restituir a la contraparte las cosas que le hayan sido entregadas, en cumplimiento del contrato del que ha desistido, como lo disponen las citadas disposiciones comunitarias. Asimismo, la contraparte, en los plazos y en las modalidades previstas, por aquellas últimas, debe restituir al consumidor las sumas que hayan sido pagadas por éste.

5. El consumidor no puede renunciar a su derecho a desistir del contrato o de su oferta contractual, y todo pacto contrario a las disposiciones que figuran en el presente artículo y en el artículo 9 es nulo, conforme al art. 140, párrafo 1, letra a).

## Art. 160

### *Restitución*

1. Salvo lo previsto en el párrafo 9, las partes a cuyo favor han sido efectuadas las prestaciones en relación con un contrato inexistente, nulo, anulado, ineficaz, rescindido, resuelto, o del que se haya desistido, quedan obligadas a restituirse recíprocamente lo que ellas hayan recibido, como lo prevé el presente artículo; y cada una de ellas puede rechazar

el hacerlo en tanto que la contraparte no se halle dispuesta a ello o no se ofrezca a hacerlo.

2. La demanda de restitución debe ser efectuada por envío, a la contraparte cualificada para ello o legitimada, de una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, a la que se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2; pero antes de que transcurran seis (o tres) meses a contar de la recepción de la susodicha declaración, no puede ser interpuesta acción alguna, con el fin de que las partes tengan la posibilidad de solventar la cuestión por medios extrajudiciales, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el art. 172.

3. La restitución se debe efectuar en principio en forma específica, a menos que sea material o jurídicamente imposible o excesivamente onerosa para el que deba proceder a ello, habida cuenta el interés de la contraparte, o si no es ventajosa para ella visto el estado de conservación de la cosa a restituir. Cuando se produzcan semejantes situaciones, la restitución debe ser efectuada por entrega a la contraparte de una suma de dinero razonablemente equivalente; suma de dinero que, a falta de acuerdo entre las partes, es determinada en su cuantía por el juez como deuda de valor, haciéndose valer la posibilidad de proceder a un cálculo equitativo, compensatorio de las restituciones recíprocamente debidas por las dos partes.

4. En cualquier caso, aun si la restitución en forma específica es posible, la posibilidad de elegir entre ella y una suma de dinero, determinada conforme a lo que dispone el párrafo anterior, pertenece a quién tiene el derecho de obtenerla a menos que ésta opción sea contraria a la buena fe.

5. Cuando se trata de restituir una suma de dinero, se deberán agregar los intereses, y, si ha lugar, una suma suplementaria por revalorización: y ésta a contar desde día en que la prestación en dinero fue en su tiempo efectuada, si el que la ha recibido era de mala fe, y, al contrario, a partir del que la restitución ha sido reclamada, si era de buena fe. Si se trata de restituir una cosa, una suma de dinero también será debida por su empleo o por su depreciación –a cuyo importe hay que agregar los intereses y, si ha lugar, la revalorización– suma que, en ausencia de acuerdo por las partes, es determinada por el juez.

6. Los intereses son debidos según lo dispone el artículo 169, párrafo 3. El cálculo de revalorización debe ser efectuado como lo prevé el artículo 169, párrafo 4.

7. Si la prestación efectuada en tiempo consistía en una actividad lícita, efectuada en ventaja de la contraparte, la que la ha realizado tiene derecho a una remuneración equitativa que, a falta de acuerdo entre las partes, es determinada por el juez, quedando a salvo la posibilidad de proceder a un cálculo compensatorio, como lo prevé el párrafo tercero in fine de este artículo.

8. El incapaz está obligado a restituir lo que le ha sido prestado en los límites prevenidos en el artículo 150, párrafo 4.

9. No tienen derecho a obtener las restituciones que figuran en este artículo, los sujetos que han efectuado prestaciones en cumplimiento de contratos que constituyan delitos, comportando consecuencias penales o que estén en contraste con las buenas costumbres o con el orden público, y no así, al contrario, con el orden público económico, y además la parte que ha efectuado una prestación para un fin que, aun solamente para ella, presenta los citados caracteres. Esta regla no se aplica a las prestaciones efectuadas por un incapaz, por el que ha ignorado cometer un acto inmoral o que presente los citados caracteres o cuando haya actuado por coacción. Quedando a salvo las disposiciones comunitarias, o de los Estados miembros de la Unión europea, que disponen para casos semejantes la confiscación de las citadas prestaciones.

#### Art. 161

##### *Protección de los terceros*

1. En todos los supuestos de inexistencia, nulidad, anulación, ineficacia, inoponibilidad, rescisión, resolución y desistimiento, cada parte es responsable de los daños que, a causa de su comportamiento, sufran los terceros por haber de buena fe contado con la apariencia del contrato así creado, si el acto en cuestión es nulo o ha tenido un efecto diferente de la nulidad.

2. La reparación del daño viene regulada por las disposiciones que figuran en los artículos 162 y siguientes, en la medida que ellas sean compatibles.

#### Art. 162

##### *Condiciones de la responsabilidad contractual*

1. En caso de incumplimiento, de incumplimiento inexacto o de retraso, el deudor está obligado a reparar los daños que, razonablemente, deben

ser considerados que constituyen su consecuencia. Quedando a salvo lo que prevé el párrafo 3 de éste artículo, el deudor queda liberado de la responsabilidad si demuestra que el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o el retraso, no son atribuibles a su conducta, sino producidos como consecuencia de una causa (extraña) imprevisible e irresistible.

2. El principio anterior, que figura en el párrafo 1 que precede, se aplica a cualquier otro hecho o situación considerados fuente de responsabilidad por daños en las reglas del presente Código.

3. En los casos previstos por el artículo 75, párrafo 3, el deudor queda liberado de la responsabilidad por daños si demuestra haber adoptado la diligencia requerida en la situación específica, como se indica en la citada disposición, y si suministra las pruebas exigidas en el artículo 94, párrafo 3. Si el deudor de una prestación profesional ha obrado al cumplirla, con el consentimiento del que ha sufrido el perjuicio, o de los que se son próximos, o del que está encargado de su representación o asistencia legal, estando debidamente informados, en un terreno en el que la experiencia científica no ha alcanzado todavía resultados consolidados, responde solamente si se comporta con culpa grave.

4. La reparación que debe el deudor, a menos que haya obrado con dolo o culpa, queda limitada al daño del que –sobre la base del texto del contrato, de las circunstancias, de la buena fe y de los usos– se deba razonablemente considerar que él ha implícitamente asumido, en tanto que persona normalmente avisada, al momento de la estipulación del contrato, la obligación de responder.

5. A falta de un acuerdo diferente, el deudor es responsable conforme al párrafo 1 de este artículo, aun cuando ha recurrido, para el cumplimiento del contrato, a auxiliares o a terceros, quedando a salvo su derecho de repetir, si ha lugar, sobre estos últimos.

6. Salvo pacto en contrario, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto o de retraso, relativos a un contrato en el que existan muchos deudores, se aplica para la reparación del daño alcanzado la regulación prevista en el artículo 88.

7. La existencia del daño debe ser probada y la entidad del mismo verificada, o bien debe ser cuantificable como lo prevé el artículo 168, párrafo 1.

Art. 163

*Daño patrimonial reparable*

1. El daño patrimonial reparable comprende:

- a) tanto la pérdida sufrida,
- b) como la ganancia dejada de obtener, o que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas, habida cuenta las circunstancias particulares y las medidas que ha adoptado. Forma parte de la ganancia dejada de obtener, la pérdida de una probabilidad de ganancia que se pueda considerar, con certeza razonable, que se hubiera producido y que debe ser evaluada con referencia al momento del incumplimiento del contrato.

2. El daño patrimonial reflejo, sufrido por el que posee un derecho de crédito frente a la víctima del daño, no es reparable más que en caso de fallecimiento o de lesiones graves cuando hayan alcanzado a este último.

Art. 164

*Daño moral reparable*

1. El daño moral es reparable:

- a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocada por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso en el caso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto;
- b) en caso de dolores físicos como condición de sufrimiento corporal, aun si no va acompañado de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales;
- c) en los atentados contra la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables.

2. El daño moral reflejo no es reparable más que si ha sido sufrido por los más próximos parientes o el cónyuge del difunto.

Art. 165

*Daño futuro y eventual*

1. El daño futuro es reparable y calculable como lo prevé el artículo 168, párrafo 1, si existe la certeza razonable de que el incumplimiento o

el retraso no han agotado su eficacia causal, a menos que la parte víctima del daño se reserve exigir su reparación, también de manera separada, después que se haya producido.

2. El daño eventual, que se teme pueda verosíblemente producirse en el futuro, no da lugar a reparación antes de que se haya producido, pero el juez puede adoptar medidas conservatorias como lo prevé el artículo 172.

## Art. 166

### *Función y modalidades de la reparación*

1. Salvo las flexibilizaciones aportadas por las disposiciones sucesivas, la reparación debe cumplir en general su función específica tratando de eliminar las consecuencias dañosas del incumplimiento, del incumplimiento inexacto, del retraso, o de otras situaciones, en relación con las que, según las reglas del presente Código, la reparación es debida; y debiendo producirse, en general, creando ese estado de hecho que existiría si las citadas situaciones no se hubieran producido.

2. De este modo, cuando es posible, la reparación debe efectuarse por intermedio de un cumplimiento o de una restitución bajo forma específica, completadas, si es necesario, por una indemnización en dinero. Sin embargo, cuando esto no es posible, en todo o en parte, o es excesivamente oneroso para el deudor, habida cuenta el interés del acreedor, y, en todo caso, cuando este último lo reclama, la reparación debe ser efectuada por entrega de la suma de dinero que corresponda.

3. En particular, cuando no se halla dispuesto diversamente en otra regla de este Código o cuando la situación concreta no exige necesariamente una solución diferente, el resultado de la reparación debe estar en la medida de procurar al acreedor o, en los casos previstos, a los terceros:

- a) la satisfacción de su interés (positivo) a que el contrato sea puntualmente cumplido, teniendo igualmente en cuenta los desembolsos y los gastos que ha debido realizar y que habrían sido compensados por su cumplimiento, cuando el daño proviene de incumplimiento, o de cumplimiento inexacto o de retraso.
- b) a satisfacción de su interés (negativo) a que el contrato no haya sido concluido o a que la negociación no haya tenido efecto, en los otros casos, y, en particular, cuando el daño proviene de la inexistencia,

de la nulidad, de la anulación, de la ineficacia, de la rescisión, de la falta de conclusión del contrato o de otros supuestos similares.

4. La entidad de los daños y perjuicios debe sin embargo ser calculada teniendo en cuenta las ventajas que el deudor, en relación con el contrato, ya le ha procurado, sin recibir ninguna retribución, al acreedor, y a los que este último, ni puede ni quiere renunciar.

5. Quedan a salvo las reglas de este Código que, en casos determinados, prevén modalidades particulares para la reparación del daño.

#### Art. 167

##### *Hecho del acreedor*

1. Ninguna reparación es debida por el daño que no se habría producido si el acreedor hubiera adoptado las medidas necesarias por su cuenta, antes de que aquél se produzca.

2. El agravamiento del daño que el acreedor hubiera podido impedir, después de que se haya producido, adoptando las medidas necesarias, no es reparable.

3. Si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, la reparación es disminuida en relación con las consecuencias que de ella han derivado.

4. El hecho del que el deudor no haya sido advertido por el acreedor de riesgos particulares, conocidos por él o que él hubiera debido conocer, y que habrían comportado el cumplimiento, es apreciable conforme al párrafo precedente.

#### Art. 168

##### *Evaluación equitativa del daño*

1. Si la existencia del daño queda probada, o no es en modo alguno discutida, pero la determinación de su montante preciso se revela imposible o excepcionalmente difícil, aun recurriendo a dictámenes periciales, se admite una evaluación equitativa del mismo, evaluación que deberá ser efectuada sobre la base de pruebas parciales y de elementos dignos de fe suministrados por las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en cuestión, según el método de la presunción, aplicada con un criterio particularmente prudente de probabilidad y de verosimilitud.

2. Habida cuenta el comportamiento, el interés y las condiciones económicas del acreedor, el juez puede equitativamente limitar la entidad de los daños y perjuicios:

- a) si la reparación integral se revela desproporcionada y crea para el deudor consecuencias manifiestamente insostenibles, teniendo en cuenta su situación económica, y cuando el incumplimiento, el cumplimiento inexacto o el retraso no dependen de su mala fe;
- b) en el caso de falta leve del deudor, sobre todo en aquellos contratos en los que no está previsto, en su favor, ninguna retribución por la prestación que el debe.

### Art. 169

#### *Reparación en las obligaciones pecuniarias*

1. Salvo las reglas particulares en el comercio y en la fianza, el deudor, para las obligaciones pecuniarias en caso de incumplimiento o de cumplimiento inexacto o de retraso, está en todo caso obligado a la reparación a favor del acreedor, sin que éste deba probar la existencia de un perjuicio, y sin que el propio deudor pueda invocar la circunstancia liberatoria que figura en el artículo 162, párrafo 1.

2. Esta reparación viene constituida por el pago de los intereses, que son debidos en la medida que se expresa en el párrafo siguiente, incrementados, si ha lugar, por una suma a título de revalorización conforme al artículo 86, párrafo 5.

3. Salvo acuerdo en contrario, los intereses son debidos conforme a las tasas oficiales publicadas periódicamente por el Banco Central Europeo, que debe hacer referencia a los intereses debidos a los particulares y a los debidos a los empresarios, respectivamente, al rendimiento medio y al costo medio del dinero.

4. Salvo pacto en contrario, el cálculo de la revalorización debe ser efectuado sobre la base del cuadro más reciente del “índice de los precios al consumo armonizado” publicado periódicamente por el Eurostat.

5. Todas las sumas de dinero que figuran en los párrafos precedentes son a su vez productoras de intereses suplementarios y susceptibles de revalorización según los mismos criterios.

6. Queda a salvo todo pacto en contrario.

## Art. 170

### *Cláusula penal*

1. Salvo lo que prevé el párrafo 5, cuando las partes, con motivo de la estipulación del contrato, han convenido en una cláusula penal que, en caso de incumplimiento, de cumplimiento inexacto, o de retraso, sea debida por el deudor una prestación determinada, ésta constituye la reparación que es debida por el deudor, cuando se producen las susodichas situaciones, siempre, salvo que, la reparabilidad del daño ulterior no haya sido convenida.

2. La prestación contenida en el párrafo precedente es debida sin que el acreedor tenga que probar la existencia del daño y su entidad.

3. El acreedor podrá demandar, al mismo tiempo, el cumplimiento y la pena, únicamente, cuando ésta ha sido estipulada para el simple retraso.

4. La pena puede ser disminuida equitativamente por el juez, cuando el deudor ha efectuado, y si el acreedor no lo ha rechazado, un cumplimiento parcial, o si el montante de la pena es manifiestamente excesivo, habida cuenta, en todo caso, el interés que tenía el acreedor en el cumplimiento.

5. En los contratos en que toma parte un consumidor las cláusulas penales a cargo de éste, contenidas en las condiciones generales del contrato, son, en todo caso, ineficaces.

## Art. 171

### *Modo de proceder y acumulación de remedios*

1. El acreedor que es víctima de un daño, después de haber enviado al deudor su petición de indemnización, conteniendo las indicaciones necesarias, y después que ha transcurrido el plazo de seis (tres) meses, previsto también en el artículo 160, párrafo 2, y a contar de la recepción de la citada declaración –dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172– podrá hacer onstatar, mediante sentencia o laudo arbitral, la existencia y la entidad del daño reparable que ha sufrido, para obtener, si ha lugar, la condena del deudor. El acreedor tiene también el derecho de demandar una tal constatación, abstracción hecha de la posibilidad o de la oportunidad de obtener la reparación, a condición de que ésta advenga para fines lícitos. Son parte de éstos, la perspectiva de poder hacer valer una tal verificación,

conforme al artículo 132, y de obtener un elemento para la evaluación de su propia consistencia patrimonial, no solamente a efectos fiscales.

2. No es únicamente, en el caso previsto en el artículo 165, párrafo 1, que el acreedor que es víctima de un daño, pueda demandar la constatación de la sola existencia del daño, reservando su cualificación a una evaluación ulterior por sentencia o mediante laudo arbitral.

3. Además del caso de la integración prevista para la reparación bajo forma específica del artículo 162, párrafo 2, los diferentes remedios son acumulables con la finalidad de permitir a la reparación colmar plenamente su función, a condición de que, de la acumulación, no derive para la víctima del daño una ventaja que sobrepase el perjuicio que ella ha sufrido o para el deudor una situación que le sea insostenible.

#### Art. 172

##### *Medidas conservativas y negocios sumarios*

1. En los supuestos expresamente previstos por las reglas de éste Código y en todos los casos, en que el derecho o las expectativas razonablemente fundadas de una parte, sin que ella sea responsable, están a punto o son ya amenazados, o comprometidos o resultan impedidos en su ejercicio, por acciones u omisiones o hechos que le reportan daños que ya se han producido o que es razonablemente previsible pensar que se producirán, el juez, podrá, a petición de esta misma parte, pronunciar las resoluciones siguientes, merecedoras de ejecución forzosa, sobre la base de las reglas procesales del lugar donde ellas sean emitidas:

- a) una decisión de inhibición, por la que ordena a la contraparte cesar en la acción o que se abstenga de las omisiones ya emprendidas o temidas; y llegado el caso, impone a esta última la obligación de prestar una garantía adaptada a los daños que ya se han producido; fijando además un plazo para que sea cumplida su decisión, pudiendo todavía subordinar, si es necesario, la ejecución de su decisión, a la prestación de una garantía por parte del requirente.
- b) una decisión conminatoria, por la cual ordena a la contraparte el cumplimiento in natura de una prestación de dar o de hacer; y llegado el caso impone a esta última prestar también una garantía adaptada a los daños que ya se han producido o que son temidos; fijando además un plazo adecuado a su decisión; pudiendo todavía

subordinar, si es necesario, la ejecución de su decisión a la prestación de una garantía por parte del requirente.

2. Quedando a salvo las disposiciones comunitarias y nacionales aplicables, la petición debe ser dirigida al juez competente para adoptar las medidas de urgencia del lugar, donde la decisión inhibitoria o conminatoria debe ser ejecutada.

## Art. 173

### *Arbitraje*

1. Aparte de lo que prevé el párrafo 4 de este artículo, en los casos en que las reglas del presente Código establezcan la intervención del juez, se reconoce a cada una de las partes la posibilidad de recurrir al procedimiento arbitral, confiado a tres árbitros, como está previsto en el presente artículo, y para cuyos gastos se aplican las reglas en vigor en el lugar donde el procedimiento en cuestión se desenvuelva.

2. Con independencia de lo que prevean las disposiciones comunitarias o nacionales que sean aplicables, y a falta de un acuerdo diferente de las partes, el procedimiento arbitral se desarrollará en el lugar, en el que tiene la sede el juez, al que, en otro caso, se habría sometido la controversia, y para instarlo la parte que toma la iniciativa debe enviar a la contraparte una declaración, conteniendo las indicaciones necesarias, en las que precise lo que entiende someter a la controversia –antes promovida como lo prevén las reglas respectivas– al procedimiento en cuestión, nombrando además su árbitro e invitando a la contraparte a nombrar su propio árbitro, con la declaración a enviar a la primera en un plazo que no puede ser inferior a los treinta días. Si ésta última, no prevé a tal nombramiento en éste plazo, la primera puede demandar al juez competente para que provea al nombramiento del árbitro de la contraparte, de acuerdo con la ley del Estado miembro de la Unión europea en el que el procedimiento se debe desarrollar. En defecto de disposiciones específicas aplicables, ésta solicitud podrá también ser dirigida al Presidente del Tribunal de Apelación del lugar donde el procedimiento arbitral se debe desarrollar. El tercer árbitro, es designado por acuerdo entre los dos árbitros ya nombrados, o, en defecto de acuerdo, por el juez indicado más arriba, y al que la instancia podrá ser dirigida. A las declaraciones indicadas en el presente párrafo se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, regla 2.

3. Si la tentativa de conciliación de las partes no da resultado, la controversia debe ser resuelta, salvo acuerdo diferente de las partes, sobre la base de las reglas del presente Código y de otras reglas aplicables, por un laudo deliberado y por mayoría de los árbitros, debiendo ser emitido por escrito en el plazo de los seis meses siguientes al nombramiento del último árbitro. El laudo produce los efectos indicados en el artículo 42 y permite, además, obtener del juez, desde su emisión, una de las resoluciones previstas en el artículo 172.

4. El presente artículo no se aplica:

- a) cuando sobre la base de las disposiciones imperativas la controversia no puede ser resuelta por arbitraje;
- b) cuando se trata, en vez de la resolución de una controversia, de promover una resolución de inhibición o una resolución conminatoria, de fijar o de prorrogar un plazo, de autorizar un depósito, y de adoptar parecidas decisiones, caso para el que son aplicables las reglas contenidas en el artículo 172.
- c) cuando el procedimiento arbitral está excluido por el contrato; o se halla previsto un procedimiento arbitral diferente;
- d) cuando la controversia está ya sometida al juez.

## NOTAS

1) Traducimos la voz francesa “résiliation”, por “dejar sin efecto”, puesto que la traducción literal, desde un punto de vista estrictamente gramatical, nos llevaría a hacerlo como “anulación” o “rescisión”, términos que, desde el punto de vista jurídico tienen otras connotaciones y aquí se trata de verdaderos supuestos de lo que se podría calificar como “conversión voluntaria” o “conversión legal”, según los casos, bien que sean las partes o la ley los que la impongan.



