

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

# EL CONTRATO EN GENERAL

COMENTARIOS A LA SECCION PRIMERA  
DEL LIBRO VII DEL CODIGO CIVIL



Biblioteca PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XI  
PRIMERA PARTE-TOMO I



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1991

El autor, Manuel de la Puente y Lavalle, escribió en marzo de 1979 su libro titulado "Estudios sobre el contrato privado", cuya finalidad fue proponer las modificaciones que, en su opinión, era aconsejable introducir en la Sección Cuarta del Libro Quinto del Código civil peruano de 1936, referente a los contratos en general.

La presente obra, si bien cubre el mismo campo, tiene una finalidad distinta pues está orientada a comentar, uno a uno, los artículos comprendidos en la Sección Primera del Libro VII del Código civil peruano de 1984, que versa también sobre los contratos en general.

Esto determina que la técnica de ambos libros sea completamente diferente, aun cuando no es posible desconocer la vinculación entre ellos. Podría decirse que el primero marca los pasos del segundo y que éste analiza los frutos de aquél.

El autor es Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código civil de 1936.

## EL CONTRATO EN GENERAL



Manuel de la Puente y Lavalle

## EL CONTRATO EN GENERAL

### Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil

PRIMERA PARTE  
(Artículos 1351 a 1413)

Tomo I

BIBLIOTECA  
PARA LEER EL CODIGO CIVIL  
VOL. XI



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU  
FONDO EDITORIAL 1991

Primera edición, agosto de 1991. 2,500 ejemplares

*Cubierta:* Grabado de Honoré Daumier

El Contrato en General  
(Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo I)

Copyright © 1991 por Fondo Editorial de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18,  
San Miguel, Lima, Perú. Tlfs: 626390, 622540, Anexo 220

*Derechos reservados*

Prohibida su reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú — Printed in Peru

# INDICE SUMARIO

## TOMO I

*Págs.*

INTRODUCCION.....	15
-------------------	----

### LIBRO VII

#### FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Bibliografía de Fuentes de las obligaciones .....	25
---	----

#### SECCION PRIMERA

##### *Contratos en general*

- Antecedentes de esta Sección .....	29
- Reseña histórica del contrato.....	30
1).- Derecho romano .....	31
2).- Derecho medieval .....	33
3).- Derecho canónico .....	34
4).- Derecho moderno .....	34
5).- El Derecho actual .....	36
- Contrato y acto jurídico .....	37
1).- Acto jurídico y negocio jurídico .....	37
2).- El contrato como acto jurídico .....	42
- La teoría general del contrato .....	46

- El concepto de contrato .....	48
- La estructura del contrato .....	52
Bibliografía del Contrato en general .....	55

## TITULO I

### *Disposiciones generales*

#### *Artículo 1351.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	61
2).- El problema de la definición legislativa .....	62
3).- Acuerdo entre las partes .....	69
- Efecto jurídico o resultado práctico? .....	72
4).- El número de partes .....	74
- Noción de parte .....	74
- Intereses opuestos .....	77
- El contrato plurilateral .....	80
5).- Función del contrato .....	83
- Convención y contrato.....	84
- Creación de una relación jurídica .....	86
- Regulación de una relación jurídica .....	87
- Modificación de una relación jurídica .....	88
- Extinción de una relación jurídica .....	89
- Incidencia del contrato entre las partes .....	91
6).- La relación jurídica patrimonial .....	92
- Relación jurídica .....	92
- La patrimonialidad .....	100
- Las capitulaciones matrimoniales .....	105
7).- Contratación entre cónyuges .....	106
Bibliografía del artículo 1351.....	115

### *Artículo 1352.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	121
2).- Perfeccionamiento del contrato .....	122
3).- Consentimiento .....	124
– Noción de consentimiento .....	125
– Formación del consentimiento .....	131
– Teoría de la voluntad .....	138
– Teoría de la declaración.....	140
– Teoría de la responsabilidad.....	141
– Teoría de la confianza .....	142
– Opinión personal.....	143
– Posición del Código civil .....	149
4).- Disentimiento .....	152
5).- El principio del consensualismo .....	167
6).- Los contratos solemnes .....	172
7).- La "consideration" .....	178
8).- Supresión de los contratos reales .....	180
Bibliografía del artículo 1352.....	186