# FORMACIÓN DEL CONTRATO<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Nociones de oferta y aceptación. 3. Momento de conclusión del contrato. 4. Contenido útil, determinable y no abusivo. 5. Condiciones generales y cláusulas implícitas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como se ha destacado en más de alguna ocasión, el Anteproyecto de Pavía<sup>1</sup> es un texto moderno, que aporta soluciones novedosas a los problemas reales, incorpora las normas comunitarias que protegen a los consumidores, y parece un tanto intervencionista y relativamente avanzado en la protección del contratante débil. Así se advierte, por ejemplo, en la prohibición de acumular los remedios del incumplimiento cuando, todos sumados, no sólo sobrepasan el perjuicio sufrido por el acreedor, sino que provocan una situación insostenible para el deudor (art. 171.3). Además, el texto aspira a regular toda clase de relaciones contractuales, tanto internas como intracomunitarias e internacionales, y lo mismo entre empresarios que entre éstos y los consumidores. En fin, hay que decir que este ambicioso programa puede llegar a plasmarse, al menos en parte, en el llamado “instrumento opcional no específico” que contempla la Comisión Europea en su segunda Comunicación sobre la materia, por la que aprueba el Plan de Acción “Para un Derecho contractual europeo más coherente”, que se ha publicado el día 12 de febrero de 2003 (COM (2003) 68 final)<sup>2</sup>.

---

<sup>(\*)</sup> Por Carlos VATTIER FUENZALIDA.

<sup>1</sup> Vid. la versión española de J. L. DE LOS MOZOS y A. LUNA SERRANO publicada en RGLJ, 2001, y los estudios reunidos en *Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Madrid, 2003, 2 vols.

<sup>2</sup> Para sus antecedentes, entre nosotros, E. ARROYO I AMAYUELAS y E. VAQUER ALOY, *Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo*, La Ley, 5482, 2002, p. 1 y ss; asimismo, de este último autor, *La vocación europea del Derecho civil*, *Ibidem*, 5535, 2002, p. 1 y ss; también H. G. WEHRENS, *El acercamiento del Derecho civil y mercantil en los Estados miembros de la Unión Europea*, La Europa del Derecho, Bruselas, 2002, p. 367 y ss, ofrece una información muy completa.

De aquí que sea oportuno, hoy en día, examinar el Anteproyecto y hacerlo con cierto espíritu crítico para poner de relieve tanto sus aciertos como sus inevitables limitaciones. En este sentido, el Anteproyecto debe estudiarse en comparación, no sólo con la Convención de Viena de 1980, que está en vigor en España desde 1991, sino también con los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales publicados por Unidroit y los Principios del Derecho Contractual Europeo elaborados por la Comisión Lando<sup>3</sup>, los cuales deben tenerse muy en cuenta en la necesaria revisión del mismo.

En esta ocasión nos vamos a ocupar de la conclusión del acuerdo entre los contratantes, así como del contenido del contrato. No sólo se pueden apreciar aquí las características del Anteproyecto que hemos señalado, sino que su disciplina, con alguna salvedad, es correcta y acertada, lo que es importante puesto que se trata de los únicos elementos esenciales del contrato (art. 5.3). Esto se debe a que en el Anteproyecto, igual que los en Principios universales y europeos que acabamos de recordar, se ha eliminado la causa, así como la *consideration*, en cuanto elemento estructural del contrato.

## 2. NOCIONES DE OFERTA Y DE ACEPTACIÓN

Así, pues, recordemos que nos situamos en la fase central de la formación del contrato, en la fase de su conclusión o perfeccionamiento por el acuerdo de las partes, que ha de recaer sobre el contenido del mismo, al que nos vamos a referir más adelante. Atrás ha quedado, por tanto, la fase de los tratos preliminares, que está presidida por los deberes impuestos por la buena fe, lo que no impide que estos deberes operen también en la fase de conclusión del contrato. El acuerdo se produce, en principio, por la conjunción de la oferta y la aceptación, o mejor dicho, por la primera seguida de la última, conforme al modelo prototípico de las propuestas definitivas formuladas individualmente y acaso por escrito por cada

---

<sup>3</sup> Ambos textos se han publicado, sin comentarios, en *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo*, recop. por R. SCHULZE y R. ZIMMERMANN, ed. esp. por E. ARROYO I AMAYUELAS, Madrid, 2001; *vid.* las apreciaciones críticas de A. DOMÍNGUEZ LUELMO en RJN, 42, 2002, p. 339 y ss. Para una crítica metodológica de los mismos, M. BUSSANI, *En busca de un Derecho privado europeo*, ADC, 2002, p. 941 y ss.

contratante. Pero hay que reconocer que este modelo es cada vez menos frecuente en la realidad actual por motivos diversos.

Por un lado, los grandes contratos no se celebran, por lo general, a través de oferta y aceptación, sino que se discuten por ambas partes al mismo tiempo hasta encontrar una fórmula que satisfaga a todos los interesados. Por otro lado, los contratos de adhesión, los contratos fácticos o los contratos que se celebran por acuerdo tácito, por ejemplo, en los supermercados o en Internet, impiden una negociación clara entre las partes y han deformado, por ello, los papeles clásicos que corresponden a una y otra. Por último, el acuerdo entre empresarios, seguido del intercambio de condiciones generales de la contratación, la llamada “batalla de los formularios”, tampoco se ajusta al modelo normal de una oferta seguida por una aceptación concordante. Aunque el Anteproyecto tiene en cuenta estas nuevas realidades, no es siempre todo lo explícito que sería de desear.

Con todo, tampoco se puede negar que este modelo sea el procedimiento normal de las negociaciones para alcanzar el acuerdo definitivo de los contratantes. Sobre esto existe un amplio consenso tanto en el sistema anglosajón como en el sistema continental, con la notable excepción de nuestro Derecho, en el que apenas se menciona la oferta y la aceptación (art. 1262-I CC), pero no se regula dicho procedimiento, lo que ha debido suplir la doctrina y la jurisprudencia, inspirándose en el Derecho extranjero, sobre todo, en el alemán y en el italiano. Además, el legislador ha desaprovechado la oportunidad que se le presentaba para regularlo con ocasión de la reciente reforma de los Códigos civiles y de comercio sobre el momento de perfección del contrato.

Sin embargo, pese a este consenso, existen importantes diferencias técnicas entre ambos sistemas, por ejemplo, sobre la revocación de la oferta, la aceptación por silencio o la aceptación retardada, la muerte o la quiebra de las partes durante las negociaciones o el momento a partir del cual se entiende que el contrato se ha concluido y vincula a los contratantes. No obstante, en el plano internacional, se han superado estas diferencias y hay una marcada concordancia sobre el régimen de la oferta y la aceptación. Esta disciplina común se ha plasmado, primero, en la Ley uniforme sobre la formación del contrato, aprobada por la Convención de La Haya de 1964, y se ha recogido, después, en la citada Convención de Viena. Por eso, la siguen de cerca los Principios de Unidroit y los de la Comisión Lando, y lo mismo

ocurre con el Anteproyecto de Pavía, en términos generales, con alguna excepción significativa que indicaremos en el momento apropiado.

De acuerdo con esta disciplina común, el Anteproyecto entiende que la oferta es una declaración dirigida a la conclusión de un contrato, en la que deben concurrir dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. Consiste el primero en la voluntad del oferente, al menos implícita, de considerarse vinculado en caso de aceptación y el segundo, en que contenga todas las condiciones del contrato a estipular, o indicaciones suficientes para determinar su contenido, de modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple (art. 13.1). Aunque no se dice, también se requiere que el destinatario de la oferta sea una persona determinada. Si existen varios destinatarios determinados, hay una oferta que puede ser aceptada por uno, por un cierto número mínimo o por todos ellos (art. 12.2), mientras que la oferta no existe si no se dan los dos requisitos apuntados o se dirige a personas indeterminadas.

En efecto, en este último caso, según el Anteproyecto, estamos ante una comunicación publicitaria, que no constituye una oferta, ni es susceptible, por tanto, de ser aceptada. Se trata tan sólo de una invitación a hacer una oferta, a menos que se configure como una promesa dirigida al público, esto es, a favor de quien cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada (art. 13.2). En esta hipótesis, la promesa vincula al promitente desde que se hace pública y se extingue, por regla general, en el plazo que en ella se indique, salvo que se revoque antes, en cuyo caso el promitente debe indemnizar los gastos causados a los destinatarios de buena fe (art. 23)<sup>4</sup>.

En cambio, la oferta hecha al público en general puede valer como verdadera oferta si contiene las condiciones esenciales del contrato ofrecido, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias o de la costumbre. Sin embargo, se puede revocar, bajo la misma forma de la oferta pública, revocación que desliga al oferente incluso respecto de quienes la desconocen (art. 22).

---

<sup>4</sup> Es de notar que el envío de catálogos con indicación de los precios es un supuesto típico de una invitación a ofertar, según L. Díez-PICAZO, *La formación del contrato*, ADC, 1995, p. 12, que ha estudiado los mismos antecedentes del Anteproyecto. Sin embargo, éste determina que el hecho de tal envío puede ser algo más que una mera invitación cuando, atendidas las circunstancias del caso, se pueda entender que el contrato se ha concluido por medio de comportamientos concluyentes (art. 24).

En cuanto a los efectos, la oferta normalmente mantiene su eficacia autovinculante para el oferente desde que llega al destinatario hasta el momento de la aceptación. Pero en el ínterin pueden presentarse diversas situaciones que aluden, en realidad, a una secuencia temporal; se trata del retiro, el rechazo, la revocación y la caducidad de la oferta, que nuestro texto pretende regular, no sin cierta incoherencia, acudiendo a criterios dispares para determinar el momento a partir del cual estas situaciones despliegan su respectiva eficacia.

En efecto, determina el Anteproyecto que el retiro de la oferta por el propio oferente arrepentido es posible, mientras no **llega** a su destinatario, aun cuando sea irrevocable expresa o tácitamente (art. 14.1). La revocación cabe, en cambio, en tanto el destinatario no haya **expedido** su aceptación (art. 15.1), pero no es posible si el oferente ha declarado que es irrevocable por un cierto lapso de tiempo o si se debe reputar como tal, bien por las relaciones previas y las negociaciones entre las partes, el contenido de sus cláusulas o la costumbre (art. 17.1)<sup>5</sup>, o bien por acuerdo expreso de los contratantes (art. 17.2). Esto es lógico puesto que lo impone la buena fe, que prohíbe en este caso, en concreto, ir en contra de los actos propios. Si la oferta es irrevocable, de acuerdo con esto, la revocación carece de efecto (art. 17.1 i.f.).

Asimismo, la oferta, aunque sea irrevocable, pierde su eficacia desde que **llega** al oferente el rechazo del destinatario, aun cuando venga con una nueva oferta (art. 15.3), que constituye una contraoferta, y se extingue por caducidad al vencimiento del plazo fijado para su aceptación o por el transcurso de un tiempo razonable, según la naturaleza del contrato, la costumbre o la rapidez de los medios de comunicación empleados (art. 15.3). Con todo, el retraso de la oferta, que sea imputable al oferente, prorroga razonablemente el plazo de la misma (art. 15.4) y el de la aceptación es irrelevante siempre que el oferente confirme el contrato apenas **tome conocimiento** de la misma, aun cuando sea tardía o en forma inadecuada (art. 16.5).

---

<sup>5</sup> Hay aquí una concordancia incorrecta en el Anteproyecto puesto que el precepto citado deja a salvo el caso previsto por el art. 14.1, en tanto que éste no impide la revocación de la oferta irrevocable, sino que se refiere, en rigor, al retiro de la misma.

Por lo que respecta a la aceptación, consiste para el Anteproyecto en una declaración o en un comportamiento que expresan claramente la voluntad de concluir el contrato de conformidad con la oferta (art. 16.1). Por eso, el silencio o la inactividad del destinatario no comportan aceptación de la oferta, salvo en dos casos excepcionales. El primero de ellos es el acuerdo previo de las partes, en cuya virtud el silencio equivale a la aceptación, o que tal equivalencia se deduzca de las relaciones entre ellas, de las circunstancias o de la buena fe, y el segundo es que se trate de un contrato unilateral del que se deriven obligaciones sólo para el prominente, en cuyo caso el silencio equivale también a la aceptación (art. 16.3), a no ser que el destinatario de la oferta la rechace en tiempo oportuno, de manera que, en defecto de tal rechazo, el contrato queda concluido (art. 16.4).

La aceptación produce sus efectos desde que el oferente **tome conocimiento** de ella (art. 16.2), si bien puede ser retirada, siempre que la declaración de retiro **llegue** al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación (art. 16.8)<sup>6</sup>. Pero la eficacia de la aceptación depende de su contenido, puesto que, sólo si concuerda con la oferta se perfecciona el contrato; en caso contrario, si la aceptación no es conforme a la oferta, equivale a un rechazo y constituye, por regla general, una nueva oferta (art. 16.6). En cambio, el Anteproyecto dispone literalmente que, por excepción, “si la aceptación contiene cláusulas diferentes, pero que no aportan una modificación sustancial de la oferta en la medida en que se refieran a aspectos marginales de la relación, y si el autor de la oferta no comunica con prontitud su desacuerdo a propósito de tales modificaciones, el contrato se considera concluido en el sentido más conforme a la aceptación” (art. 16.7). Esta regla se conoce entre nosotros como la regla del “espejo roto” porque no exige la total coincidencia entre la oferta y la aceptación y es la que permite resolver, como veremos, el problema de la batalla de los formularios<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Naturalmente, los subrayados, que reproducen con fidelidad las expresiones del Anteproyecto, son nuestros y tienen por finalidad resaltar que los arts. 15 y 16 establecen criterios diferentes para marcar el comienzo de la eficacia de los distintos actos que en ellos se contemplan; se trata de los criterios de la expedición, de la recepción y del conocimiento.

<sup>7</sup> Vid. S. DURANY PICH, *Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto*, ADC, 1992, pp. 1011 y ss.

Finalmente, el Anteproyecto consagra algunas reglas que son comunes para la oferta y la aceptación. Por una parte, ambas son insensibles ante la muerte y la incapacidad sobrevenidas del oferente o del aceptante y mantienen su eficacia, salvo que la naturaleza del negocio o sus circunstancias justifiquen la pérdida de la misma (art. 18). A estos supuestos debe añadirse la insolvencia y la quiebra de las partes. Por otra parte, se admite la adhesión de terceros a un contrato ya celebrado entre otros contratantes, terceros que deben dirigirse al órgano encargado de su ejecución o, a falta de éste, a todos los contratantes originales (art. 19). Es el caso, entre otros, de los acuerdos consorciales entre empresas. Asimismo, las declaraciones y los actos unilaterales son recepticios, tienen los efectos que según la ley, la costumbre y la buena fe se deriven de los mismos, a partir del momento en que su destinatario los conoce, aunque se declaren irrevocables, pudiendo ser retirados hasta ese momento (art. 20). Por último, cabe el perfeccionamiento por actos concluyentes cuando todas las condiciones del contrato resulten claras de tales actos o comportamientos, habida cuenta de los acuerdos y relaciones precedentes, la emisión de catálogos de precios, las ofertas al público y las normas legales, reglamentarias y consuetudinarias al respecto (art. 24).

### **3. MOMENTO DE CONCLUSIÓN DEL CONTRATO**

El momento de conclusión del contrato tiene una importancia de primer orden, como se sabe, porque determina la existencia del contrato y la vinculación de los contratantes a todos los efectos legales y convencionales. Es relativamente simple cuando se trata de contratos entre presentes, es decir, cuando los contratantes coinciden en el espacio y en el tiempo, pero es complejo cuando se encuentran en lugares diferentes, aunque empleen medios de comunicación tan rápidos como el correo electrónico o las páginas *web*. Tan complejo es determinar el momento de perfección del contrato en este último caso, que no sólo existen cuatro conocidas teorías sobre esta materia, sino que estas teorías son, en rigor, inconciliables ya que protegen los intereses contrapuestos de cada contratante. Por eso, en el Derecho comparado hay criterios distintos, los cuales, a diferencia de las demás reglas sobre la oferta y la aceptación, no admiten términos medios, aunque debe resaltarse que en los Códigos más modernos tiende a prevalecer el criterio de la recepción.

En efecto, sin entrar en mayores detalles, recordemos que estos criterios son los que resultan de las teorías de la declaración, de la expedición, de la recepción y del conocimiento. La primera y la última, llamadas extremas, están casi descartadas por ser inseguras, puesto que, tanto el hecho de la declaración expresada por el aceptante como el hecho del conocimiento alcanzado por el oferente, son de carácter subjetivo y de prueba muy difícil. Por el contrario, predominan las teorías intermedias de la expedición y de la recepción, dado que se fundan en el hecho objetivo y fácilmente comprobable de la remisión o el envío de la aceptación por el aceptante y de la llegada de ésta a poder del oferente.

Es de notar que estas teorías intermedias difieren en dos aspectos fundamentales. Por un lado, fijan el momento de la conclusión del contrato o bien en el del envío, o bien en el de la llegada de la aceptación, y por otro lado, establecen un reparto también distinto de los riesgos entre uno y otro momento, en especial, de los riesgos provenientes del medio de la transmisión empleado. Si la teoría de la expedición asigna estos riesgos al oferente, la teoría de la recepción los pone, en cambio, a cargo del aceptante, lo que significa, en último término, que la primera protege al aceptante, mientras la última favorece al oferente.

Por supuesto que no podemos estudiar aquí estas teorías en profundidad, sino que nos limitamos a unas pocas y breves observaciones<sup>8</sup>. En primer lugar, en el Derecho anglosajón predomina el criterio de la expedición desde un célebre y discutido caso de 1818, y por eso es significativo que el Profesor H. MCGREGOR propicie, en el *Contract Code*, el abandono de este criterio y la sustitución del mismo por el de la recepción (art. 23)<sup>9</sup>. En segundo término, los Códigos más influyentes del siglo XX se han inclinado a favor de este criterio, como se advierte tanto en el primero, el Código alemán (par. 130), como en el último, el Código holandés (art. 1.335). En fin, el Código italiano, entre otros, mantiene una posición intermedia, en la que se combina la teoría de la recepción con la del conocimiento, pero presunto, al establecer que el contrato se concluye desde que el oferente conoce la aceptación (art. 1326-I), conocimiento que

---

<sup>8</sup> Para más detalles nos remitimos a nuestra *Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual*, Homenaje al Profesor Díez-PICAZO.

<sup>9</sup> Se trata de una de las dos fuentes principales del Anteproyecto, a la que no sigue, sin embargo, en este punto, en tanto se inclina, en cambio, a favor de la otra, el Código civil italiano.

se presume desde que le llega, salvo que pruebe que no la ha conocido sin su culpa (art. 1335)<sup>10</sup>.

Por eso, no debe extrañar que sea el criterio de la recepción el que acoge la Convención de Viena (art. 18.2). Como explica L. DíEZ-PICAZO, tal criterio no sólo se corresponde con el carácter recepticio de estas declaraciones de voluntad, sino que cuadra mejor con los principios de buena fe, autorresponsabilidad y confianza. Estas declaraciones se fijan desde que llegan a su destinatario, sin perjuicio de que las conozca o no, de manera que si las niega, acreditada su llegada, actúa deslealmente y en contra de la buena fe<sup>11</sup>. Además, consagran este mismo criterio de la recepción tanto los Principios de Unidroit (art. 2.6.2) como los Principios de la Comisión Lando (art. 2:205). De aquí que llame la atención que el Anteproyecto se aparte de esta zona de notable convergencia y se mantenga fiel al discutible criterio adoptado por el Código italiano.

En efecto, el Anteproyecto distingue la conclusión del contrato entre presentes y entre personas situadas en lugares diferentes. En el primer caso, debe existir una oferta oral, que puede venir acompañada de un documento entregado en el mismo acto, y debe ser aceptada de inmediato, salvo cuando de las conversaciones o de las circunstancias resulte lo contrario. Si la oferta oral puede ser aceptada después, o se formula por teléfono, el contrato se entiende concluido en el momento y en el lugar en que el oferente tenga conocimiento real o presunto de la aceptación (art. 11).

En el segundo supuesto, se requiere el envío de una oferta escrita por cualquier medio, incluidos los electrónicos, y el contrato se reputa concluido, asimismo, en el momento y en el lugar en que el oferente conozca o deba conocer la aceptación (art. 12.1). Por eso, si la oferta se dirige a varias personas determinadas, el contrato se concluye cuando

---

<sup>10</sup> No hay que confundir esta regla con las que consagra el nuevo art. 1262 CC por cuanto éste, junto al criterio del conocimiento, retrotrae la eficacia de la buena fe del oferente al momento de la remisión de la aceptación, por lo que establece, en rigor, el criterio de la expedición. Este criterio, no sólo deja sin efecto el criterio cognoscitivo anterior, sino que resulta confirmado por el régimen de los contratos celebrados por instrumentos automáticos, los cuales se perfeccionan también desde que se manifiesta la aceptación. Sin embargo, piensan que esta regla general es contraria a la *mail box rule*, J. BISBAL MÉNDEZ y R. CASAS VALLÉS, *Prólogo*, Legislación de Internet y comercio electrónico, Madrid, 2ª ed., 2003, p. 31.

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 13.

el oferente conoce la última aceptación (art. 12.2) y, como sabemos, la aceptación produce sus efectos desde que el oferente toma conocimiento de ella (art. 16.2), en tanto los actos unilaterales son eficaces desde que llegan a conocimiento de su destinatario (art. 20).

En concordancia con el modelo italiano, el Anteproyecto establece una presunción de conocimiento de la oferta, la aceptación y de todos estos actos recepticios, desde que son comunicados al destinatario de forma oral o desde que la declaración escrita se le entrega en propia mano o le llega al lugar idóneo. Son idóneos a estos efectos la dirección de la empresa, el lugar de trabajo, la dirección postal y el domicilio habitual o el electivo (art. 21.1), el cual incluye probablemente tanto la dirección del correo electrónico como el sitio *web* en Internet. Sin embargo, es claro que estamos ante una presunción simple, toda vez que puede ser destruida por el destinatario si prueba que, sin su falta, le ha sido imposible tener conocimiento de la respectiva declaración (art 21.2).

En otras palabras, si el destinatario ha sido negligente al tomar conocimiento del acto, desde la entrega o la llegada del mismo, la prueba de la ignorancia no procede. Por eso, se trata, en rigor, del criterio de la recepción, sólo que mitigado por el conocimiento real o presunto del acto que corresponda. Buena prueba de ello, es que esta regla general tiene numerosas excepciones, las cuales no tienen en cuenta el conocimiento del destinatario. Entre estas excepciones, hemos visto que el retiro y el rechazo de la oferta, así como la aceptación tardía, se ciñen al criterio de la recepción, mientras que la revocación de la oferta queda limitada por la expedición de la aceptación. Por consiguiente, estos actos son eficaces con independencia de que su destinatario los conozca o no, de modo que, si pretendiera ignorarlos, actuaría contra la buena fe, con todas las consecuencias que esto comporta.

En definitiva, ante una previsible revisión del Anteproyecto, sería aconsejable reconsiderar este punto y consagrar el criterio de la recepción sin restricción alguna.

#### **4. CONTENIDO ÚTIL, DETERMINABLE Y NO ABUSIVO**

Tras lo expuesto, pasamos a ocuparnos del contenido del contrato, cuyos aspectos más sobresalientes son los que se refieren al contenido

útil, determinable y no abusivo, así como, por otra parte, a las condiciones generales y las cláusulas implícitas.

En efecto, el Anteproyecto ha trasladado al contenido los requisitos clásicos del objeto del contrato, y por eso ha de ser posible, lícito y determinado o determinable (art. 25); pero además el contenido debe ser útil, determinable y no abusivo, el cual puede serlo en el triple sentido de causar lesión o perjuicio a uno de los contratantes, de ser desequilibrado en contra del consumidor y de favorecer a una de las partes, sobre todo, a la que ha predispuesto las condiciones generales de la contratación.

En cuanto al requisito de utilidad, la exigencia del Anteproyecto es extremadamente simple ya que consiste en que el contenido corresponda a un interés de las dos partes o, al menos, de una de ellas, interés que puede ser de índole no patrimonial (art. 26) y además no requiere ser valorable en dinero. En realidad, este requisito se ha incorporado principalmente al texto definitivo, como explica el Profesor G. GANDOLFI, a instancias de los juristas anglosajones para suplir la falta de *consideration* y tiene, por tanto, la única finalidad asegurar la seriedad de las declaraciones de voluntad de los contratantes<sup>12</sup>.

Esta aclaración es importante porque permite distinguir este requisito genérico de otras figuras afines, que la protección de los consumidores ha multiplicado en los últimos años. Así, aparte de la falta de aptitud de las cosas por vicios ocultos, este requisito difiere de los supuestos siguientes: a) la garantía de buen funcionamiento de los productos duraderos; b) los productos peligrosos por ser inseguros; c) los productos defectuosos por la falta de seguridad que cabría legitimamente esperar de ellos; d) los alimentos inseguros por ser nocivos para la salud o ineptos para el consumo humano y, por último, e) los bienes vendidos que carecen de conformidad con lo anunciado por el vendedor.

En consecuencia, ninguno de estos supuestos se relaciona con el contenido útil previsto por el Anteproyecto, el cual se agota en la aptitud de la prestación para satisfacer el interés de, al menos, uno de los contratantes, sea cual sea la naturaleza del mismo.

Por lo que respecta a la determinación del contenido, el Anteproyecto entiende que está determinado cuando el objeto de las prestaciones, así

---

<sup>12</sup> *Code Européen des Contrats*, Milán, 2001, p. 146.

como las modalidades y los plazos de ejecución, no sólo se han definido perfectamente por los contratantes, sino también cuando pueden ser deducidos de la convención (art. 31.1).

En particular, en caso de que tal determinación se defiera a una de las partes o a un tercero, las dudas deben apreciarse de forma equitativa (art. 31.2). Asimismo, la determinación ha de efectuarla el juez si ha expirado un plazo razonable o es manifiestamente inicua o errónea (art. 31.3) o si depende exclusivamente del arbitrio de un tercero que actúa de mala fe (art. 31.4). Por último, indeterminada la cualidad de la prestación, se reputa debida la de cualidad no inferior a la media, habida cuenta la costumbre (art. 31.5), mientras que, indeterminado el precio, se considera debido el montante previsto en los catálogos oficiales donde el contratado haya de ser ejecutado o, en su defecto, el precio que es generalmente aplicable en el lugar en cuestión (art. 31.6).

En fin, el contenido abusivo, se presenta, en primer lugar, cuando existe lesión o perjuicio para una de las partes. De acuerdo con el Anteproyecto, hay lesión cuando concurren dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Por un lado, se requiere que un contratante conozca y abuse de la situación de debilidad que padece el otro, dadas las situaciones de peligro, incapacidad natural, inexperiencia o dependencia económica o moral en que puede encontrarse respecto del anterior. Por otro lado, este contratante ha de obtener del otro o de un tercero unas ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con la contrapartida que ha realizado o prometido (art. 30.3). Sin embargo, se excluyen los contratos aleatorios, aquellos cuyo objeto es de gran valor de afección y los contratos onerosos *mixtum cum donatione* (art. 156.5). El remedio del contrato que perjudica a una parte en estos términos es la rescisión del mismo por lesión, en cuyas vicisitudes procesales no vamos a entrar aquí (art. 156).

El Anteproyecto contempla un segundo supuesto de contenido abusivo, que proviene de la Directiva 1993/13/CE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Igual que ésta, el supuesto exige la presencia de un consumidor, un contrato de adhesión y un contenido desequilibrado, pero su disciplina se aparta en el punto fundamental de la buena fe del profesional.

En efecto, para el Anteproyecto, consumidor es la persona física que actúa fuera del ámbito de sus actividades profesionales (art. 9.2). En consonancia con el Derecho comunitario, se excluye a las personas

jurídicas, pero no se exige que el consumidor sea el destinatario final de los bienes o servicios de que se trate. Por otra parte, el contrato debe ser un contrato de adhesión al proyecto propuesto por el profesional, sin que se requiera la preparación previa de condicionales generales; basta que todas o algunas de sus cláusulas no hayan sido objeto de negociación individual entre los contratantes. En fin, son estas cláusulas no negociadas las que deben causar en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato, “aun en el caso de que el profesional actúe de buena fe” (art. 30.5).

Por consiguiente, es suficiente la existencia del desequilibrio para que el contrato pueda ser considerado como abusivo, aun cuando el profesional sea honesto, correcto y actúe conforme a las exigencias objetivas de la buena fe. Según el Anteproyecto, estas cláusulas desequilibradas son ineficaces y adolecen de nulidad parcial, siempre que la parte restante posea consistencia y validez autónomas y realice de manera razonable el fin perseguido por los contratantes (art. 144.1). No obstante, podrían salvarse por conversión si contienen los elementos de fondo y forma de otra cláusula válida y esto permite alcanzar la mencionada finalidad (art. 145.2). Con todo, para suplir las cláusulas nulas y para identificar esta nueva cláusula de reemplazo hay que estar a las fuentes de integración del contrato, que el Anteproyecto, conforme a la terminología inglesa, denomina cláusulas implícitas, según veremos en seguida.

En fin, el último supuesto de contenido abusivo es el de los contratos que favorecen a una sola de las partes, los cuales normalmente se celebran con arreglo a condiciones generales de la contratación, contienen cláusulas limitativas de responsabilidad y deben ser integrados por medio de las cláusulas implícitas. Por eso, su régimen se identifica, en la práctica, con la disciplina de estas últimas, que pasamos a estudiar brevemente a continuación.

## **5. CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS IMPLÍCITAS**

Las condiciones generales de la contratación se definen por el Anteproyecto como las preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas (art. 33). Por lo tanto, parece que se ha

consagrado aquí la concepción alemana de las condiciones generales, según la cual basta el hecho de la predisposición por una de las partes, pero no se requiere la imposición al adherente, a diferencia de la polémica Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, que exige, por una influencia indebida de la precitada Directiva comunitaria, no sólo que sean impuestas, sino la falta de negociación individual de las mismas (art. 1).

Con ser clara esta definición, el Anteproyecto no regula de forma expresa el delicado problema de la batalla de los formularios. Como sabemos, este problema se presenta cuando los contratantes, sobre todo los empresarios, están de acuerdo en celebrar un contrato, pero pretenden determinar su contenido mediante el intercambio de sus respectivos clausulados generales. Dado que éstos suelen ser discordantes, hay que determinar, pues, el contenido del contrato que han pactado.

Para resolver este problema en el Anteproyecto debemos acudir a la norma, que conocemos, sobre la aceptación que modifica la oferta y determina la conclusión del contrato en el sentido que mejor se acomode a la misma. Esta norma presupone, por una parte, que las modificaciones no sean sustanciales sino que se refieran a aspectos marginales y, por otra, que el oferente no comunique de inmediato su rechazo de tales modificaciones (art. 16.7). Aunque esto concuerda con la Convención de Viena (art. 19.2), sería recomendable una regla expresa sobre este punto, como la que previenen los Principios de Unidroit, que está mejor formulada acaso en los Principios de la Comisión Lando.

En efecto, determina el primero de estos textos que, “cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá celebrado en base a lo acordado y a lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes (...)” (art. 2.22), mientras que el último establece que, “si las partes han llegado a un acuerdo, salvo en lo que concierne a la oferta y la aceptación referidas a condiciones generales contradictorias, el contrato se entiende sin embargo concluido. Estas condiciones generales forman parte del contrato en la medida en que sean sustancialmente comunes” (art. 2:209.1).

Nótese que estos textos contemplan la misma regla y no coinciden exactamente con la Convención de Viena, dado que no distinguen entre las contradicciones sobre aspectos sustanciales y sobre aspectos marginales, sino que entienden incorporado al contrato el contenido de las

condiciones concordantes, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas, mientras que las discordantes se excluyen e integran, si es necesario, por las cláusulas implícitas. Por contraste con la Convención citada (art. 19.3), el Anteproyecto no incurre en el error de fijar un elenco rígido de modificaciones que se consideran sustanciales, pero mantiene la distinción entre éstas y las marginales, distinción que no sólo carece de consecuencias prácticas<sup>13</sup>, sino que ha sido superada por los textos más recientes.

Por eso, es razonable que el Anteproyecto se ponga al día en esta materia, suprima esta distinción y establezca una regla semejante a la que acabamos de exponer.

Por lo que respecta a la disciplina de las condiciones generales, en Anteproyecto contempla tanto el control de inclusión o de incorporación como el control del contenido. El primero de estos controles es simple, ya que las condiciones generales son eficaces si se conocen o se han debido conocer por el adherente usando de una diligencia ordinaria, a no ser que las partes acuerden inaplicarlas o reemplazarlas por otras (art. 33). E incluso, aunque favorezcan al predisponente, pueden ser eficaces si el adherente las ha aprobado expresamente por escrito (art. 30.4). En cambio, el control del contenido se desdobra entre las cláusulas limitativas de voluntad y la expulsión de las cláusulas abusivas.

En cuanto a las primeras, el Anteproyecto es razonablemente restrictivo, puesto que excluye las cláusulas limitativas más graves, las que pueden producir la indefensión de una de las partes, mientras que admite con restricciones las que permiten modular la responsabilidad del deudor a las circunstancias concretas del contrato.

Por eso, declara nulo todo pacto que excluya o limite previamente la responsabilidad por dolo o culpa grave (art. 106.1), o incluso por causa leve, si el acreedor lo ha establecido en su propio beneficio o ejerce una actividad empresarial o profesional en régimen de monopolio legal (art.106.3). Asimismo, aunque admite las restricciones convencionales para oponer excepciones, son ineficaces las que se refieren a la nulidad,

---

<sup>13</sup> En efecto, la objeción de una modificación sustantiva no puede sino tener las mismas consecuencias que la de una modificación marginal, puesto que unas y otras se eliminan del contenido del contrato y se suplen por las distintas fuentes de integración; de aquí que la distinción carezca, en realidad, de trascendencia práctica.

anulabilidad o rescisión del contrato y aquéllas que, siendo eficaces, sean sustituidas por el juez, ante la concurrencia de motivos graves, por una caución en lugar de la correspondiente condena (art. 106.2). Sin embargo, son válidos los acuerdos que tienen por objeto fijar márgenes de tolerancia en el cumplimiento o franquicias en la indemnización de daños y perjuicios, de acuerdo con los usos y la buena fe (art. 106.4), así como los que establezcan presunciones simples de caso fortuito (art. 106.5).

Es de notar que estas limitaciones son aplicables a todos los contratos, tanto los negociados por los contratantes como los sometidos a condiciones generales, en cuyo caso se consideran como cláusulas abusivas. En efecto, el Anteproyecto, que se inspira en la Directiva sobre los contratos de los consumidores, contempla algunos supuestos que ésta prohíbe y los extiende a todas las condiciones generales de los contratos, cualquiera que sea la naturaleza de las partes contratantes.

Así, considera ineficaces, salvo aprobación por escrito, las cláusulas establecidas a favor del predisponente que limiten su responsabilidad o le confieran la facultad de desistirse del contrato o de suspender la ejecución del mismo. Igualmente, son ineficaces las cláusulas que imponen al adherente caducidades de cualquier tipo, limiten su facultad de oponer excepciones, restrinjan sus relaciones con terceros o prevean cláusulas de arbitraje o de sumisión expresa que modifiquen la competencia territorial de los tribunales (art. 30.4).

Finalmente, las cláusulas implícitas operan siempre que sea necesario integrar el contenido del contrato. Según el Anteproyecto, parece que estas cláusulas tienen por finalidad determinar la estructura y los elementos naturales y accidentales del contrato en el momento de su conclusión; por eso, estas cláusulas implícitas no se confundirían con los llamados “factores extracontractuales”, ya que estos últimos son los que establecen los efectos obligacionales y reales del contrato ya concluido, y surgen, por ello, tras la celebración del mismo. No obstante, pese a esta diferencia funcional, hay que reconocer que las fuentes de unas y otros son básicamente las mismas (art. 44).

Es sabido que la integración es necesaria en los contratos negociados por las más diversas razones, entre las que destacan la imprevisión o la ignorancia de las partes, o la idea de evitar que el acuerdo alcanzado por ellas se frustre a la hora de negociar los detalles, o bien, en general, porque los costes de transacción son superiores a las ventajas de una

reglamentación pormenorizada del contrato. Asimismo, en los contratos de adhesión la integración se requiere para suplir las cláusulas abusivas, en tanto en los sujetos a condiciones generales está llamada a completar las cláusulas excluidas por no ser incorporadas, por contener limitaciones ilícitas de responsabilidad o por ser también abusivas. Para todos estos casos, el Anteproyecto consagra diversas cláusulas implícitas.

En efecto, determina el texto que forman parte del contrato todas las cláusulas impuestas por el propio Anteproyecto, o por las disposiciones comunitarias y nacionales, en especial cuando reemplazan las cláusulas diferentes introducidas por los contratantes. Asimismo, las cláusulas que se derivan estas tres fuentes, a saber: a) el deber de la buena fe; b) la voluntad tácita de las partes, en base a sus relaciones precedentes, los tratos y las circunstancias, así como las costumbres generales y locales, y c) las que sean necesarias a fin de que el contrato pueda producir los efectos queridos por las partes (art. 32.1).

Además, junto a estas fuentes clásicas, el Anteproyecto consagra otras cláusulas implícitas. Una de ellas consiste en las declaraciones hechas por las partes durante las negociaciones o al momento de conclusión del contrato, siempre que hayan podido ser determinantes del acuerdo entre las mismas y que se reflejan de algún modo en el texto contractual. Estas declaraciones han de versar sobre una situación o una expectativa de hecho o de derecho relativa a los sujetos, al contenido o a los fines del contrato (art. 32.2). Su única limitación es, pues, que mantengan cierta correspondencia con el texto definitivo del contrato, lo que habrá que determinar caso por caso.

Conviene llamar la atención sobre estas declaraciones de voluntad que recuerdan los actos previstos por el art. 1282 CC, sólo que aquí permiten integrar el contenido del contrato. Conforme al Anteproyecto, se entienden sin perjuicio de los requisitos de forma del contrato (arts. 34 y ss); por otro lado, estas declaraciones se pueden impugnar por el vicio de error (art. 151) y en tal caso cabe la renegociación del contrato (art. 157); en fin, se pueden utilizar también como elemento extrínseco para la interpretación del texto escrito del contrato, siempre que sean compatibles con este último (art. 39.3).

Por consiguiente, hay aquí una importante diferencia entre el Anteproyecto y los Principios de Unidroit, puesto que éstos admiten sin limitación alguna las cláusulas de restricción probatoria, las cuales,

no sólo indican que lo comprendido en el texto escrito expresa todo lo acordado por las partes, sino que impiden, por ello, que el contrato pueda ser contradicho o complementado mediante la prueba de declaraciones o acuerdos anteriores (art. 2.17). En cambio, para los Principios de la Comisión Lando, estas cláusulas valen solamente si se han negociado individualmente por los contratantes (art. 2:105.1), mientras que, en caso contrario, determinan de forma imperativa una simple presunción de integridad (art. 2:105.2).

Por último, el Anteproyecto se refiere a la integración de los contratos internacionales. En esta clase de contratos, salvo pacto en contrario, se presume que las partes consideran aplicable de forma implícita la costumbre generalmente observada para los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial, puesto que se presume también que los contratantes conocen, deben conocer o tienen el deber de conocer dicha costumbre (art. 32.3).

Aunque esta norma concuerda con la Convención de Viena (art. 9.2), es prudente el criterio selectivo adoptado por los Principios de Unidroit, que excluyen el uso que no sea razonable (art. 1.8.2), como se explica en el propio texto, según las circunstancias particulares de las partes o el carácter atípico de la operación económica acordada<sup>14</sup>. Lo que reiteran, con acierto, los Principios de la Comisión Lando (art. 1:105.2).

En suma, parece aconsejable que el Anteproyecto acoja aquí un criterio selectivo semejante al expuesto, en cuya virtud se puedan excluir del contrato los usos de la *lex mercatoria* que no sean razonables, atendidas las circunstancias subjetivas y objetivas de cada caso concreto.

---

<sup>14</sup> Comentario 5 al precepto citado, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, 1995, p. 22.

# INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO<sup>(\*)</sup>

---

**SUMARIO:** 1. *Cuestiones generales.* 2. *Las reglas de interpretación subjetiva.* 3. *Las reglas de interpretación objetiva.* 4. *Breve reflexión final.*

## 1. CUESTIONES GENERALES

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<sup>1</sup>, 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

---

(\*) Por Carlos VATTIER FUENZALIDA.

<sup>1</sup> Se trata de las opiniones del “grupo inglés” y de los juristas belgas O. STRANARD y R. VIGNERON, respectivamente, según informa G. Gandolfi, *Code Européen des Contrats*, I, Milano, 2001, p. 151 y 153.

las fuentes romanas sobre el tema<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>.

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 solo en lo que concierne a los criterios de formulación, contenido y naturaleza<sup>4</sup>, 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.

En fin, no es menos relevante que el Anteproyecto concuerde en este punto con los otros textos uniformes con los que está llamado a convivir

---

<sup>2</sup> Vid. sus *Studi sull'interpretazione degli atti giuridici in diritto romano*, Milano, 1969.

<sup>3</sup> La tesis opuesta a la naturaleza preceptiva y vinculante de estas normas predomina, por excepción, en Francia; por ejemplo, la mantienen J. CARBONNIER, *Droit civil. 4-Les obligations*, Paris, 1990, p. 266 y ss, y J. FLOUR y J.-L. AUBERT, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Paris, 1994, p. 299 y ss. En Italia, se aparta de la opinión prevalente F. CARRESI, *Il contratto, Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI-2, dir. por A. CICU, F. MESSINEO y L. MENGONI, Milano, 1987, p. 519 y ss, y en Alemania, E. WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Köln,-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 430 y ss, mientras que para W. FLUME, *El negocio jurídico*, trad. esp. por J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y E. GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, p. 371, "su importancia como normas jurídicas es escasa". Entre nosotros, sólo F. DE CASTRO, *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley (Consideraciones en torno al artículo 3, apartado 1, del Código civil, ADC*, 1987, p. 856, afirma el valor admonitivo o de orientación de tales normas, con la salvedad del art. 1281 Cc que es, a su juicio, de *ius cogens*.

<sup>4</sup> Como lo advierte, con razón, C. GORRIZ LOPEZ, *L'interpretazione del contratto nei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Contr. impr./Europa, 1998, pp. 467-468; para una visión crítica, M. CLAVERO TERNERO, "Interpretación", *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, coord. por D. MORÁN BOVIO, Pamplona, 1998, pp. 225 y ss, con observaciones más de forma que de fondo.

o, en su caso, a concurrir, todos los cuales contemplan distintas reglas para la interpretación de los contratos; nos referimos, por supuesto, tanto a la Convención de Viena sobre la venta internacional de mercaderías (art. 8) como a los Principios de Unidroit (arts. 4.1-4.8) y a los de la Comisión Lando (arts. 5:101-5:107), con la particularidad de que estos dos últimos son casi coincidentes en lo sustancial, por lo que se puede considerar que expresan la *communis opinio* al respecto.

Sin embargo, hay que resaltar que el Anteproyecto se distancia en buena medida de tales textos y regula este extremo, además, con brevedad y cierta independencia frente a los modelos europeos, al menos, frente a los Códigos romanistas de la Europa continental. En efecto, es sabido que las reglas para la interpretación del contrato que hoy conocemos proceden en su mayor parte de las definiciones y reglas generales contenidas en los discutidos Títulos 16 y 17 del último Libro del Digesto y fueron desarrolladas por los autores del Derecho común hasta alcanzar cerca de un centenar de reglas particulares, siendo reducidas por POTHIER a una docena, en tanto que para SAVIGNY bastaba con la voluntad verdadera de los contratantes<sup>5</sup>.

Esto explica la coexistencia de dos modelos, uno amplio, que se despliega en varias reglas de índole analítica, y otro reducido, que consagra unas pocas normas sintéticas. El primer modelo se ha plasmado en la decena de reglas que recogen los Códigos francés (arts. 1156-1164), español (arts. 1281-1289) e italiano (arts. 1362-1371), mientras que el segundo tan sólo en las dos reglas complementarias del *BGB*, según las cuales en la interpretación de la declaración de voluntad debe investigarse la voluntad real y no atender al sentido literal de la expresión (par. 133) y los contratos han de interpretarse como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico (par. 157).