### *Artículo 1353.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	195
2).- Sometimiento de reglas generales .....	196
3).- Contratos nominados e innominados (típicos y atípicos) .....	197
– Definiciones .....	200
– Tipicidad legal y tipicidad social.....	200
– La atipicidad .....	202
– Disciplina de los contratos atípicos híbridos.....	204
4).- Clasificación de los contratos .....	209
– Por la prestación .....	211

- Por la valoración .....	212
- Por el riesgo .....	218
- Por la estructura .....	223
- Por el área.....	224
- Por la autonomía .....	230
- Por la formación .....	232
- Por la regulación .....	232
- Por la función .....	233
- Por el tiempo.....	233
- Por los sujetos obligados .....	241
- Por la formación .....	245
- Por el rol económico.....	246
 Bibliografía del artículo 1353.....	 249

#### *Artículo 1354.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	257
2).- Autonomía privada.....	259
- Concepto .....	259
- Historia .....	263
- Fundamento .....	264
- Efectos .....	271
3).- Contenido del contrato .....	273
- Libertad de configuración interna .....	273
- Limitaciones .....	275
 Bibliografía del artículo 1354.....	 291

#### *Artículo 1355.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	297
2).- Intervencionismo del Estado .....	297
- Posición del liberalismo .....	298
- Motivos del intervencionismo estatal.....	299
- Caracteres del intervencionismo .....	300
- Efectos del intervencionismo estatal.....	301
- Sentido de la expresión "socialización del contrato" .....	302

3).- La crisis del contrato .....	303
- Posición contraria al intervencionismo .....	304
- Posición favorable al intervencionismo.....	305
- Posición personal.....	306
4).- Razón de ser del artículo 1355 .....	311
- Sentido del artículo .....	311
- Carácter de las leyes que imponen reglas y limitaciones .....	317
- Contratos a los que se aplica.....	319
- Finalidad del artículo .....	320
- Contenido y efectos del contrato .....	321
5).- Aplicación del principio contenido en el artículo .....	323
- Integración contractual.....	324
- El contrato normado.....	325
6).- El llamado "contrato forzoso" .....	327
- Denominación .....	329
- Caracterización del contrato forzoso.....	329
- Obligación legal de contratar .....	332
- A).- Tesis a favor .....	332
- B).- Tesis en contra .....	333
- C).- Posición personal.....	334
- Carácter contractual de la obligación de origen legal.....	336
- A).- Tesis a favor .....	336
- B).- Tesis en contra .....	367
- C).- Posición personal.....	339
- Aplicación de las reglas contractuales .....	342
Bibliografía del artículo 1355.....	345

### *Artículo 1356.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	351
2).- Contenido del artículo 1356.....	352
Bibliografía del artículo 1356.....	355

### *Artículo 1357.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	357
2).- Contenido del artículo 1357 .....	358
3).- Contrato civil o administrativo .....	359
– La tesis del contrato civil .....	360
– La tesis del contrato administrativo .....	361
– Posición personal.....	364
4).- Posibilidad de derogación de la ley.....	370
Bibliografía del artículo 1357.....	372

### *Artículo 1358.-*

1).- Antecedentes de esta artículo.....	375
2).- La incapacidad .....	376
– Capacidad jurídica .....	377
– Capacidad de obrar .....	377
– El discernimiento .....	379
– La legitimación .....	380
3).- Necesidades ordinarias de la vida diaria .....	382
Bibliografía del artículo 1358.....	386

### *Artículo 1359.-*

1).- Antecedentes de este artículo.....	389
2).- Inexistencia del contrato .....	390
3).- Alcances de la conformidad.....	391
– Estipulaciones esenciales y secundarias.....	391
– El rol de las normas dispositivas .....	397
– Formación progresiva del contrato.....	399
Bibliografía del artículo 1359.....	401

### *Artículo 1360.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	403
2).- Propósito del artículo 1360 .....	404
3).- El sistema de la "puktation" .....	406
4).- El sistema de los acuerdos parciales .....	408
5).- El sistema del artículo 1360.....	410
Bibliografía del artículo 1360.....	414