Con todo, a pesar a estas diferencias externas, se ha señalado con acierto que existe un grado notable de homogeneidad en los principales ordenamientos de *civil law* y de *common law*, puesto que en todos ellos el objetivo fundamental de la interpretación es la identificación de la

<sup>5</sup> Vid. R. POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, trad. esp. J. FERRER, M. NOGUERA y F. CARLES, Madrid, 1872, pp. 50 y ss, y F. K. SAVIGNY, *Le droit des obligations*, II, trad. fr. por GERARDIN y JOZON, Paris, 1873, pp. 348 y ss; alude a más de un centenar de reglas particulares para la interpretación de los contratos, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1992, p. 638.

intención común de las partes y la previsión de otras reglas subsidiarias sobre la conservación del contrato y la tutela del contratante débil, como la regla *contra proferentem*, aparte del problema de distinguir la interpretación en sentido estricto, la interpretación integradora y la integración del contrato<sup>6</sup>.

En cambio, la buena fe es un factor de diversidad puesto que aparece como un criterio hermenéutico independiente sólo en el Código italiano (art. 1366), además del alemán, y en los Principios de Unidroit (art. 4.8), mientras que se omite en sede de interpretación y concibe únicamente como fuente de integración del contenido contractual en los demás Códigos y textos uniformes que hemos citado, así como en las compilaciones de Derecho norteamericano. No está de más recordar que entre nosotros se entiende que, pese al silencio del legislador, la buena fe es también una regla de interpretación con base en el artículo 1258 del Código civil<sup>7</sup>.

Ante este panorama, se aprecia la originalidad –no siempre atinada, a nuestro juicio– del Anteproyecto en el tema que estudiamos, lo cual hace aconsejable una revisión en este punto antes de su implantación definitiva. Tal originalidad se debe principalmente al pie forzado impuesto por sus dos fuentes de inspiración, el Derecho inglés, sintetizado en el *Contract Code* por el Profesor H. MCGREGOR, y el Código civil italiano. La mayor parte de los Académicos estaba conforme con la única norma que el primero dedica a la interpretación, que se refiere al significado de las palabras utilizadas por los contratantes (art. 111), a lo que se une

---

<sup>6</sup> C. GORRIZ LOPEZ, *Op. cit.*, p. 470; para la distinción aludida nos permitimos remitir a nuestro trabajo “La interpretación integradora del contrato en el Código civil”, *ADC*, 1987, p. 495 y ss.

<sup>7</sup> En un sentido algo distinto, C. GORRIZ LOPEZ, *Op. cit.*, pp. 470-471, quien recuerda las sect. 1-201 (19) y 1-203 Uniform Commercial Code y la sect. 205 Restatement (second) of Contracts (1981). Sobre el papel de la buena fe en la interpretación A. M. LÓPEZ LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XVII-2*, dir. por M. ALBALADEJO GARCÍA, Madrid, 1981, p. 21-23, y J. B. JORDANO BAREA, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 510, últimamente; en contra C. LASARTE ALVAREZ, “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación”, *RDP*, 1980, pp. 71 y ss, quien admite, sin embargo, que la buena fe, el uso y la ley son también criterios interpretativos de los que se vale nuestro CC en múltiples preceptos y no exclusivamente en los que dedica a la interpretación.

la refundición de los preceptos del segundo realizada por el redactor, quien manifestó, además, una marcada preferencia por nuestro artículo 1281 del Código civil<sup>8</sup>.

Como resultado de esta simbiosis, el Anteproyecto favorece claramente el texto literal del contrato (art. 39.1), incluso el lenguaje propio de los contratantes (art. 39.2), y se muestra restrictivo respecto a los elementos extratextuales (art. 39.3); aunque no consagra la buena fe como criterio hermenéutico, el resultado de la interpretación no puede ser contrario a la misma ni al buen sentido (art. 39.4), al tiempo que mantiene las reglas de conservación (art. 40.2), de interpretación contra el predisponente (art. 40.3) y, como cierre, una regla de equidad fundada en el *favor debitoris* (art. 41). Debido a este formalismo, acaso excesivo, los usos han perdido su función interpretativa y la interpretación integradora se ha refundido con la integración del contrato<sup>9</sup>.

Como es habitual en los textos citados, las reglas del Anteproyecto 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 establece 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

---

<sup>8</sup> En efecto, estuvieron a favor del texto inglés el “grupo español”, formado por J. L. DE LOS MOZOS y G. GARCÍA CANTERO, J. M. ANTUNES VARELA, G. DASKORALIS y R. VIGNERON, y mostraron su preferencia por el art. 1281 CC esp. tanto los miembros del “grupo español” como G. GANDOLFI; *vid.* G. GANDOLFI, *Code Européen des Contrats*, cit., pp. 151-154.

<sup>9</sup> Mientras G. B. FERRI sostuvo la importancia de los usos y las prácticas mercantiles, los Académicos manifestaron opiniones dispares sobre la interpretación integradora: a favor se expresaron J. L. DE LOS MOZOS, J. M. ANTUNES VARELA y G. DASKORALIS, y en contra el “grupo inglés” y O. STRANARD, criterio minoritario que adoptó el redactor final del Anteproyecto; *vid.* G. GANDOLFI, *Op. cit.*, pp. 151 y ss.

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)<sup>10</sup>. 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<sup>11</sup>.

Con todo, debe resaltarse que la jerarquía entre ambas clases de interpretación es discutible pues el juego de estas reglas depende, en realidad, del problema concreto que se presente ante intérprete del contrato, de manera que las distintas reglas de interpretación se deben aplicar de forma concurrente o simultánea, en atención al particular problema hermenéutico que en cada caso se trata de resolver. En especial, no se entiende bien la preferencia conferida a la regla de conservación por encima de la interpretación *contra proferentem* cuando se refieren, en rigor, a problemas hermenéuticos distintos, que se presentan ante supuestos de hecho diferentes y son de algún modo contradictorias, puesto que la primera atribuye eficacia a la cláusula discutida, mientras la segunda priva de la misma a la preparada por el predisponente.

## 2. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN SUBJETIVA

A la vista de cuanto hemos expuesto, se comprende bien que el Anteproyecto comience a tratar esta materia por las reglas de la interpretación subjetiva y consagra, en primer lugar, la preferencia de la intención de las partes expresada de forma clara y unívoca en sus respectivas declaraciones de voluntad; en este caso, se determina que el contenido del contrato debe ser deducido de su sentido literal, teniendo en cuenta el texto en su conjunto y la debida concordancia de las diferentes

---

<sup>10</sup> Según refiere G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 153, esta distinción y su jerarquía fue sostenida de forma explícita por G. OPPO, entre otros; para el punto es de interés H. TROFIMOF, «Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l'interprétation des contrats», *Rev. hist. dr.*, 1994, pp. 203 y ss.

<sup>11</sup> *Vid.* M. COSTANZA, «Interpretazione dei negozi di diritto privato», *Dig.priv.civ.* X, Torino, 1993, p. 29, por todos; mantiene la misma idea J. B. JORDANO BAREA, *Op. cit.*, p. 510.

cláusulas entre sí (art. 39.1). Esta norma suscita varias observaciones que, en síntesis, son las siguientes.

Ante todo, consagra el carácter recepticio de las declaraciones de voluntad y la primacía de las primeras sobre la última, puesto que, como se entiende desde hace años, la voluntad o la intención de las partes es relevante a los efectos de la interpretación solamente en la medida en que se ha exteriorizado, consta normalmente por escrito y se comunica a la contraparte, siendo conocida, o debiendo ser conocida, por esta última. Primacía que se funda, pues, en la buena fe, que se concreta aquí autorresponsabilidad del declarante y en la protección de la confianza creada por él en el destinatario de la declaración, lo que propicia una lectura objetiva de las declaraciones de voluntad, y vale también, no sólo para la interpretación de los contratos, sino además para la de los actos unilaterales de voluntad (art. 4) y la de los actos concluyentes de los contratantes (art. 24)<sup>12</sup>.

Además, se desprende de la norma que la intención es la común a las partes contratantes y que la tarea hermenéutica tiene por finalidad deducir el contenido del contrato, es decir, los derechos y obligaciones que se derivan del contrato en cuestión. Resulta de ella, asimismo, que la apreciación del conjunto o evaluación global del contrato discutido se debe extender a todas las relaciones entabladas entre las mismas partes, en especial, a los contratos precedentes y a los contratos conexos.

Por otra parte, salta a la vista que la norma que comentamos concuerda en lo sustancial con la norma paralela que existe en todos los ordenamientos europeos y está redactada en términos que recuerdan los de nuestro artículo 1281-I del Código civil; pero, a diferencia de aquéllos y del artículo 1281-II, no descarta expresa o implícitamente las palabras contrarias a la intención de los contratantes, lo que puede tener algunas consecuencias que sería conveniente evitar.

---

<sup>12</sup> Para este punto en la cultura jurídica europea, K. ZWEIFERT y H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, II, trad. ingl. por T. WEIR, Oxford, 1987, pp. 83 y ss, y H. KÖTZ, «Interpretation of Contracts», *Towards a European Civil Code*, trad. ingl. por T. WEIR, 2ª ed. por A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA y E. DU PERRON, The Hague-London-Boston, 1998, pp. 268-269. Sin embargo, los Principios de la Comisión Lando establecen la norma opuesta, que da preferencia a la intención del que emite la declaración (art. 5:101.2).

Como se sabe, el fundamento de este precepto es excluir la negativa y recurrente máxima *in claris non fit interpretatio*, como ya hizo POTHIER y establecen todos los Códigos europeos<sup>13</sup>, criterio general del que el Anteproyecto se desvía inexplicablemente al no prescindir de las expresiones opuestas a la voluntad de las partes. Sostiene el redactor que ello se debe a la tradicional doctrina que impera en la jurisprudencia francesa, según la cual los jueces no pueden desnaturalizar los términos claros y precisos de las convenciones por respeto a la fuerza vinculante del contrato<sup>14</sup>.

Sin embargo, se ha señalado hace poco que esta discutible doctrina se basa en la naturaleza no vinculante de las normas sobre la interpretación del contrato y cuyo significado actual no es otro que el conferir a los jueces de casación un poder de control sobre los tribunales de instancia, a los que se les impide acudir a interpretaciones equitativas y se les obliga a una motivación explícita de sus resoluciones; asimismo, aparte de que no hay un criterio serio para distinguir los términos claros y los términos oscuros, existen fallos recientes que no acogen la expresada doctrina<sup>15</sup>. Además, esta orientación jurisprudencial se compagina mal con la práctica consolidada de nuestro Tribunal Supremo, que da preferencia a la interpretación del contrato hecha por el Tribunal sentenciador, siempre que sea racional y no conduzca a resultados absurdos, o que no sea arbitraria, desorbitada o ilegal<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. los arts. 1156 Cc fr. y 1362-I Cc it. y el par. 133 BGB, que concuerdan con nuestro art. 1281, sólo que este excluye de forma expresa los términos contrarios a la intención evidente de las partes (cfr. el pár. II); para la obra de POTHIER, *vid.* H. TROFIMOFF, *Op. cit.*, p. 214.

<sup>14</sup> *Vid.* G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 154, que se remite a su relación de introducción al coloquio de Pavía de 1993, publicada por P. STEIN, *Convegna di studio per la redazione del progetto di un Codice europeo del contratti*, Milano 1996, p. 69, donde no se muestra muy explícito al respecto.

<sup>15</sup> S. FERRERI, «Le juge national et l'interprétation des contrats internationaux», *Rev. int.dr.comp.*, 2001, pp. 37-38.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en la STS de 20 de diciembre de 1999 (AC, 2000, nº 368) se lee: “es doctrina reiterada y notoriamente conocida de esta Sala la de que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función privativa de los juzgadores de instancia, el resultado exegético por ellos obtenido puede ser sometido a revisión casacional, cuando el mismo sea arbitrario, ilógico o conculcador de las normas de hermenéutica contractual”.

Por todo ello, parece recomendable que en una posible revisión del Anteproyecto se desestime abiertamente el texto contradictorio con la intención de los contratantes, teniendo en cuenta el artículo 1281-II del Código civil y los preceptos concordantes de otros Códigos.

En otro orden de cosas, es bien sabido que este canon hermenéutico es de muy escasa aplicación práctica ya que presupone la exacta correspondencia entre la intención de las partes y las expresiones empleadas por las mismas, de manera tal que no existan dudas sobre una y otras. Planteado un problema hermenéutico, hay que dar por sentado que tales dudas existen, cuya apreciación depende, además, de la impresión personal del intérprete, por lo que la interpretación literal del contrato en este caso es de muy poca utilidad<sup>17</sup>.

Por eso, esta regla no se puede aplicar a los contratos verbales, ni a las condiciones generales de la contratación, ni siquiera entre profesionales, sobre todo cuando ambas partes utilizan clausulados generales, así como tampoco a los contratos de adhesión, sea o no consumidor uno de los contratantes; en particular, no es de aplicación a los contratos celebrados por medios electrónicos que, aunque suponen un consentimiento tácito, o bien no constan por escrito o bien se documentan posteriormente, una vez que se han perfeccionado, en una especie de negocio de fijación redactado por una de las partes, cuya interpretación literal de bien poco sirve, por consiguiente, para esclarecer la intención común de los contratantes<sup>18</sup>.

Es debido a estas y a otras razones que la interpretación literal se ha sustituido, en los últimos años, por el canon objetivo del hombre razonable. En lugar de acudir al texto literal, el acento se desplaza aquí, con apoyo en la buena fe, al sentido que habrían dado al contrato en igual situación unas personas prudentes, razonables u honestas de la misma

---

<sup>17</sup> Es emblemático el caso de la STS de 12 de febrero de 1986 (AC, 1986, nº 427), que versa sobre la interpretación de una simple cláusula de gastos en una compraventa, pues hubo en ella disparidad de opiniones; según el voto de mayoría, el texto discutido era claro, mientras para el voto particular la misma cláusula era, en cambio, dudosa, aun cuando no se excluyó la interpretación literal del contrato.

<sup>18</sup> Vid. para esto nuestro artículo «Sobre la formación del contrato en el Anteproyecto de Ley de comercio electrónico», *Rev. Contrat. Electr.*, nº 8, 2000, p. 11 y 19; también, «Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico», *Régimen Jurídico de Internet*, coord. por J. CREMADES GARCÍA, M. A. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ y R. ILLESCAS ORTIZ, Madrid, 2002, pp. 1177 y ss.

condición de las partes, atendiendo a todas las circunstancias del caso. Procedente del Derecho estadounidense, esta regla de interpretación rige en Inglaterra a través del *test* llamado *officious bystander* desde hace medio siglo y se ha consagrado, no sólo en los textos uniformes, tanto en la Convención de Viena como en los Principios de Unidroit y en los de la Comisión Lando, sino que también late en el Código civil de Québec<sup>19</sup>.

Finalmente, es claro que, ante estos autorizados antecedentes, no parece ser muy defendible el papel protagónico que el Anteproyecto asigna a la interpretación literal, que resulta reforzada, además, por la regla sobre el significado de las palabras y por la admisión restrictiva de los elementos extrínsecos.

En cuanto a los términos utilizados en el contrato, el Anteproyecto establece que debe prevalecer el sentido atribuido expresamente a los mismos por los contratantes; en su defecto, se deben entender en la acepción técnica o en vigor en los usos y costumbres mercantiles, que sea conforme a la naturaleza del contrato, y sólo en último lugar, de acuerdo con el significado común de tales términos (art. 39.2).

Aunque se dice que esta norma se inspira en el contenido del artículo 111 del *Contract Code*, lo cierto es que este precepto contempla una regla distinta, a cuyo tenor: “Las palabras utilizadas por las partes contratantes han de interpretarse en su sentido usual en el contexto en el que aparecen, a no ser que se les haya atribuido un sentido especial por las propias partes, o por la costumbre mercantil o el uso local aplicable, que no sea incongruente con las palabras del contrato tomado como un todo”. Solución que parece más lógica, pues, como explica H. MCGREGOR, las palabras de un contrato, por regla general, no deben tener un significado

---

<sup>19</sup> Para el Derecho norteamericano, cfr. las sects. 202 y 203 Restatement y 1-205 UCC, sobre los cuales E. A. FARNSWORTH, «‘Meaning’ in the Law of Contracts», *Perspectives on Contract Law*, antología ed. por R. E. BARNETT, Boston-New York-Toronto-London, 1995, p. 125. En el Derecho inglés, alude al mencionado *test* G. H. TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, London, 1989, p. 63, que, sin embargo, no se recoge en el *Contract Code* de H. MCGREGOR. En fin, cfr. Respectivamente los arts. 8.2 Conv. Viena, 4.1.2 y 4.2.2 Princ. Unidroit, 5:101 Princ. Lando y 1426; sobre el citado Código canadiense, P.-G. JOBIN, <La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec: quelle modernité?>, *Rev.int.der.comp.*, 2000, p. 63.

especial, a menos que las partes así lo indiquen o la costumbre o el uso así lo impongan<sup>20</sup>.

Con todo, el lenguaje cifrado de los contratantes no es frecuente en los contratos internacionales, en los que suelen presentarse otros problemas lingüísticos, que el Anteproyecto debería contemplar, como el de las discrepancias idiomáticas entre las diferentes versiones de los mismos. Naturalmente que debe prevalecer aquélla a la que las partes hayan dado un carácter preferente; pero, si todas las versiones son de igual valor, establecen los Principios de Unidroit que se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el que el contrato fue redactado originalmente, y en los Principios de la Comisión Lando se mantiene esta misma regla, incluso para el caso de que ninguna de las versiones tenga el carácter de redacción autorizada por los contratantes<sup>21</sup>.

Por lo que respecta a los elementos extrínsecos, se advierte también un fuerte contraste entre el Anteproyecto y los textos uniformes que hemos venido citando; mientras el primero es restrictivo, los últimos son generosos, en cambio, con tales elementos. En efecto, el Anteproyecto dispone que las dudas suscitadas por el texto contractual han de resolverse, primero, mediante una evaluación global del mismo, que comprende las declaraciones y comportamientos de las partes, incluso posteriores a la estipulación del contrato “pero en una cierta manera compatibles con su texto”, y después, a través de la intención común de los contratantes que se obtenga de los elementos extrínsecos procedentes de los mismos (art. 39.3).

Se ha explicado que esta norma se basa en el artículo 1281, párrafo 2, de nuestro Código civil –*rectius*: artículo 1282–, que se corresponde con la segunda parte del precepto, y que concuerda con el artículo 1362-II del Código italiano<sup>22</sup>. Pero ninguna de estas disposiciones contiene la restricción que impone la primera parte de la norma propuesta, esto es, que los actos concluyentes de las partes deban ser compatibles con el texto del contrato.

---

<sup>20</sup> Vid. G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 154, y H. MCGREGOR, *Contract Code*, trad. esp. por C. VATTIER FUENZALIDA y J.M DE LA CUESTA SÁENZ, Barcelona, 1997, p. 65.

<sup>21</sup> Cfr. los arts. 4.7 Princ. Unidroit y 5:107 Princ. Lando.

<sup>22</sup> Vid. G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 154.

En lo que concierne a esta primera parte de la norma –la que se refiere a las declaraciones y comportamientos compatibles con el tenor literal del contrato–, dice el redactor que está inspirada en el Derecho inglés, en el que las minutas precontractuales son de poca ayuda, pues, a su juicio, tanto si coinciden con el texto final, como si se oponen al mismo, son irrelevantes por no expresar la intención definitiva de los contratantes<sup>23</sup>.

Concebida en estos términos, la norma propuesta por el Anteproyecto recuerda la versión clásica de la *parol evidence rule*, según la cual, acordado un contrato por escrito, queda excluida toda prueba contraria al mismo, especialmente los acuerdos verbales y la prueba testigos. No obstante, esta regla, no sólo ha sufrido múltiples y variadas excepciones, sino que se ha pensado en suprimirla, y hoy se entiende como una simple presunción de integridad del contrato<sup>24</sup>.

Así lo hace, en efecto, el *Contract Code* al establecer que “cuando las partes contratantes han redactado su acuerdo por escrito se presume que todo el contrato está contenido en el escrito; pero esta presunción puede destruirse mediante pruebas extrínsecas, tanto orales como escritas” (art. 109), sin perjuicio de la rectificación del contrato incorrecto (art. 110).

Lo que no excluye que estos elementos extrínsecos puedan emplearse en la interpretación del contrato, aunque no procedan de las partes, ni guarden relación con el texto literal del mismo. Buena prueba de ello es el caso extremo de la *merger clause*, en cuya virtud los contratantes pactan expresamente la integridad o el blindaje del contrato frente a los tratos preliminares u otros elementos extrínsecos, que no impide acudir a los mismos para la interpretación del contrato<sup>25</sup>.

En fin, de acuerdo con esta orientación menos estricta, por ejemplo, los Principios de la Comisión Lando establecen que, a tal efecto, se deben tener en cuenta las circunstancias en que se ha celebrado el contrato, incluyendo los tratos preliminares; la conducta de las partes, también

---

<sup>23</sup> En este sentido, G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 155; tal era precisamente el “argumento circular” invocado por la Law Commission para suprimir dicha regla, sobre el cual, sin embargo, vid. G. H. TREITEL, *Op. cit.*, pp. 69-70.

<sup>24</sup> Para este punto, vid. G. H. TREITEL, *Op. cit.*, pp. 66 y ss, y S. FERRERI, *Op. cit.*, pp. 44 y ss, ampliamente.

<sup>25</sup> Cfr. los arts. 2.17 Princ. Unidroit y 2:105.3 Princ. Lando, que son de carácter imperativo.

los actos posteriores a la celebración del mismo; la naturaleza y el propósito del contrato; la interpretación dada a cláusulas similares entre las partes y las prácticas establecidas entre ellas; el significado común de los términos y expresiones en la respectiva rama de actividad y la interpretación que cláusulas similares reciben en la misma; los usos, y la buena fe y la lealtad negocial<sup>26</sup>.

En definitiva, es claro que estos elementos extrínsecos pueden no provenir directamente de los contratantes, ni estar relacionados o ser incompatibles, incluso, con el texto contractual que se trata de interpretar. Por eso, tampoco conviene que el Anteproyecto permanezca aislado en este aspecto, sino que debería adaptarse a los criterios más liberales que imperan tanto en los Códigos como en las compilaciones de Derecho uniforme que hemos contemplado.

### **3. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN OBJETIVA**

Menos numerosos son los comentarios que suscitan las cuatro reglas de interpretación objetiva ya que el Anteproyecto no se diferencia en lo sustancial, salvo en lo que concierne a la buena fe, de las que imperan en los ordenamientos que estamos considerando. Aquí los problemas no son tanto de las opciones de fondo del Anteproyecto, sino las dificultades que plantean las habituales reglas de esta clase de interpretación. Recordemos que se trata de la regla de interpretación conforme a la buena fe, la regla de conservación, la regla de interpretación contra el predisponente y de la regla de cierre basada en la equidad.

En cuanto a la primera, es conocida la importancia de la buena fe en la interpretación y en la integración del contrato en el ámbito del *civil law*, tanto en los contratos negociados como en los que no se han negociado individualmente por los contratantes; y es conocida también la resistencia de los juristas anglosajones a consagrar una norma general al respecto, aunque admitan que rige con notable eficacia en sus respectivos ordenamientos y, sobre todo, en la práctica de los tribunales. Como se ha señalado, esta disparidad de criterios impidió la consagración de

---

<sup>26</sup> Cfr. el art. 5:102 Princ. Lando, que desarrolla el art. 8.3 Conv. Viena y concuerda en lo fundamental con el art. 4.3 Princ. Unidroit.

la interpretación conforme a la buena fe en la Convención de Viena y, aunque figuraba en el Proyecto inicial de los Principios de Unidroit, ha desaparecido de su texto final, así como tampoco aparece en los Principios elaborados por la Comisión Lando<sup>27</sup>.

A la vista de estos antecedentes, el Anteproyecto no establece de forma directa la interpretación conforme a la buena fe, sino que pretende hacerlo por una vía indirecta, según la cual el resultado de la labor hermenéutica no puede ser contrario a la buena fe y al buen sentido (art. 39.4). Según explica el redactor, se trata de salvaguardar así las exigencias de la buena fe, en un espíritu de razonabilidad que los ordenamientos anglosajones no pueden ignorar<sup>28</sup>.

Sin embargo, por esta vía indirecta, a nuestro juicio, la buena fe ha acabado por perder su *status* de canon autónomo para la interpretación del contrato. En efecto, una cosa es que el contrato se pueda entender y extender con arreglo a las exigencias de la buena fe, como ocurriría si este canon se hubiera establecido expresa y directamente, y otra cosa bien distinta es que el resultado de la interpretación, cualquiera que sea el criterio empleado por el intérprete para llevarla a cabo, no pueda ser contrario a la razonabilidad que está en la base de la buena fe y el buen sentido. Y esto es, en suma, lo que el Anteproyecto ha dispuesto, sin que se ajuste exactamente a la correcta idea anunciada por su redactor.

Acaso para suplir esta deficiencia, el texto que estudiamos establece de forma un tanto reiterativa que la buena fe, junto a la ley, los usos y la equidad, determinan el contenido de las cláusulas implícitas (art. 32), así como los efectos obligatorios y reales que se derivan del contrato (art. 44). En este sentido, el Anteproyecto concuerda con los Códigos que sólo contemplan la buena fe como una de las fuentes de integración del contrato, sin perjuicio de que cumpla en ellos además una función interpretativa, como sucede en el nuestro, mientras que se aleja de los Códigos alemán e italiano, que la reconocen como un criterio apto en

---

<sup>27</sup> C. GORRIZ LOPEZ, *Op. cit.*, pp. 470-471, con referencias; sobre la sustancial coincidencia de la buena fe con la razonabilidad inglesa y norteamericana, *vid.* K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Op. cit.*, pp. 21 y ss, y la espléndida síntesis de M. HESSELINK, «Good faith», *Towards a European Civil Code*, *Op. cit.*, pp. 285 y ss.

<sup>28</sup> *Vid.* G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 155.

sí mismo para la hermenéutica contractual<sup>29</sup>, y esta opción de política legislativa debería fundarse en unas razones de peso, que acaso existen, pero que lamentablemente desconocemos.

Naturalmente que no es éste el lugar apropiado para un estudio detenido de la buena fe. Acaso con buen criterio el Anteproyecto no fija de una definición explícita de la misma, como la que establecen, en cambio, tanto los Principios de Unidroit como los de la Comisión Lando, aunque es claro que converge con estos últimos en la fórmula genérica de la razonabilidad<sup>30</sup>.

Sin embargo, el contenido propio de la buena fe en el Anteproyecto se desprende con relativa nitidez de las normas generales sobre los tratos precontractuales, que pueden aplicarse a todas las vicisitudes de la relación contractual. De acuerdo con estas disposiciones, se trata de los deberes de corrección (art. 6), de información (art. 7), de reserva (art. 8) y, en los contratos internacionales, la adaptación a los usos generalmente en vigor para los contratos del mismo tipo y en el mismo sector comercial de los que las partes deben tener conocimiento (art. 10.1), si bien no se menciona aquí el deber de cooperación.

Por lo que respecta a la regla de conservación, el Anteproyecto determina que las dudas del contrato, o de cualquiera de sus cláusulas, deben ser interpretadas en el sentido que les confiera algún efecto más que en el que se lo impida producir (art. 40.2). Estamos ante una norma de origen romano, que rige en todos los ordenamientos con régimen extenso, incluso en el Derecho inglés, y también en los más recientes textos uniformes<sup>31</sup>. Aunque la regla está referida al contrato en su totalidad, es claro que no se trata de atribuirle el máximo efecto, sino el que le corresponda según su propia regulación, ni de salvar la cláusula dudosa con una interpretación favorable a la validez de la misma.

Con todo, pese a esta evidente unanimidad, debe resaltarse que el *favor contractus* debe ser entendido de forma estricta pues puede dar lugar a

---

<sup>29</sup> Cfr., por un lado, los arts. 1134 Cc fr. y 1258 Cc esp. y, por otro, el par. 157 BGB, que es compatible con norma de integración del par 242 BGB, y el art. 1366 Cc it.

<sup>30</sup> Cfr. los arts. 1.7 Princ. Unidroit y 1:202 y 1:302 Princ. Lando.

<sup>31</sup> Vid. G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 155; cfr. los arts. 1157 Cc fr., 1284 Cc esp., 1367 Cc it., 4.5 Princ. Unidroit y 5:106 Princ. Lando.

situaciones injustas; piénsese en el caso del contratante débil que debe seguir vinculado a un contrato desequilibrado, aunque haya sido negociado, cuyas dudas se han superado mediante la interpretación que les atribuye efectos, con lo que se favorece claramente al contratante fuerte. En cambio, la regla opuesta a la conservación facilitaría la desvinculación del primero respecto del contrato discutido, o al menos de la cláusula dudosa, y sólo asignaría al segundo unos pocos costes adicionales de renegociación.

En lo que atañe a la regla sobre la interpretación *contra stipulatorem*, se determina que las dudas de las cláusulas preparadas por uno de los contratantes y que no han sido objeto de negociación se deben interpretar en contra de su autor (art. 40.3). Recuerda el redactor que se trata igualmente de una norma que procede de las fuentes romanas y que es conocida y aceptada en todos los ordenamientos que hemos venido considerando, comprendido el anglosajón; fundada en la buena fe, impone el deber de hablar claro y es más amplia que el artículo 1370 del Código italiano, que la limita a las cláusulas insertas en clausulados generales, al tiempo que concuerda con la Directiva 93/13 sobre los contratos celebrados por consumidores<sup>32</sup>.

En efecto, tal como está redactada, es claro que la norma se aplica a todos los contratos negociados, al margen de que se sometan o no a condiciones generales de la contratación, así como que se excluyen, por consiguiente, los contratos de adhesión. El Anteproyecto en este punto está en consonancia con los Principios de la Comisión Lando, pero supone un llamativo contraste con los Principios de Unidroit, que resultan ser más protectores, al extender dicha regla, además, a los contratos o cláusulas que no hayan sido objeto de negociación<sup>33</sup>. En particular, no hay que olvidar que en las condiciones generales de la contratación, las cláusulas singularmente negociadas pueden ser útiles para la interpretación de los respectivos contratos de adhesión<sup>34</sup>.

La regla de cierre, en fin, se desdobra según se trate de un contrato a título gratuito o de un contrato a título oneroso; en el primer caso debe

---

<sup>32</sup> Vid. G. GANDOLFI, *Op. cit.*, pp. 155-156; además del precepto citado, cfr. los arts. 1162 y 1602 Cc fr. y 1288 Cc esp., que se ha reiterado, aunque de forma invertida, por los arts. 6.2 LCGC y 10.2 LDCU.

<sup>33</sup> Cfr. los arts. 5:103 Princ. Lando y 4.6 Princ. Unidroit.

<sup>34</sup> Como lo consagra el art. 5:104 Princ. Lando, complementando la norma citada en la nota anterior.

interpretarse en el sentido menos gravoso para el que se obliga, mientras que, en el segundo, en el sentido que mejor realice un ajuste equitativo de los intereses de las partes (art. 41). Como explica el redactor, el Anteproyecto trata de salvaguardar al máximo el texto contractual, no acoge el criterio inglés de anular el contrato imposible de interpretar y descansa tanto en el *favor debitoris* como en la equidad<sup>35</sup>.

Es claro que la norma se corresponde con el artículo 1371 del Código italiano, al que se ciñe literalmente, y con el artículo 1289 de nuestro Código civil, los cuales difieren precisamente por la nulidad, que el primero omite y consagra el último; por eso, no es seguro que la norma propuesta resulte idónea para corregir con eficacia el mencionado precedente inglés, como al parecer se pretende, al tiempo que la omisión de la nulidad viene a reiterar el *favor contractus* que la inspira, con la consecuencia negativa que acabamos de señalar. Es de resaltar que en los textos uniformes no se contempla una norma semejante.

Por último, dos observaciones finales, una de índole práctica y otra de orden sistemático. La primera se refiere a que el Anteproyecto no contempla la función interpretativa de los usos, que son de gran importancia en el tráfico internacional. Sabemos que los contratantes deben adaptarse a las prácticas imperantes en su respectivo sector comercial (art. 10.1), que las costumbres pueden imponer cláusulas implícitas (art. 32.1.c) y que el uso determina las obligaciones derivadas del contrato (art. 44), pues el régimen previsto para la buena fe es extrapolable a los usos. En pocas palabras, una y otros se conciben solamente como fuentes de integración del contenido y los efectos del contrato, pero no como pautas de interpretación, en lo que el Anteproyecto se aparta, no sólo de todos los Códigos europeos, sino también de los textos uniformes<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. G. GANDOLFI, *Op. cit.*, p. 156; parece referirse al célebre Peerless case, sobre dos buques del mismo nombre que partieron de Bombay el mismo día con destino a Liverpool por encargo de los mismos contratantes, en que se anuló el contrato por no poder ser identificado el cargamento objeto del mismo (*Raffles v. Wichelhaus*, 2 H. & C. 906, 159 Eng. Rep. 375, 1864), sobre el cual vid. E. A. FARNSWORTH, *Op. cit.*, 125-126, y *Leading Cases in the Common Law*, ed. por SIMPSON, London, 1995, pp. 135 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. los arts. 1159 Cc fr., 1287 CC esp y 1368-I Cc it y el par. 157 BGB, así como los arts. 8.3 Conv. Viena, 4.3.1.b y f Princ. Unidroit y 5:102.d-f Princ. Lando, antes transcrito.

Así, pues, es aconsejable que en una futura revisión de la propuesta que hemos examinado se subsane esta desafortunada omisión, a la vez que sería recomendable consagrar una norma según la cual la *lex mercatoria* se entiende incorporada al contrato, a no ser que la aplicación de determinado uso al caso concreto no sea razonable, tal como la que establecen los Principios de Unidroit y los de la Comisión Lando<sup>37</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación integradora ha desaparecido de la sistemática del Anteproyecto, concordando con los Principios europeos, pero no con los de Unidroit, que mantienen la autonomía de la figura y la distinguen de las fuentes de integración de las obligaciones implícitas, aún a costa de reiterar dos normas de contenido casi idéntico<sup>38</sup>. Esto se debe a que la interpretación integradora tiene sus propias funciones y es, por ello, independiente de la integración. Sin poder entrar aquí en detalles, su papel más característico es llenar las lagunas o los vacíos del contrato mediante la autointegración del mismo, conforme a la buena fe principalmente y también con arreglo a los usos y al Derecho dispositivo. Por eso, los *implied terms* del Derecho anglosajón se corresponden con la *ergänzende Vertragsauslegung* alemana<sup>39</sup>, y no con la integración del contrato como el orden sistemático del Anteproyecto da a entender.

Además, la existencia de lagunas en los contratos no obedece sólo a la ignorancia o a la imprevisión de los contratantes, sino que responde en ocasiones al propósito deliberado de los mismos. Esto suele ocurrir cuando las partes han alcanzado un principio de acuerdo sobre algunos aspectos esenciales del contrato, pero saben que la espada de sus asesores legales puede impedirles cerrar definitivamente el trato, por lo que deciden dejar los detalles para un momento ulterior. Incluso se ha señalado que hay aquí una razón económica, y es que la negociación puede costar más que lo que se ahorra con ella; así, si existe sólo una posibilidad entre mil de que sobrevenga un riesgo de pérdidas por valor de 500, no tiene sentido invertir más de cinco en entablar negociaciones para desplazar tal riesgo a la otra parte<sup>40</sup>. De aquí que, a nuestro juicio, esta figura deba ser recuperada por el Anteproyecto.

---

<sup>37</sup> Cfr. los arts. 1.8.2 Princ. Unidroit y 1:105.2 Princ. Lando.

<sup>38</sup> Cfr. los arts. 4.8 y 5.2 Princ. Unidroit.

<sup>39</sup> *Vid.* H. KÖTZ, *Op. cit.*, p. 278, por todos.

<sup>40</sup> Como observa H. KÖTZ, *Op. cit.*, p. 268.

#### 4. BREVE REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, es claro que estos detalles de técnica legislativa no deben ocultar el acierto del Anteproyecto al prever una regulación sintética de la interpretación de los contratos, ni empañar el notable esfuerzo realizado por el Profesor G. GANDOLFI al tender un puente sobre el Canal de la Mancha y buscar un razonable punto de encuentro entre el Derecho inglés y la tradición continental. Por eso, acaso confía demasiado en las virtualidades hermenéuticas del texto contractual y abre un cauce, no muy amplio, a la actuación explícita de la buena fe en este campo.

Con todo, no hay que olvidar que la materia aparece dividida por la tensión de la interpretación subjetiva y la interpretación objetiva, desde la *voluntas* de Papiniano (D. 50.16.219) y los *verba* de Paulo (D. 32.25.1). Si en la codificación triunfa la primera, siempre estuvo acompañada de más o menos reglas sobre la interpretación objetiva y, a lo largo del siglo pasado, hemos asistido, no sólo al claro predominio de esta última, sino a una profunda transformación de la misma, que ha pasado de estar centrada en la declaración de voluntad a girar ahora en torno el criterio objetivo de la buena fe. Esto pone de relieve que la tarea fundamental de la interpretación del contrato no es tanto intentar reconstruir las manifestaciones de los contratantes, sino más bien atribuir a tales manifestaciones el significado objetivo que tiene para un hombre razonable. Y ello debe ser así, hoy en día, y en especial en los contratos internacionales, pues este criterio constituye la principal garantía de imparcialidad del intérprete en la interpretación de los contratos.



# INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL CONTRATO<sup>(\*)</sup>

**SUMARIO:** 1. Principales novedades del Anteproyecto de Pavía. 2. Distinción de inexistencia y nulidad. 3. Disciplina de la inexistencia. 4. Causas, efectos y remedios de la nulidad. 5. Supuestos de ineficacia parcial.

## 1. PRINCIPALES NOVEDADES DEL ANTEPROYECTO DE PAVÍA

En lo que concierne a las anomalías del contrato, el Anteproyecto de Pavía<sup>1</sup> es francamente innovador y contrasta con las otras propuestas de textos uniformes, tanto con los *Principios* de Unidroit como con los elaborados por la Comisión Lando, cuya regulación es casi idéntica en esta compleja materia. Debe resaltarse, sin embargo, que los tres textos aludidos difieren de la Convención de Viena de 1980, en vigor en España desde 1991, que no se pronuncia sobre validez de la compraventa internacional de mercancías (art. 4.a).

En efecto, en los mencionados *Principios* se alude a la validez del contrato y se excluye la invalidez causada por incapacidad, falta de legitimación e inmoralidad o ilegalidad (art. 3.1), mientras que se contempla tan solo la anulabilidad del contrato, y por eso se regula únicamente el error (art. 3.4), el dolo (art. 3.8), las amenazas (art. 3.9) y la lesión o excesiva desproporción de las ventajas obtenidas por una parte a causa de la dependencia o la inexperiencia de la otra (art. 3.10). Y en términos muy semejantes se expresan los pretendidos *Principles of European Contract Law* (arts. 4:101 y ss).

---

<sup>(\*)</sup> Por Carlos VATTIER FUENZALIDA.

<sup>1</sup> *Vid.* la versión española de J. L. DE LOS MOZOS y A. LUNA SERRANO publicada en *RGLJ*, 2001, pp. 713 y ss; para una visión de conjunto, nos remitimos a nuestro estudio «El Anteproyecto de Pavía», *Derecho Patrimonial Europeo*, coord. por G. PAPALO MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y M<sup>a</sup> J. REYES LÓPEZ, Cizur Menor (Navarra) 2003, pp. 419 y ss.

Antes bien, el Anteproyecto nos propone, por el contrario, una disciplina bien articulada de todas las anomalías del contrato, que se asienta fundamentalmente en la tradición romanista, en los Códigos civiles europeos y en la dogmática continental. Como informa el redactor final del Anteproyecto, el Profesor G. GANDOLFI, en los trabajos preparatorios hubo unanimidad, con alguna salvedad, a la hora de desestimar el original planteamiento de una de sus principales fuentes de inspiración, el *Contract Code*, sobre los contratos irregulares<sup>2</sup>.

Dadas las incertidumbres de la nulidad, el Profesor H. MCGREGOR ha evitado referirse en su Proyecto a ella y la sustituye por la inexigibilidad (*unenforceability*) del contrato frente a la parte que se trata de proteger, nueva categoría que se parece más bien a nuestra anulabilidad, sólo que concebida como una *exceptio* del contratante débil o protegido. Las distintas hipótesis se ordenan, a continuación, conforme a una escala que es a la vez decreciente según la gravedad del defecto y creciente en cuanto a los efectos que se derivan del contrato irregular. Así, los que adolecen de los defectos más graves –los contratos ilegales y los que carecen de los requisitos de forma– no son exigibles, ni confieren derechos de restitución, con la posible excepción del cumplimiento parcial de los mismos; por otra parte, otorgan pretensiones de restitución, aunque son inexigibles, los contratos celebrados por incapaces y los faltos de consentimiento libre y de consentimiento pleno; en fin, son también inexigibles, pero habilitan para reclamar la restitución de los provechos y el reembolso de los gastos, el error común padecido por ambas partes y los contratos frustrados (arts. 501 y ss)<sup>3</sup>.

Así, pues, en la gestación del Anteproyecto se descartó esta propuesta, básicamente, por no responder con exactitud a ninguno de los ordenamientos vigentes a ambos lados del canal de La Mancha y por ser un tanto paradójico al admitir el contrato existente, acaso eficaz, pero inexigible, categorías que no son fácilmente conciliables entre sí. Con todo, no se puede olvidar que la Directiva 1993/13/CEE, sobre las abusivas en los contratos celebrados

---

<sup>2</sup> *Vid. Code Européen des Contrats*, I, Milán, 2001, pp. 422 y ss y 544-545, incluidos los juristas anglosajones, p. 467. Sin embargo, no faltaron opiniones favorables al mismo, como las del grupo de juristas alemanes, p. 446, el griego G. DASKAROLIS, p. 476, y el grupo de juristas españoles, p. 502, este último formado por J. L. DE LOS MOZOS, G. GARCÍA CANTERO y A. LUNA SERRANO.

<sup>3</sup> *Vid. nuestra traducción de H. Mcgregor, Contract Code*, en colaboración con J. M. DE LA CUESTA SÁENZ, Barcelona, 1997, pp. 151 y ss.

con consumidores, al disponer que tales cláusulas “no vincularán al consumidor” (art. 6.1), contempla un supuesto de ineficacia que guarda una notable similitud con el contrato total o parcial inexigible al contratante protegido, tal y como previene el texto descartado.

De aquí que la disciplina del Anteproyecto se encuadre en los moldes habituales del Derecho continental, y lo hace con una loable perfección técnica, como no podía ser de otro modo, dados los profundos estudios comparados que el redactor final ha dedicado a esta materia<sup>4</sup>. Lo que presenta un valor ejemplar para nuestro ordenamiento en el que, a la confusa redacción del Código civil (arts. 1300 y ss), se unen las dudas de la doctrina y las imprecisiones de la jurisprudencia<sup>5</sup>.

Por eso, desde la óptica de nuestro Derecho, conviene puntualizar las principales innovaciones del Anteproyecto sobre la patología de los contratos, que se refieren a los aspectos más discutidos de la compleja problemática de las nulidades; tales aspectos son, en concreto, la omisión de la validez y la regulación exclusiva de la ineficacia, la propuesta de un amplio abanico de anomalías del contrato, la falta de una regla general sobre las mismas, las diferentes causas de inexistencia y de nulidad, la ineficacia parcial en todas sus variantes y la preferencia por los remedios extrajudiciales.

En cuanto a la distinción de invalidez e ineficacia, es sabido que ha dividido a nuestra doctrina, desde hace medio siglo, entre los partidarios de absorber la primera en la última y los que pensamos que se trata de categorías cualitativamente distintas, que sólo coinciden en el resultado negativo, y a la vez empírico, de extinguir la relación que surge del contrato y desligar, en términos generales, a los contratantes.

En efecto, en un primer momento, pareció imponerse el criterio según el cual la ineficacia abraza, no sólo los supuestos en que el contrato no logra sus efectos normales, sino también aquéllos en que, por falta de

---

<sup>4</sup> Nos referimos a los dos gruesos y documentados volúmenes de G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido*, Milán, 1984 y 1988.

<sup>5</sup> *Vid.*, por todos, la síntesis de los principales problemas que ofrece A. GORDILLO CAÑAS, «Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1990, pp. 935 y ss, y allí referencias.

los requisitos legales, el contrato es inválido<sup>6</sup>. En esta dirección, se ha mantenido con insistencia que la alternativa invalidez-ineficacia tiene mucho de arbitrario por ser fundamentalmente terminológica<sup>7</sup>, y se ha afirmado, hace poco, que es artificial, distorsionadora y no responde a las nuevas fórmulas de ineficacia unidas por la legislación y la jurisprudencia recientes a la ilegalidad de los contratos<sup>8</sup>. Asimismo, este criterio ha pasado a las obras generales más usuales, en las que se afirma que los distintos tipos de invalidez– nulidad, anulabilidad e inexistencia –son causas de ineficacia, una clase de esta última, o una especie dentro de la categoría genérica de la ineficacia<sup>9</sup>.

Es cierto que esta postura concita los mayores apoyos y ha llegado ser dominante entre nosotros. Pero no lo es menos que deforma el concepto de invalidez al no tener en cuenta el juicio de valor que ésta comporta y al subrayar que comparte con los supuestos típicos de ineficacia el resultado negativo que hemos señalado. En otras palabras, mientras la primera es de índole normativa o prescriptiva, y por eso rechaza los contratos que no satisfacen las exigencias legales, los últimos operan de forma automática cuando se dan los requisitos propios de su respectiva hipótesis legal. Vistas así, las dos categorías son cualitativamente distintas y no se deben situar en el mismo plano, aunque sus resultados finales sean equivalentes.

---

<sup>6</sup> Idea que arranca, como se sabe, de B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I-1, Turín, 1902, p. 326, nota 1. Entre nosotros, mantiene esta postura F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pp. 461 y ss, y la comparte, entre otros, J. L. DE LOS MOZOS, «La nulidad de los actos jurídicos», ahora en *El negocio jurídico*, Madrid, 1987, p. 561; concuerda, asimismo, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2, Madrid, 1982, p. 922.

<sup>7</sup> En este sentido, L. Díez-PICAZO, «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», *ADC*, 1961, pp. 606 y ss, y últimamente, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996, p. 451.

<sup>8</sup> Tras un detenido estudio, llega a esta conclusión, recientemente, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2003, pp. 322 y ss; asimismo, J. A. MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, pp. 181 y ss, quien atribuye a la ineficacia, no obstante, la función valorativa que es propia de la invalidez.

<sup>9</sup> Se trata de los planteamientos que imperan en la manualística actual; *vid.* Respectivamente M. GARCÍA AMIGO, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, p. 396, M<sup>a</sup>. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ y otros, *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1995, p. 417, y M<sup>a</sup>. C. GETE-ALONSO CALERA, *Manual de Derecho Civil*, II, 1996, p. 641.

En este sentido, la tesis opuesta sostuvo, poco después, que estamos ante realidades normativas diferentes y situadas en distintos planos, pues la invalidez supone un juicio de valor, una sanción por la inobservancia de las normas que regulan la actividad contractual y cuya disciplina es la de la nulidad y la anulabilidad<sup>10</sup>. En cambio, la ineficacia abarca una serie de supuestos con regulación propia que permiten a las partes desvincularse del contrato, bien por un hecho externo al mismo –como la falta de celebración del matrimonio en las donaciones *propter nuptias*– o bien por resolución judicial, en los casos de rescisión por lesión o no incorporación de cláusulas opacas a las condiciones generales o, por último, por una facultad legal o convencional, tales como las de resolución por incumplimiento, la denuncia de un contrato duradero o el desistimiento unilateral<sup>11</sup>.

Es evidente que no es este el lugar apropiado para estudiar la referida distinción en profundidad, ni para hacer un repaso de los distintos matices que admiten las tesis sumariamente expuestas; se trata, además, de un problema de sistemática externa y de escasa trascendencia práctica. Hechas estas salvedades, creemos que acierta la última postura, aun cuando sea minoritaria, por tres razones principales. Por una parte, mantiene la diferencia cualitativa entre la invalidez y la ineficacia; por otra, se acomoda a la separación, que es común a todos los contratos, de la estructura y la función, estructura del momento genético, el del juicio de validez, y función del momento efectual, el de la posible ineficacia sobrevenida en la relación contractual; en fin, la categoría de la ineficacia, reducida a sus justos términos, comprende supuestos tan heterogéneos entre sí que pierde en buena medida su posible valor explicativo del ordenamiento en vigor.

<sup>10</sup> En este sentido, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2, Madrid, 1981, pp. 231 y ss, y últimamente, en J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, Madrid, 1999, pp. 246 y ss. En todo caso, es significativo que la reciente Ley 34/2002, de 11 de junio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que ha modificado los Códigos civil y de comercio, se refiera expresamente a la validez de los contratos: “Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez” (art. 23.1-I).

<sup>11</sup> Son los ejemplos que propone P. DE PABLO CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho Civil*, II, Madrid, 2000, p. 445-446, que admite la distinción de la invalidez y la ineficacia; en el mismo sentido, C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1995, p. 141-142, distingue los supuestos de invalidez y de ineficacia en sentido estricto.

Con todo, el Anteproyecto no se hace eco de esta distinción y confiere una regulación uniforme a todos los supuestos de ineficacia, comprendidos los de invalidez. Aunque esta categoría se menciona de pasada en los trabajos preparatorios<sup>12</sup>, el redactor final parece haber acogido el criterio de los juristas españoles que, conforme a nuestra *communis opinio*, equiparan la invalidez y la ineficacia<sup>13</sup>, así como la opinión expuesta a propósito de la simulación, según la cual se debe regular, no en el cuadro de la invalidez, esto es, en la teoría de las nulidades, sino en el de la inoponibilidad, con lo que se evoca la noción de ineficacia<sup>14</sup>. Esto se ha extendido, por tanto, a todos los casos en que esta última se presenta, a pesar de que ha quedado alguna mención aislada al contrato válido.

En efecto, el Anteproyecto, en un precepto paralelo al artículo 1156 del Código civil, y tan criticable como éste, enuncia una larga lista de hechos extintivos y que entrañan ineficacia, tanto del contrato como de las relaciones que nacen del mismo, y en cuya virtud se extingue o queda privado de efecto; entre otros hechos, figuran aquí la nulidad, la anulación y la rescisión (art. 128.1), las cuales se regulan más adelante, junto a las otras anomalías del contrato y sus posibles remedios.

Aunque todas las anomalías se enfocan desde la perspectiva de la ineficacia, llama la atención la gran variedad de supuestos que se contemplan, así como lo bien perfilados que cada uno aparece, lo mismo en sus causas que en las consecuencias que provocan. Así, se conciben como supuestos diferentes la inexistencia (art. 137), la nulidad (art. 140), la nulidad sobrevenida, mal llamada caducidad (art. 142), la anulabilidad (art. 146), la ineficacia por voluntad de las partes o por disposición de

---

<sup>12</sup> Así, los juristas británicos, *Code Européen*, *Op. cit.*, p. 467, y el propio G. GANDOLFI, p. 545, alude a las “hipótesis de invalidez” cuando se refiere a todos los supuestos de ineficacia. Además aflora en algunos preceptos, tales como los relativos a los contratos prohibidos (art. 140.5), la nulidad sobrevenida (art. 142.1), la confirmación del contrato nulo (art. 143.2) y la conversión del mismo (art. 145.1).

<sup>13</sup> *Vid. Code Européen*, *Op. cit.*, p. 501; por su parte, J. L. DE LOS MOZOS, p. 508, propuso sistematizar el artículo 501 del *Contract Code* de acuerdo con las siguientes hipótesis de ineficacia en estos términos: “a) nulidad, por oposición a la ley, o al orden público, y por la falta de las condiciones o elementos necesarios para que el contrato pueda existir; b) anulabilidad por defecto de capacidad o por vicios del consentimiento; c) otros contratos <irregulares>, <defectuosos> e <incompletos>”, lo que se refleja también en el Anteproyecto.

<sup>14</sup> En el sentido indicado, J.-P. SORTAIS, *Code Européen*, *cit.*, p. 488.

la ley (art. 153), la inoponibilidad (art. 154), la simulación y la reserva mental (art. 155) y la rescisión por lesión (art. 156).

Además, esta amplia panoplia de anomalías está correctamente articulada, pues los supuestos de hecho se han definido con nitidez, sin que se adviertan solapamientos, ni lagunas, entre ellos, con la importante excepción del extenso artículo 140 del Anteproyecto, que versa sobre las causas de la nulidad y está necesitado de una profunda revisión. Sin embargo, lo que se gana en claridad, se pierde en ocasiones con reiteraciones no siempre atinadas<sup>15</sup>, como el procedimiento para hacer valer la respectiva anomalía, que se repite en el régimen de cada una de ellas. Una consecuencia sustantiva que se desprende de esto es que no hay una regla general entre las distintas anomalías, sino que cada una de ellas actúa cuando se den las causas que las desencadenan; todas están situadas, pues, en un plano horizontal<sup>16</sup>. No obstante, existe una excepción a esta regla negativa y es que, en caso de duda, se estimará que hay nulidad y no inexistencia del contrato (art. 137.3).

Aparte de esta última distinción, que veremos más adelante, es llamativa también la atención que el Anteproyecto confiere a todas las posibles hipótesis de ineficacia parcial. Al lado de la nulidad parcial (art. 144), cabe que la inexistencia afecte solamente a una cláusula o expresión del contrato (art. 139), lo mismo que la anulabilidad (art. 146.3) y la ineficacia (art. 153.5). Sin embargo, no se ha aprovechado la ocasión para contemplar el pacto de separabilidad, que es poco conocido en el Derecho continental, en cuya virtud las partes acuerdan de forma expresa que, a pesar de la ineficacia que puede incidir sobre una o varias cláusulas del contrato, éste continuará, o no, con las restantes cláusulas que mantienen su eficacia. Lo

---

<sup>15</sup> Que G. GANDOLFI, *Code Européen*, cit., p. 545, mantiene con la finalidad de que el Anteproyecto constituya una guía clara y segura para sus destinatarios, que no son los juristas, a su juicio, sino más bien los ciudadanos que operan en el mercado interior europeo.

<sup>16</sup> Esto excluye, en principio, las dudas acerca de la regla general sobre la invalidez de los contratos; a favor de la nulidad se inclina F. JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, p. 132 y ss, mientras que admiten una tendencia expansiva de la anulabilidad, entre otros, A. Gordillo Cañas, *Op. cit.*, pp. 966 y ss, y M. PASCUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, pp. 88 y ss.

que es de lamentar pues en la gestación del texto se hizo una sugerencia explícita al respecto<sup>17</sup>.

Finalmente, se aprecia en el Anteproyecto una marcada preferencia por los remedios extrajudiciales, en concordancia con el Código alemán, incluso en una materia tan impregnada de orden público como son las anomalías contractuales. En todas ellas, la parte que pretende invocarlas debe comunicar a la otra su intención de hacerlo y sólo tras un *spatium deliberandi*, de tres o seis meses, se abre la vía judicial, sin perjuicio de que en el ínterin puedan solicitarse las medidas inhibitorias y conminatorias que procedan. Como explica el redactor final, esta preferencia obedece al claro designio de favorecer el tráfico jurídico intracomunitario<sup>18</sup>.

En suma, estas innovaciones ponen de relieve que estamos ante una de las partes más novedosas del Anteproyecto, aunque no siempre bien lograda, como se puede comprobar en la disciplina de la inexistencia y la nulidad del contrato, que examinaremos brevemente a continuación.

## **2.       DISTINCIÓN DE INEXISTENCIA Y NULIDAD**

Sabemos que el Anteproyecto distingue la inexistencia y la nulidad del contrato, lo que se debe, a juicio del redactor final, a que se trata de dos situaciones diferentes, hoy en día, tanto en el plano ontológico como en el de las consecuencias, que son también diferentes, y merecen por ello una regulación distinta. Omitir esta realidad sería, en su opinión, una laguna imperdonable y significaría remitir a los jueces nacionales la determinación de los efectos de una y otra, con lo que se comprometería seriamente la meta de la unificación del Derecho europeo<sup>19</sup>. Además, el régimen específico de cada figura recoge las propuestas formuladas por los juristas franceses e italianos, lo que no deja de ser sorprendente.

Sin embargo, hay que reconocer que se trata de una innovación arriesgada puesto que no responde a los criterios imperantes en los ordenamientos vigentes en la actualidad. En ninguno de ellos la distinción se ha consagrado en la ley, y en todos ellos prevalece la opinión según la cual la inexistencia carece de entidad conceptual y de disciplina normativa, al tiempo que se

---

<sup>17</sup> Formulada por D. MEDICUS, *Code Européen, Op. cit.*, p. 456.

<sup>18</sup> *Vid.* G. GANDOLFI, *Code Européen, Op. cit.*, p. 545.

<sup>19</sup> *Vid.* G. GANDOLFI, *Code Européen, Op. cit.*, pp. 546 y 547.

confunde con la nulidad y, en particular, se la asimila a la nulidad estructural. Asimismo, se entiende que la nulidad, pese a las omisiones e imprecisiones de los Códigos, es la única anomalía prevista y regulada por el Derecho positivo, siempre en contraposición con la anulabilidad.

En efecto, en Francia, la cuna de la inexistencia, se identifica con la nulidad virtual, esto es, la que no está prevista expresamente por un texto legal, con lo cual se descarta la autonomía de la misma y se la considera como una cuestión de hecho, o de grado, dentro de esta última<sup>20</sup>. No obstante, también se mantiene la autonomía de la inexistencia para aquellos casos en que la falta de las condiciones esenciales del contrato es tan evidente que hace innecesario el recurso judicial o permite prescindir de la prescripción de la acción de nulidad; y se estima, además, que se ha reforzado en la práctica legislativa por las cláusulas que se reputan como no escritas<sup>21</sup>.

Sin embargo, parece que fueron exponentes de esta última orientación los que intervinieron en la preparación del Anteproyecto, cuya opinión ha resultado acogida por el redactor final<sup>22</sup>. Por eso, en los trabajos preparatorios se insistió en la conveniencia de añadir a la trilogía clásica de la inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa, una noción que está en vías de desarrollo, la tachadura (*caviardage*) de las cláusulas que se tienen por no escritas, la cual se asemeja a la inexistencia por funcionar automáticamente sin la intervención de un juez. Al mismo tiempo, se apuntó que la inexistencia no puede ser sino excepcional, es decir, sólo para aquellas hipótesis en que no hay un concurso efectivo de la voluntad, como cuando, por ejemplo, la aceptación no puede corresponder con la oferta debido al contenido equívoco de esta última<sup>23</sup>. Como veremos, ambas iniciativas han pasado al texto definitivo del Anteproyecto.

Asimismo, en el Derecho italiano, es el propio Código civil el que refunde todas las causas de nulidad en una norma que abarca, no sólo la

---

<sup>20</sup> En este sentido, respectivamente, A. BÉNABENT, *Obligations*, París, 1995, p. 116, B. STARK, H. ROLAND y B. LAURENT, *Obligations*, 2, París, 1995, p. 370, y P. MALAURIE y L. AYNÈS, *Cours de droit civil*, IV, París, 1994, p. 311.

<sup>21</sup> Así, J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4, París, 1990, p. 204.

<sup>22</sup> *Vid.* G. GANDOLFI, *Code Européen*, *Op. cit.*, p. 547.

<sup>23</sup> Son las propuestas de J. CARBONNIER y de J. GHESTIN, *Code Européen*, *Op. cit.*, pp. 480 y 483.

falta de acuerdo, causa, objeto y forma, sino también los contratos contrarios a las normas imperativas, la ilicitud de los motivos, el objeto sin los requisitos legales y los demás casos establecidos por la ley (art. 1418)<sup>24</sup>. Sin embargo, los juristas italianos que participaron en la gestación del Anteproyecto se mostraron partidarios de separar la inexistencia y la nulidad.

Así, se sostuvo que tal distinción responde a la exigencia concreta de determinar, por un lado, el cuadro en el que el contrato puede ser objeto del juicio de nulidad y de producir, por excepción, los efectos ligados al contrato nulo, y por otro, las situaciones en las que no se puede identificar un acto de autonomía de la voluntad, en las que no existe una situación socialmente calificable como un contrato. Por otra parte, se remarcó que, mientras la inexistencia alude a una especie de imperfección que deja al contrato fuera de la esfera del Derecho, la nulidad le confiere, por excepción, y por economía jurídica, una importancia jurídica disminuida. Asimismo, se señalaron las hipótesis más relevantes en las que el contrato no existe, a saber, por falta de objeto del acto de autonomía privada o porque su destinatario es incapaz o no existe todavía, como el *nasciturus* o la sociedad pendiente de inscripción. En fin, se observó que, según la doctrina y la práctica, el contrato inexistente se ha de sustraer a la confirmación, admitida para los contratos anulables, y a la recuperación, que cabe en los contratos nulos<sup>25</sup>. Todo lo cual se refleja también en el Anteproyecto.

En cambio, el grupo de juristas españoles se abstuvo en este punto, en consonancia con el estado incierto de la cuestión en nuestro Derecho. Recordemos que el Código no contempla la inexistencia del contrato, aunque late, en especial, en el artículo 1261 en relación con el 1300 y el 1310, y que la jurisprudencia acude a ella como un expediente retórico en los casos de nulidad, sobre todo por simulación, tanto absoluta como relativa. Además, en la doctrina coexisten tres concepciones distintas sobre la inexistencia —un concepto, una institución, una situación de hecho— las cuales son contrarias, en suma, a la distinción que examinamos.

---

<sup>24</sup> Esta norma tiene un prestigioso precedente en F. K. v. SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano Actual*, III, Madrid, s. d., p. 356, quien agrupa las causas de la nulidad originaria en dos especies, la ausencia de las condiciones necesarias del acto jurídico y la ley que lo prohíba.

<sup>25</sup> Se trata de las opiniones de C. M. BIANCA, A. FALZEA, G. OPPO, y P. RESCIGNO, *Code Européen, Op. cit.*, pp. 521, 526, 534 y 538; también se declaró partidario de la distinción J. M. ANTUNES VARELA, p. 511.

En efecto, para un sector de la doctrina, la inexistencia es una categoría conceptual, que ha servido para deslindar la nulidad y la anulabilidad e introducir una cierta dosis de flexibilidad en la materia, la cual ha devenido inútil e innecesaria por carecer de un régimen jurídico propio<sup>26</sup>. Concebida así, se ha negado que sea una categoría dogmática, o técnica, sino un instrumento dialéctico, que ha sido útil en algún caso para forzar los límites de la nulidad<sup>27</sup>. En esta línea de pensamiento, se ha afirmado recientemente que se trata de un concepto obsoleto, puesto que, una vez superadas la confusión de nulidad y anulabilidad, así como la necesidad de la nulidad textual, “la figura de la inexistencia pierde su triple función: retórica, clarificadora y de huida de la rigidez de la textualidad”<sup>28</sup>.

Por su parte, otro sector de la doctrina confiere a la inexistencia una realidad institucional y la concibe como una causa de nulidad que se presenta cuando falta el consentimiento, hay ausencia de objeto o de causa, en concreto por simulación, y cuando no se cubra la forma *ad solemnitatem*<sup>29</sup>. Entendida la inexistencia en estos términos, se identifica, pues, con la nulidad estructural.

Finalmente, los autores que han estudiado la figura de forma monográfica opinan que la inexistencia es una mera situación de hecho. Así, sostiene J. L. DE LOS MOZOS que, debido a esta naturaleza distinta, difiere de la nulidad estructural y tiene lugar en los casos en que falta el consentimiento y el objeto del contrato, pero no la causa, por ser ésta de

---

<sup>26</sup> Es la posición de F. DE CASTRO Y BRAVO, *Op. cit.*, p. 465, que desartolla L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *Op. cit.*, pp. 454 y ss. La comparten, entre otros, M<sup>a</sup>. C. GETE-ALONSO CALERA, *Op. cit.*, p. 642, M<sup>a</sup>. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 422; concuerda con esta concepción, aunque no considera que la inexistencia sea una causa de nulidad, P. DE PABLO CONTRERAS, *Op. cit.*, p. 444, pues, dado el artículo 6.3 del Código civil, estima que es innecesaria.

<sup>27</sup> Así opina J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios*, *Op. cit.*, p. 242, lo que reitera F. RIVERO HERNÁNDEZ, en J. L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Op. cit.*, II-1, Madrid, 1999, p. 547.

<sup>28</sup> En este sentido, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Op. cit.*, p. 329, que acaba por asimilarla, sin embargo, a la nulidad estructural para distinguirla de la nulidad por infracción de norma prohibitiva, p. 404.

<sup>29</sup> Es el criterio clásico de J. Castán Tobeñas, *Op. cit.*, p. 929, que mantiene M. GARCÍA AMIGO, *Op. cit.*, pp. 400-401; asimismo, C. MORENO LUQUE, «Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión», *AC*, 1986, p. 2627.

índole valorativa. A diferencia de la nulidad, no puede ser subsanada por la confirmación o la conversión y sus efectos son de carácter no negocial, tales como los que nacen de la buena fe en los tratos preliminares y no concurrencia de oferta y aceptación, los nacidos de la intención de crear una apariencia, que puede ser un acto ilícito o una adquisición *a non domino*, y por último, los nacidos del error absoluto, que se basan en el enriquecimiento injusto, como el pago indebido o la entrega de una cosa no debida. Sin embargo, ante la falta de otro cauce procesal, sólo puede ejercerse por la acción de nulidad, con lo que pasa a ser de nuevo una causa de la misma, una acción de nulidad por inexistencia. Acaso por esto, cuando el autor ha vuelto sobre el tema, veinte años después, ha reconocido que la inexistencia “carece de la entidad suficiente como para formar una categoría independiente, dentro de la teoría de las nulidades”<sup>30</sup>.

No es disímil el planteamiento de A. GORDILLO CAÑAS, aun cuando las consecuencias de la inexistencia son, a su juicio, completamente distintas. La inexistencia existe, en aparente juego de palabras, en su vertiente “racional o lógica”, única que cabe en nuestro Derecho, cuando en la realidad de los hechos falta un elemento del contrato porque no se verifica o es imperfecto el presupuesto negocial, en concreto, porque no concurren los *essentialia negotii*. Por eso, la inexistencia es ciertamente un concepto teórico, pero alude también a un fenómeno o a una situación que puede darse, y sin duda se da, en la realidad fáctica. Además, conviene distinguirla de la nulidad por acto contrario a la ley, no sólo para no desfigurar esta última, sino porque la inexistencia, al no ser de índole jurídico-valorativa, tampoco es un específico y unitario tipo general de ineficacia negocial, que se sitúe, como un *tertium quid*, entre la nulidad y la anulabilidad. En opinión de este autor, hay supuestos de inexistencia en que el remedio más adecuado no es la nulidad, sino la anulabilidad, como en los casos de incapacidad natural, algunos defectos de la voluntad, la falta de poder de representación y la reserva mental<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Vid., «La inexistencia del negocio jurídico», ahora en *El negocio jurídico*, *Op. cit.*, pp. 91 y ss, esp. 139-151; en un trabajo posterior el mismo autor se ha ocupado de nuevo de este extremo, «La nulidad de los actos jurídicos», ahora en la *Op. cit.*, pp. 555 y ss, de donde procede la frase transcrita, pp. 571-572.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, pp. 941, 952 y 957 y ss. En su opinión, esta concepción de la inexistencia está ligada estrechamente con la noción organicista del acto jurídico según la cual éste, como cualquier otro organismo, vive, muere, sufre heridas y puede ser curado, de modo que la nulidad parece una cualidad jurídica inherente al mismo, y no la

Sin embargo, el Anteproyecto se aparta de estas orientaciones y configura la inexistencia, tanto como una anomalía típica de los contratos, cuanto como un tipo especial e independiente de ineficacia contractual. Esto quiere decir que la inexistencia, lejos de ser una simple categoría dogmática, se eleva al rango de la realidad normativa e institucional, que se inserta como una hipótesis más en el cuadro general de la ineficacia de los contratos. Asimismo, se separa de la nulidad a la vez que se equipara a esta última, dado que sus consecuencias inmediatas son las mismas, aunque no sea susceptible de confirmación ni de conversión. En fin, la inexistencia deja de ser una situación de hecho para convertirse en un verdadero supuesto de hecho autónomo, con un régimen jurídico propio, aunque escueto.

En definitiva, tras este largo prolegómeno, podemos entrar ya, directamente, en las propuestas del Anteproyecto en esta materia. Ante todo, veremos la disciplina de la inexistencia; luego nos ocuparemos de las causas, efectos y remedios de la nulidad, y terminaremos con los distintos supuestos de ineficacia parcial.

### **3. DISCIPLINA DE LA INEXISTENCIA**

Vistas las indicaciones del Anteproyecto, la inexistencia se puede definir atendiendo a sus causas, efectos y formas de ejercicio. En este sentido, consiste en una anomalía estructural del contrato que tiene lugar cuando es socialmente irrecognoscible, carece de efectos y desvincula a las partes, salvo las restituciones recíprocas y la indemnización de los daños y perjuicios, es insubsanable, imprescriptible y puede invocarse por vía notarial y, tras un breve plazo de reflexión, mediante una acción judicial declarativa, sin perjuicio de las acciones ejecutivas de cesación y conminación.

En cuanto a las causas, se contempla una causa genérica que se presenta cuando la actuación de los contratantes no pueda ser exteriormente reconocida o referida a la noción social de contrato, actuación de carácter negativo –ausencia, dice el texto– que puede ser lo mismo un hecho, un

---

reacción que el ordenamiento predispone ante su invalidez. Sobre la asimilación del régimen de la inexistencia a la anulabilidad, *vid.* las observaciones de A. M. MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 445.

acto, una declaración o cualquier otra situación (art. 137.1), en especial los *facta concludentia*. Aunque se mencionan supuestos de naturaleza diversa, es claro que se pretende abarcar aquí toda la fenomenología jurídica, que dependa de las acciones y omisiones de los particulares, si bien es de suponer que se requiere siempre la actuación de, al menos, un presunto contratante, que altere la situación jurídica preexistente.

Menos evidente es la noción social de contrato, sobre todo, si tenemos en cuenta que para el Anteproyecto contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, que puede comportar obligaciones y otros efectos aun a cargo de una sola de ellas y que se puede formar, no sólo mediante declaraciones de voluntad, sino también por actos u omisiones concluyentes, siempre que sean conformes a una voluntad precedentemente expresada, a los usos o a la buena fe (art. 1). Se trata de un concepto jurídico mínimo, que se basa exclusivamente en el acuerdo de las futuras y eventuales partes contratantes, el cual, aunque exige capacidad de contratar y otros elementos esenciales (art. 5), está muy cerca de la noción social de contrato. Es cierto que esta noción sociológica cambia en función de la evolución histórica, del grado de desarrollo económico, de la cultura jurídica, o de cualquier otra variable que se tome en consideración, pero no es menos cierto que el factor constante es el pacto, el acuerdo de los posibles contratantes. Sin un principio de acuerdo, parece que no se puede reconocer la posible existencia social, ni tampoco jurídica, de un contrato.

Tal noción social es, por lo menos, la que se desprende del Anteproyecto. No sólo es la que aparece, como vimos, en los trabajos preparatorios, sino que es la que está en la base de las cuatro hipótesis particulares en las que “no existe ningún contrato” (art. 137.2), todas las cuales giran en torno a un acuerdo imposible o frustrado, bien por un defecto de la oferta o de la aceptación, o bien por tratarse de una actuación incompleta.

Los defectos de la oferta son de naturaleza subjetiva y objetiva. Conforme con el Anteproyecto, la oferta requiere la existencia y determinación de su destinatario, pues, de no ser así, es una comunicación comercial que comporta una invitación a hacer una oferta, salvo que pueda constituir una promesa al público o una promesa pública<sup>32</sup>. Por eso,

---

<sup>32</sup> Para este punto nos remitimos a nuestro trabajo «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», *Homenaje al Profesor M. Albaladejo*

el acuerdo no puede existir si el destinatario de la oferta, o la declaración destinada a valer como acto de autonomía privada (*sic*), tampoco existe o está privado todavía de capacidad jurídica. Nótese que no se trata de la privación de la capacidad jurídica, pues el destinatario aún no la ostenta, ni de la privación de la capacidad obrar o de las limitaciones impuestas al sometido a concurso o quiebra, sino de la capacidad jurídica determinada por el nacimiento de la persona física y por la inscripción de la persona jurídica en el Registro público correspondiente. De aquí que la oferta sea eficaz, en cambio, cuando exista un substrato material y la esperanza de que llegue a existir el destinatario, como en el caso de un concebido o de una sociedad anónima antes de su inscripción (art. 137.2.a). Lo que vale, igualmente, para las demás sociedades mercantiles, así como para la sociedad civil desde el momento en que los pactos sociales sean públicos, y para las asociaciones y fundaciones en proceso de constitución.

Además, tampoco existe el contrato en caso de que la oferta, o la declaración equivalente, carezca de objeto (art. 137.2.b). De acuerdo con el Anteproyecto, esta mención del objeto de la oferta hay que entenderla referida al contenido de la misma<sup>33</sup>, el cual consiste en todas las condiciones del contrato a estipular o, al menos, en las indicaciones suficientes para determinar su contenido, de modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple (art. 13.1). Si la oferta no contiene estos datos, no puede ser aceptada en la forma indicada, de manera que las posibles actuaciones de los contratantes al respecto han de ser necesariamente ineficaces y el contrato, si llega a acordarse, inexistente.

Asimismo, no puede existir el contrato si la aceptación no se corresponde con la oferta a causa del contenido equívoco de esta última (art. 137.2.c). No se trata aquí de que la aceptación no coincida del todo con la oferta, pues en tal caso constituye una contraoferta (art. 16.6), ni tampoco de la llamada batalla de los formularios, ya que en este caso el Anteproyecto consagra la criticable solución del Convenio de Viena (art. 19.2), según la cual el contrato se entiende celebrado conforme a la

---

*García*, pendiente de publicación, donde abordamos también la formación del consentimiento por el concurso de oferta y aceptación.

<sup>33</sup> Es de notar que el Anteproyecto no contempla el objeto de la oferta sino su contenido, así como tampoco el objeto del contrato sino el contenido del mismo, lo que se puede deber a la supresión tanto de la causa como de la *consideration*, como hemos puesto de relieve en el trabajo citado en la nota anterior.

aceptación si las modificaciones propuestas por ésta son marginales y no son rechazadas con prontitud por el oferente (art. 16.7). Por el contrario, el supuesto que aquí se contempla consiste en que la aceptación no puede ser eficaz debido a las imperfecciones de la oferta, de modo que el acuerdo no puede producirse, ni el contrato puede llegar a existir.

Finalmente, el contrato no nace si la actuación de los posibles contratantes existe, pero es incompleta en términos tales de no poder valer en el plano jurídico ni siquiera como un esquema contractual diferente y más reducido, ni puede ser corregida en función de la superveniencia de otros elementos que se pudieran añadir (art. 137.2.d). Aparte de la falta de las autorizaciones administrativas o judiciales que procedan, estamos en esta hipótesis ante actos inconexos, que no admiten confirmación ni conversión, los cuales sólo podrían salvarse, según el Anteproyecto, por la vía de la interpretación integradora en el sentido menos gravoso para el deudor, si el contrato es gratuito o, si es oneroso, en el que realice mejor un ajuste equitativo de los intereses de las partes (art. 41)<sup>34</sup>. Si esto no es posible, es lógico concluir que el contrato debe ser inexistente.

Por su parte, hablar de los efectos de la inexistencia constituye una evidente *contradictio in terminis*, que el Anteproyecto evita aludiendo a la situación consecuente a la misma, la que no puede ser otra que la vuelta al estado anterior a las actuaciones llevadas a cabo por los sujetos implicados, reintegración que se despliega en tres niveles diferentes. Ante todo, la inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto que se pudiera derivar en el plano contractual; por otra parte, procede la restitución, en principio, en especie de lo que cada parte haya recibido en virtud del contrato inexistente; en fin, cabe la indemnización de los daños padecidos por cada una de ellas, que el Anteproyecto denomina responsabilidad aquiliana, si bien se rige por las reglas de la responsabilidad contractual (art. 138.1)<sup>35</sup>. En cualquier caso, la indemnización se limita a la reparación del interés negativo (art. 166.3.b).

---

<sup>34</sup> Esta solución es discutible ya que parece más razonable entender, como hace el artículo 1289 del Código civil, que el contrato es en este caso nulo o inexistente.

<sup>35</sup> Por error este precepto se remite al artículo 161 del Anteproyecto cuando debe hacerlo al 162.

Por último, esta anomalía del contrato opera de forma automática por el solo hecho de que se produzcan los supuestos que la desencadenan, sin que sea susceptible de regularización o correctivo alguno. El Anteproyecto contempla, además, una acción judicial que es imprescriptible, pero admite su ejercicio extrajudicial mediante una declaración de notoriedad que el Notario debe remitir al otro interesado. La acción judicial es declarativa pues tiene por objeto la constatación de la inexistencia del contrato y sólo puede interponerse tras un plazo de reflexión, cuya duración de seis o tres meses no se ha definido<sup>36</sup>, con la finalidad de facilitar el acuerdo de los interesados, durante el cual proceden las medidas urgentes de inhibición y conminación que, a petición de parte, el juez estime oportunas y adecuadas al caso (art. 138.2).

Como colofón, conviene que apuntemos unas breves consideraciones finales. Ante todo, es de señalar que la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 ha introducido en el BGB un plazo de reflexión semejante, por un tiempo razonable, en materia de responsabilidad contractual (par. 281.1), desistimiento anticipado (par. 314.3) y resolución por incumplimiento (par. 323.1), con la misma finalidad de estimular el acuerdo extrajudicial de los contratantes. De otra parte, el procedimiento previsto por el Anteproyecto, con sus dos fases, es común a las restantes anomalías, y en concreto para hacer valer la nulidad, así como la conversión del contrato nulo, sólo que en estos casos no es preceptiva la intervención del Notario y que la acción judicial es prescriptible. Por último, recordemos que la disciplina de la inexistencia es de carácter excepcional (art. 137.3), de manera que no se puede aplicar por analogía a los casos sancionados con la nulidad.

#### **4. CAUSAS, EFECTOS Y REMEDIOS DE LA NULIDAD**

Como explica el redactor final, el régimen de la nulidad obedece a una doble premisa, la configuración actual de la misma y su contraste con la inexistencia, que han sido compartidas por cuantos intervinieron en la gestación del Anteproyecto.

---

<sup>36</sup> Pero ha de ser fija, a juicio de J.-P. SORTAIS, *Code Européen, Op. cit.*, p. 489, para evitar litigios.

En efecto, en cuanto a la primera, se entiende que la nulidad es susceptible de distintos correctivos o remedios, que van desde la validez parcial del contrato hasta el transcurso del plazo de prescripción, pasando por su confirmación con efectos diversos o su conversión en un contrato diferente, con lo que se eliminan las rigideces tradicionales de la figura. Sin embargo, la nulidad se impone, tanto por razones éticas como disuasorias, en los casos más graves de los contratos ilícitos, inmorales y asociales. Y por lo que respecta a la segunda, se establece expresamente la prescripción extintiva de la acción de nulidad, lo que la distingue netamente de la inexistencia, que es imprescriptible, como acabamos de ver<sup>37</sup>. Con todo, la disciplina de la nulidad que el Anteproyecto nos propone, en nuestra opinión, debe ser revisada, sobre todo, en lo que concierne a la nulidad por ilegalidad, por falta de acuerdo de las partes y por defectos del contenido del contrato.

Dadas estas premisas, el Anteproyecto se mantiene fiel al Código italiano y refunde las distintas causas de nulidad en una sola categoría, que abarca tanto los contratos excluidos del ordenamiento como los que tienen irregularidades. Por eso, establece cuatro tipos de contratos nulos, a saber: los contratos ilegales, los contratos prohibidos, los contratos defectuosos y los contratos incompletos.

En primer lugar, los contratos ilegales son los tradicionales contratos *contra legem*, que el Anteproyecto define como los que resulten contrarios al orden público, a las buenas costumbres, a una regla imperativa que proteja el interés general o las situaciones de importancia social primaria, a otras normas imperativas aplicables y otros casos previstos por el presente Código y por las leyes comunitarias y nacionales aplicables al contrato, en especial las que exijan elementos bajo pena de nulidad, o para la validez del contrato u otras expresiones equivalentes (art. 140. 1).

Esta norma es, a nuestro juicio, muy discutible, tanto en la forma como en el fondo. En la forma, por ser redundante y reiterativa, como se advierte, por ejemplo, en que las situaciones de importancia social primaria están comprendidas probablemente en el interés general y éste en el orden público, o la redundancia que hay entre las normas imperativas y los otros casos de nulidad previstos en las leyes. En el fondo, es criticable porque la noción de orden público, como se observó en los trabajos preparatorios, no sólo duplica la contradicción del contrato con

---

<sup>37</sup> G. GANDOLFI, *Code Européen, Op. cit.*, pp. 547-548.

las buenas costumbres y con la ley, sino que no es plenamente compatible con la economía capitalista de inspiración liberal<sup>38</sup>, sobre la que se asienta indudablemente toda la arquitectura del Anteproyecto.

En particular, determina el Anteproyecto que, en caso de conflicto entre las normas comunitarias y las nacionales, deben prevalecer estas últimas siempre que sean de utilidad social nacional o sean conformes a los principios constitucionales relacionados con la igualdad, la solidaridad social y la tutela de la persona humana (art. 140.3).

Si la norma anterior era criticable por ser imperfecta, ésta se debe rechazar y suprimir en la necesaria revisión del Anteproyecto en este punto, por muy diversas razones, en cuyo examen no podemos entrar aquí. Sin embargo, no sólo llama la atención la misteriosa “utilidad social nacional”, cuyo significado es un verdadero enigma<sup>39</sup>, sino que en nuestro Derecho esta norma no es de recibo, dado que rige la regla exactamente opuesta, la cual se ha elevado, por lo demás, al rango constitucional. No hay que olvidar que si un tratado internacional contiene estipulaciones contrarias a la Constitución, según lo dispuesto por el artículo 95.1 de la misma, exigirá la previa revisión constitucional, de manera que el tratado se sitúa por encima de esta última y el posible conflicto debe resolverse, en consecuencia, en el sentido contrario al previsto por el Anteproyecto.

En segundo término, los contratos prohibidos son aquellos que están sancionados por una norma penal o que requieren una autorización pública previa. Según el Anteproyecto, los primeros son los contratos constitutivos de delito, es decir, aquéllos en que lo penalizado es, en el lugar de su comisión, el comportamiento de las dos partes; asimismo, están prohibidos los contratos que exigen una autorización específica otorgada por un órgano público y que se celebran sin que se haya concedido previamente (art. 140.4). Es el caso de los contratos relativos al comercio exterior. No obstante, se pretende salvar el contrato válido o—la validez, expulsada por la puerta, vuelve a entrar por esta y otras

---

<sup>38</sup> Vid. en este sentido las observaciones de P. RESCIGNO, *Code Européen, Op. cit.*, pp. 538 y ss.

<sup>39</sup> Sugerida esta regla por G. OPPO, *Code Européen, Op. cit.*, p. 535, no explica a qué hace referencia la expresión mencionada. Debe resaltarse que el conflicto de normas planteado se ha de resolver con arreglo al sistema fuentes en cada ordenamiento y que el régimen de la nulidad de los contratos no es el lugar apropiado para intentar solucionarlo.

ventanas— pero inserto en el marco de una actividad ilícita, el cual no es nulo para el contratante que no participa en el ilícito, quien conserva todos los remedios para el caso de incumplimiento (art. 140.5)<sup>40</sup>.

En seguida, los contratos defectuosos son los que adolecen de nulidad estructural. En efecto, el Anteproyecto dispone que son nulos los contratos en los que falte uno de los elementos esenciales (art. 140.1.c), esto es, el acuerdo de las partes, el contenido y, en su caso, la forma (art. 5.3 y 4). El defecto del acuerdo es en este caso de ámbito muy reducido puesto que se trata, por hipótesis, de un defecto distinto, por un lado, de los que causan la inexistencia del contrato, que conocemos, y por el otro, de los que permiten su impugnación por anulabilidad, que son la incapacidad, el error, el cual comprende el dolo, la violencia moral, los vicios del consentimiento padecidos por el representante y el autocontrato (art. 146). Por consiguiente, parece que la falta de acuerdo que provoca la nulidad es la debida al desencuentro de la oferta y la aceptación, esto es, al disenso, así como a la intervención de un *falsus procurator*, salvo que el contrato celebrado por éste sea simplemente un contrato incompleto.

Por su parte, el contenido del contrato exige los clásicos requisitos de ser útil, aun cuando no sea patrimonial, posible, lícito y, al menos, determinable (arts. 24 y 25), de modo que la infracción de cualquiera de ellos determina la nulidad del contrato. Sin embargo, puestos a revisar los dogmas, hay que reconocer que el contrato cuyo contenido sea inútil o materialmente imposible, adolece de una invalidez que protege a uno de los contratantes, por lo que debería estar sancionado por la anulabilidad, mientras que el contenido jurídicamente imposible se confunde con el contenido ilícito y ambos supuestos son reconducibles a la nulidad del contrato por ser contrario a la ley, en tanto que el contenido indeterminable comporta, en rigor, una falta de acuerdo entre los contratantes y constituye tal vez el caso más claro de nulidad por falta de consentimiento.

En cambio, el Anteproyecto acierta al establecer la nulidad por infracción del requisito de forma puesto que la impone solamente para los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la transmisión y la constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 35.1). Y ello se justifica por la seguridad jurídica y la protección de los terceros.

---

<sup>40</sup> Para estos contratos prohibidos, *vid.* las consideraciones de G. OPPER, *Code Européen, Op. cit.*, pp. 535 y ss.

Por fin, los contratos incompletos son los inexistentes, según vimos, que no pueden ser salvados por la conversión o la corrección, pese a existir ciertos elementos del contrato que se pretendía celebrar. Sin embargo, en los casos de formación sucesiva, el Anteproyecto establece estos contratos no son nulos si los elementos existentes son jurídicamente idóneos en función de la sobrevenida de otros que determinen su carácter suficiente (art. 140.6), como puede ser la ratificación del contrato celebrado por un representante sin poder. Por el contrario, esto significa que los contratos incompletos son nulos en estos dos casos: de una parte, si no cabe la formación sucesiva de los mismos y, de otra, si los elementos existentes son inidóneos e insuficientes para admitir su corrección ulterior.

Por lo que atañe a los efectos de la nulidad, los previstos por el Anteproyecto son muy similares a los provenientes de la inexistencia, dado que desligan, desde su origen, a los contratantes, con la salvedad de las restituciones recíprocas y la indemnización de los daños y perjuicios, aparte de su posible confirmación o conversión (art. 141.1). Sin embargo, los contratos contrarios a la ley, y asimilados, son nulos en su totalidad y no admiten estos remedios (art. 143.1). Además, la nulidad opera *ipso iure*, sólo que la acción de nulidad prescribe a los diez años a partir de la conclusión del contrato, esto es, desde que la aceptación se recibe, o se reputa recibida, por el oferente (art. 21), en tanto que la excepción de nulidad prescribe en el momento en que prescriba la acción de cumplimiento, por regla general, también a los diez años (art. 134.4). Asimismo, el procedimiento se desdobra en una fase extrajudicial y otra judicial, sin perjuicio de las medidas urgentes que procedan (art. 141.2 y 3).

Así, pues, salvo los contratos ilegales, todos los que adolecen de nulidad se pueden regularizar por medio de la confirmación y de la conversión, que el Anteproyecto regula conforme al modelo del *BGB* (pars. 140 y 141), aunque sin acudir a la voluntad hipotética de los contratantes y evitando el automatismo de una y otra. Por eso, la confirmación consiste en la reproducción del contrato nulo por las mismas partes, eliminando el motivo de la nulidad, con eficacia *ex tunc*, de tal manera que proceden las prestaciones y las restituciones recíprocas como si el contrato hubiera sido válido desde el comienzo. El acto de confirmación debe constar por escrito a los efectos probatorios (art. 143.2), lo que es importante para evitar la novación objetiva que se podría producir en caso de discordancia con el contrato confirmado. Para llevar a cabo la confirmación, las partes

pueden entablar negociaciones mediante oferta y aceptación, igual que en la conclusión de un contrato nuevo (art. 143.3).

Asimismo, la conversión se excluye en los contratos ilegales y se configura como un remedio extremo para el caso en que el contrato no se pueda salvar a través de la interpretación conservadora<sup>41</sup>. Se traduce en la transformación automática del contrato nulo en otro diferente y válido, siempre que reúna los elementos de fondo y forma de este último, y el contrato sustitutivo permita realizar de manera razonable el fin perseguido por las partes (art. 145.1).

Para evitar el apriorismo del modelo alemán, el Anteproyecto determina que la conversión no tiene lugar si resulta del contrato o de sus circunstancias, una voluntad diferente de los contratantes (art. 145.3), ni tampoco tiene en cuenta el interés de los terceros, a diferencia del Código holandés, que suspende la conversión en protección de estos últimos (art. 3.42)<sup>42</sup>. Por contraste con la confirmación, la conversión opera conforme al mismo procedimiento que la nulidad, si bien la acción prescribe en el plazo de tres años que empieza a contarse desde la fecha de conclusión del contrato (art. 145.4)<sup>43</sup>. Nótese que, de conformidad con lo expuesto, no se exige que el contrato sustitutivo sea de menor entidad que el contrato primitivo, pues, supuestos los requisitos legales, ello depende de la voluntad de los contratantes.

Cabe, finalmente, la nulidad sobrevenida que se presenta cuando falta un elemento esencial para la validez del contrato, una vez que se ha formado y concluido, por un acontecimiento ajeno a la voluntad de los contratantes. Esta nulidad se rige por las mismas reglas que acabamos de exponer, con la única especialidad de que carece de efecto retroactivo (art. 142)<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> La remisión del artículo 145.1 del Anteproyecto hay que entenderla referida al artículo 40.1.a, si bien este apartado se debe corregir para pasar a ser el número 2 de este último precepto.

<sup>42</sup> Lo que descarta G. GANDOLFI, *Code Européen, Op. cit.*, p. 550, acaso con razón, pues hay aquí un plazo incierto que puede paralizar la conversión por largo tiempo, aparte de que la protección del tercero de esta manera puede ser inadecuada si el objeto del contrato nulo y en trance de conversión resulta imposible de encontrar o está dañado.

<sup>43</sup> Para esta figura en el Anteproyecto, *vid.* J. L. DE MOZOS, «De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico», *RDP*, 2001, pp. 545 y ss.

<sup>44</sup> *Vid.* J. GHESTIN, *Code Européen, Op. cit.*, p. 484, quien pone el ejemplo de un contrato de suministro en exclusiva por un precio fijado por la Administración,

## 5. SUPUESTOS DE INEFICACIA PARCIAL

Sabemos que el Anteproyecto contempla numerosos supuestos de ineficacia parcial, cuya regla general es la de la nulidad que alcanza únicamente a una cláusula o a una parte del contrato, caso en el que permanece válido en la parte restante, siempre que ésta reúna dos condiciones: por un lado, ha de poseer consistencia y validez autónomas y, por otro lado, debe ser apta para realizar de manera razonable el fin perseguido por los contratantes (art. 144.1).

Sin embargo, esta regla general tiene, conforme al Anteproyecto, importantes excepciones y la porción nula admite correcciones. Las excepciones son tres las siguientes: Ante todo, los contratos ilegales, que son nulos en su totalidad (art. 144.1); por otra parte, la voluntad de las partes favorable a la nulidad total, bien por acuerdo expreso o bien porque resulte así de las circunstancias del caso (art. 144.3); por último, la sustitución de la cláusula o porción nula por efecto de una norma imperativa (art. 144.5), en cuyo caso conserva su validez. La nulidad parcial, igual que la nulidad total, puede ser corregida tanto por vía de confirmación (art. 143.4) como por medio de la conversión (art. 145.2). En fin, la nulidad parcial se ejercita con arreglo al mismo procedimiento que conocemos y la acción prescribe en el plazo de tres años, que empieza a correr desde la fecha de conclusión del contrato (art. 144.4).

Por el contrario, el supuesto de las tachaduras se concibe como una hipótesis de inexistencia, y no de nulidad. Se presenta, según el Anteproyecto, en todos aquellos casos en que una regla dispone que una cláusula o una expresión del contrato se reputan como no escritas (art. 139). Hemos visto el origen de este precepto, de acuerdo con el cual se trata de un caso de inexistencia, pues la tachadura no exige resolución judicial y es imprescriptible<sup>45</sup>. Sin embargo, aparte de que puede ser necesaria su declaración judicial, nada impide la confirmación de la cláusula borrada, eliminando el defecto, y es probable que se pueda convertir en otra válida, de manera que es más seguro, a nuestro juicio, calificar este supuesto

---

que luego deja de establecerlo. A su juicio, esta hipótesis difiere de la nulidad en que el contrato es inicialmente válido y en que deviene ineficaz sólo *ex nunc*.

<sup>45</sup> En este sentido, J. CARBONNIER, *Code Européen, Op. cit.*, p. 480.

como un caso de nulidad parcial. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las condiciones imposibles que se tienen por no puestas.

En cambio, un supuesto especial de nulidad parcial es el de los contratos complejos y de los plurilaterales, en que la nulidad alcanza a un solo contrato o a una sola de las partes implicadas. En este caso, determina el Anteproyecto que subsiste el resto de los contratos si lo eliminado no reviste una importancia esencial en relación con el contenido del negocio en su conjunto (art. 144.2). Introducido este precepto a iniciativa de los juristas alemanes, se entiende que hay conexión entre los distintos contratos coligados cuando dan lugar a un *quid* unitario desde el punto de vista económico<sup>46</sup>. Asimismo, hay otros supuestos especiales diseminados en el Anteproyecto entre los que destacan las cláusulas abusivas previstas en las cláusulas de exclusión o de limitación de responsabilidad (art. 106), en condiciones generales de la contratación (art. 30.4), en los contratos de adhesión celebrados por consumidores (art. 30.5) y las cláusulas separadas que establecen condiciones ilícitas o imposibles (art. 53.3).

Para terminar, apuntemos que el Anteproyecto no es sensible ante el delicado problema que plantean los contratos parcialmente ilícitos, el cual admite una solución convencional y otra judicial. La primera consiste en el pacto expreso de separabilidad, como dijimos, según el cual se acuerda que, pese a la supresión de las cláusulas nulas, el resto del contrato permanece válido y eficaz entre las partes<sup>47</sup>, mientras que la segunda confiere el juez la facultad para hacer cumplir la porción lícita, a menos que sea contraria el orden público, o para separar las cláusulas independientes, e incluso para rehacer las cláusulas ilícitas a fin de suprimir la ilicitud<sup>48</sup>. Aunque el Anteproyecto pudo hacerse eco de

---

<sup>46</sup> *Vid.* la propuesta conjunta de este grupo, *Code Européen, Op. cit.*, p. 447.

<sup>47</sup> Como vimos, esta solución se propuso por D. Medicus, *Code Européen, Op. cit.*, p. 456, quien pone de relieve que este pacto ha llegado a ser casi una cláusula de estilo en los contratos notariales; incluso transcribe la siguiente fórmula: “Si una o más cláusulas de este contrato devienen total o parcialmente ineficaces o no son susceptibles de aplicación, en virtud de la presente cláusula deberán ser consideradas eficaces las partes restantes del contrato que no están afectadas por la nulidad”.

<sup>48</sup> Se trata de la solución acogida por el *Contract Code* (art. 519); según H. MCGREGOR, *Op. cit.*, p. 162, el caso típico es el del contrato de trabajo en el que parte de la causa que incita al empleador a contratar en determinadas condiciones constituye también un pacto restrictivo de la competencia, lo que se presenta con

estas soluciones<sup>49</sup>, y optar por alguna de ellas, mantiene que el contrato ilegal es siempre y totalmente nulo, pero parece conveniente una mayor flexibilidad al respecto y, por eso, creemos que el texto debe ser corregido en este importante extremo.

---

cierta frecuencia al término de la relación laboral. A nuestro juicio, esta solución judicial parece preferible, no sólo porque es la que rige en las condiciones generales (art. 10 LCG) y en los contratos de consumo (art. 10.bis.2 LCU), sino porque en nuestra práctica negocial de hoy, como advierte E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Op. cit.*, p. 438, “normalmente las partes contratantes no van a prever en el propio contrato la eventualidad de una nulidad parcial.”

<sup>49</sup> Máxime que G. GANDOLFI, *La conversione*, *Op. cit.*, II, pp. 340 y ss, ha estudiado la primera solución en el Derecho inglés con notable extensión y profundidad.



# BIBLIOGRAFÍA

---

- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima. Tipografía Sesator, 1980.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Contratos Parte General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 1998.
- ARROYO, E; AMAYUELAS, I y VAQUER ALOY, E. *La vocación europea del Derecho civil*, 2002.
- ARROYO, E; AMAYUELAS, I y VAQUER ALOY, E. *Un nuevo impulso para el Derecho Privado Europeo*. La Ley. 5482, 2002.
- BAR, Ch. v. y LANDO, O, Communication on European Law: Joint Response of the Study Group on a European Civil Code. ERPL, 2002.
- BÉNABENT, A. *Obligations*. París, 1995.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo. “Hacia una revalorización de la finalidad contractual”. En: “*Derecho Civil Patrimonial*” (Editores: BULLARD, Alfredo y FERNÁNDEZ, Gastón). Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La excesiva onerosidad de la prestación*. Lima. Cultural Cuzco S.A. Editores, 1990.
- BISBAL MÉNDEZ, J. y CASAS VALLÉS, R. *Prólogo*. Legislación de Internet y comercio electrónico. Madrid. 2ª ed., 2003.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Sexta edición actualizada. Buenos Aires. Editorial Perrot, 1973.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires. Editorial Perrot. 1983. Tomo I.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones I*. 5.ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos”. En: “*Themis – Revista de Derecho*”. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Segunda Época. Nro. 43, 2001.

- BUSSANI, M. *En busca de un Derecho privado europeo*. ADC, 2002.
- BUSSANI, M. y MATTEI, U. *Le fonds commun de droit privé européen*. RIDC, 2000.
- CARBONNIER, J. *Droit civil*. 4. París, 1990.
- CARBONNIER, J. *Droit civil. 4-Les obligations*. París, 1990, y FLOUR, J. y AUBERT, J. L. *Les obligations. 1. L'acte juridique*. París, 1994.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Estudios de Derecho Privado I*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994.
- CARRES I., F. *Il contratto, Trattato di diritto civile e commerciale*. XXI-2. Dir. por CICU, A.; MESSINEO, F. y MENGONI, L. Milano, 1987.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. I-2. Madrid, 1982.
- CLAVERO TERNERO, M. “Interpretación”, *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Coord. por D. MORÁN BOVIO, Pamplona, 1998.
- *Contract Code. Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*. Trad. y Nota Preliminar por DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. y VATTIER FUENZALIDA, C. Barcelona, 1997.
- COSTANZA, M. “Interpretazione dei negozi di diritto privato”. *Dig.priv. civ.* X, Torino, 1993.
- CREMADES GARCÍA, J.; FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A. y ILLESCAS ORTIZ, R. “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”. *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, 2002.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Ed. Civitas. Madrid, 1985.
- DE CASTRO, Federico. *Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley Consideraciones en torno al artículo 3, apartado 1, del Código civil*. ADC, 1987.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La lesión”. En: *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Número 37, diciembre 1983.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo IV. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1993.

- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Lima. Palestra Editores. Tomo II, 2001.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Segunda edición actualizada. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- DE LOS MOZOS, José Luis. “De nuevo sobre la conversión del negocio jurídico”. *RDP*, 2001.
- DE LOS MOZOS, José Luis.. “La nulidad de los actos jurídicos”. Ahora en *El negocio jurídico*. Madrid, 1987.
- DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. “El Anteproyecto de Pavía”. Publicada en *RGLJ*, 2001, *Derecho Patrimonial Europeo*. Coord. por PAPALO MORENO, G.; PRATS ALBENTOSA, L. y REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup> J. Cizur Menor (Navarra) 2003.
- DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. Publicada en *RGLJ*, 2001, y los estudios reunidos en Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía). Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS. Madrid. 2 vols., 2003.
- DE LOS MOZOS, J. L. y LUNA SERRANO, A. *RGLJ*, 2001.
- DE PABLO CONTRERAS, P. y otros. *Curso de Derecho Civil*. II. Madrid, 2000.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII-2. Madrid, 1981.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”. *ADC*, 1961, y últimamente, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. II: Las relaciones obligatorias. 5.<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *La formación del contrato*. *ADC*, 1995.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. En *RJN*, 42, 2002.
- DURANY PICH, S. *Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto*. *ADC*, 1992.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I. Traducción de 35.<sup>a</sup> ed. alemana por Blas PÉREZ GONZÁLES y José ALGUER. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954.

- ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I: Doctrina General. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.
- FARNSWORTH, E. A. “Meaning’ in the Law of Contracts”. *Perspectives on Contract Law*. Antología ed. por R. E. BARNETT. Boston-New York-Toronto-London, 1995.
- FERRERI, S. “Le juge national et l’interprétation des contrats internationaux”. *Rev.int.dr.comp.*, 2001.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Trad. esp. por MIQUEL GONZÁLEZ J. M. y GÓMEZ CALLE, E. Madrid, 1998.
- FORNO FLOREZ, Hugo. “Resolución por incumplimiento”. En: *Temas de Derecho Contractual*. AA.VV. Lima. Cultural Cuzco S.A. Editores, 1987.
- FRIEDMANN, D. *The Efficient Breach Fallacy* (1989). Ahora en *Perspectives on Contract Law*. Antología de R. E. Barnett. Boston-Nueva York-Toronto-Londres, 1995.
- FUEYO LANERI, Fernando. *Derecho Civil*. Tomo V. “Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones”. Volumen II. 2 Contratos preparatorios. Santiago de Chile: Imprenta y Lit. Universo S.A, 1964.
- GANDOLFI, G. *Code Européen des Contrats*. I. Milano, 2001.
- GANDOLFI, G. *La conversione dell’atto invalido*. Milán, 1984 y 1988.
- GARCÍA AMIGO, M. *Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid, 1995.
- GORDILLO CAÑAS, “Nulidad, anulabilidad e inexistencia. (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)”. *Centenario del Código Civil (1889-1989)*. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Madrid, 1990.
- GORRIZ LOPEZ, C. *L’interpretazione del contratto nei Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*. Contr. impr./Europa, 1998.
- JOBIN, P. G. “La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec: quelle modernité?”. *Rev.int.der.comp.*, 2000.
- JORDANO FRAGA, F. *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*. Bolonia, 1988.

- JOSSE RAND, LOUIS. *Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. Traducción de SANTIAGO CUNCHILLOS Y MANTEROLA. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Editores, 1950.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.
- KÖTZ, H. “Interpretation of Contracts”. *Towards a European Civil Code*. Trad. ingl. por WEIR, T. 2ª ed. por A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA y E. DU PERRON. The Hague-London-Boston, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros. *Elementos de Derecho Civil*. I. Madrid, 1999.
- LANDO, Ole. *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*. ERPL, 2000.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Traducción de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil*. III. Madrid, 1995.
- LASARTE ALVAREZ, Carlos. *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*. RDP, 1980.
- LEGRAND, P. *Against a European Civil Code*. MLR. 60, 1997, y *Sens et Non-sens d’un Code Civil Européen*. RIDC, 1996.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Segunda edición. Lima: Librería Studium Ediciones, 1986.
- LOPEZ LOPEZ, A. M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. XVII-2. Dir. por ALBALADEJO GARCÍA, M. Madrid, 1981, y JORDANO BAREA, J. B. *Comentario del Código Civil*. II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Obligaciones y contratos frente a la inflación*. Segunda edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- MALAURIE, P. y AYNÈS, L. *Cours de droit civil*. IV. París, 1994.
- MARTÍN PÉREZ, J. A. *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*. Barcelona, 1995.
- MATTEI, U. y DE ROBILANT, A. *The Art and Science of Critical Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*. ERPL, 2002.

- MCGREGOR, H. *Contract Code*. En colaboración con J. M. DE LA CUESTA SÁENZ. Barcelona, 1997.
- MCGREGOR, H. *Contract Code*. Trad. esp. por VATTIER FUENZALIDA, C. y DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. Barcelona, 1997.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Traducción de FONTANARROSA, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Comentario del Código civil*. II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid, 2002..
- MORENO LUQUE, C. “Notas sobre la eficacia e ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión”. *AC*, 1986.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *El contrato en una economía de mercado*. Lima. Editora Normas Legales, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Medios compulsivos en Derecho privado*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1978.
- OSTERLING PARODI, Felipe. “Obligaciones con cláusula penal”. En: *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1998.
- OSTERLING PARODI, Felipe. *Obligaciones*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- PASA, B. *I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo “Acquis Group”*. Ci/Europa, 2002.
- PASCUAU LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid, 1997.
- PEIRANO FACIO, Jorge. *La cláusula penal*. 2.<sup>a</sup> ed. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1982.
- POTHIER, R. J. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978.
- POTHIER, R. *Tratado de las obligaciones*. Trad. esp. FERRER, J.; NOGUERA, M. y CARLES, F. Madrid, 1872, y F. K. SAVIGNY. *Le droit des obligations*. II. Trad. fr. por GERARDIN y JOZON. Paris, 1873.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*. Tomo I. Vol. II. Barcelona: Bosch. Casa Editorial, 1959.
- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Comp.). *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil Peruano de 1984*. Lima. Okura Editores S.A., 1985.

- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- SACCO, Rodolfo. “La resolución por incumplimiento”. En: *Estudios sobre el contrato en general*. AA.VV. Lima. ARA Editores, 2003.
- SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R. *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo*. Recop. por ed. esp. por E. ARROYO Y AMAYUELAS. Madrid, 2001.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Traducción de HINESTROSA, Fernando. Colombia. Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La contratación contemporánea y el respeto a la autonomía privada”. En: *Revista IUS ET PRAXIS*, revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. N° 33, 2002.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “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*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot, 2001.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales”. En: *Libro Homenaje a Jorge Avendaño*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo II.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La libertad de contratación en los contratos preparatorios”. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 33. Editora Normas Legales, julio 2002.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “La transformación del contrato: Del contrato negociado al contrato predispuesto”. En: *Contratación Contemporánea. Volumen I de las “Instituciones de Derecho Privado”*. Obra dirigida en forma conjunta con los Profesores Atilio ANÍBAL ALTERINI (Argentina) y José Luis DE LOS MOZOS (España). Palestra Editores y Editorial Temis. Bogotá, 2000.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Libertad de Contratación. Ejercicio y límites”. En: *Revista de Economía y Derecho*. N° 17. Fondo Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, , verano 2008.
- SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Tutela constitucional del contrato y los límites a la libertad de contratación”. En: *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima. Palestra. Tomo II, 2008.

- STARK, B.; ROLAND, H. y LAURENT, B. *Obligations*. 2. París, 1995.
- STAUDENMEYER, D. *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*. ERPL, 2002.
- STEIN, P. *Convegni di studio per la redazione del progetto de un Codice europeo dei contratti* (Pavia, 1992-1994). Milán, 1996.
- STEIN, P. *Convegni di studio per la redazione del progetto di un Codice europeo del contratti*. Milano, 1996.
- TALMA CHARLES, Javier. *El contrato de opción*. Barcelona: José María Bosch Editor, S.L., 1996.
- TORRES MENDEZ, Miguel. *La utilidad del contrato de opción en el Código Civil de 1984*. En “Derecho”. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. N° 52, Diciembre 1998.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Quinta edición. Lima: IDEMSA, 2000.
- TREITEL, G. H. *An Outline of the Law of Contract*. London, 1989.
- TROFIMOF, H. “Les sources doctrinales de l’ordre de présentation des articles 1156 à 1164 du Code civil sur l’interprétation des contrats”. *Rev. hist. dr.*, 1994.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. R. y otros. *Derecho de obligaciones y contratos*. Valencia, 1995, y GETE-ALONSO CALERA, M<sup>a</sup>. C. *Manual de Derecho Civil*. II, 1996.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*. Valencia, 2003.
- WEHRENS, H. G. *El acercamiento del Derecho civil y mercantil en los Estados miembros de la Unión Europea*. La Europa del Derecho. Bruselas, 2002.
- WINDSCHEID B. *Diritto delle Pandette*. I-1. Turín, 1902.
- WOLF, E. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. Köln.-Berlin-Bonn-München, 1982.
- ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Taw-Wetton-Johanesburg, 1992.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*. II. Trad. ingl. por WEIR, T. Oxford, 1987.



Esta obra se terminó de imprimir  
el 8 de febrero de 2011  
en los Talleres Gráficos de  
GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ  
Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur  
Teléfono: 2300731  
Bogotá, D.C. - Colombia