### *Artículo 1361.-*

1).- Antecedentes de este artículo .....	417
2).- Significado de la obligatoriedad del contrato.....	418
- Sentido de la referencia a la ley .....	422
- Consecuencias de la obligatoriedad .....	424
- Limitaciones a la obligatoriedad .....	425
3).- Fundamento de la obligatoriedad .....	427
- Teorías que explican la obligatoriedad.....	427
- La teoría del voluntarismo jurídico .....	429
- La teoría normativista .....	429
- Los ensayos de conciliación .....	431
- Posición personal.....	431
- Obligatoriedad de las convenciones .....	432
4).- Presunción de veracidad de la declaración .....	434
Bibliografía del artículo 1361 .....	436



## INTRODUCCION

Desde que entró en vigencia el Código civil de 1984 uno de mis mayores ideales, quizá el mayor, fue comentar, artículo por artículo, la Sección Primera del Libro VII de dicho Código. Ello obedece a mi identificación, salvo contadas reservas, con esta parte del Código, cuyo ponente fue Max ARIAS SCHREIBER PEZET.

Podría observarse que este destacado jurista ya ha efectuado un trabajo similar en su excelente obra titulada "Exégesis" (Tomo I), por lo cual mi propósito carecería de verdadera justificación.

Sin embargo, pienso que cada estudioso del Derecho tiene su peculiar manera de decir las cosas, de exponer sus inquietudes, de reafirmar sus convicciones, de buscar explicaciones cuando se encuentra desorientado, de cuestionar, en fin, su propia posición.

Quiero hacer partícipes de todo esto a quienes, por una u otra razón, recorren los caminos del Derecho contractual privado, para compartir con ellos la búsqueda de soluciones, que cada vez se hacen más necesarias porque cada vez, también, se presentan mayores dudas y nuevos horizontes.

Debo confesar al respecto, con algo de vergüenza y mucho de alivio, que he podido comprobar cuantos errores he cometido en trabajos anteriores, por lo cual agradezco a Dios que me haya dado esta oportunidad de rectificarlos, lo que hago de todo corazón, no sin dejar de pedir disculpas.

Mi meta es, como he dicho, comentar la Sección Primera del Libro VII del Código civil. Sin embargo, dado el conside-

rable tiempo que ello va a tomar, he decidido hacer el estudio en dos partes. La primera de ellas, que comprende la exégesis de los Títulos I, II, III y IV de dicha Sección, o sea lo que podríamos llamar lo general de los contratos en general, donde se encuentra, en realidad, el meollo de la nueva visión del Código en materia contractual, es el tema de la presente obra. La segunda parte versará sobre los Títulos V al XV, inclusive, de la misma Sección, que se ocupan de diversas modalidades y remedios aplicables a todos los contratos, típicos y atípicos, o, por lo menos, a parte considerable de ellos.

El sistema que voy a utilizar es comentar, uno a uno, los artículos que conforman los indicados Títulos, relatando sus antecedentes, en cuanto me son conocidos, concretando las respectivas áreas que comprenden, analizando su finalidad y justificación y criticando —favorable o adversamente— sus soluciones.

Confío que estos comentarios ayuden a comprender mejor el enorme esfuerzo desplegado por los codificadores civiles para dotarnos de un muy bien logrado cuerpo de leyes en materia contractual.

*Lima, diciembre de 1990.*

**LIBRO VII**

**FUENTES DE LAS OBLIGACIONES**



## PRELIMINAR

El Proyecto de Código civil elaborado por la Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil establecida por el Decreto Supremo N° 95 de 1° de marzo de 1965 (en adelante llamada "la Comisión Reformadora", por ser así como es comúnmente designada) no tenía un Libro destinado especialmente a las fuentes de las obligaciones, sino que dentro de su Libro VI, que versaba sobre las obligaciones, se regulaba en sendos Títulos (además de las obligaciones y sus modalidades y los efectos de las obligaciones) los contratos en general, los contratos nominados, la promesa unilateral, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad extracontractual.

La Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil creada por la Ley N° 23403 (en adelante llamada "la Comisión Revisora"), a propuesta de Max ARIAS SCHREIBER PEZET, modificó este criterio y creó un nuevo Libro (el VII) destinado específicamente a tratar sobre las fuentes de las obligaciones, en el que se desarrollaron, en Secciones sucesivas, las disposiciones relativas a los contratos en general, los contratos nominados, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual.

Es de notar que si bien otros Códigos, como el mexicano y el boliviano, tienen Títulos o Secciones que versan sobre las fuentes de las obligaciones, tales Títulos o Secciones se encuentran ubicadas dentro de Libro destinado a las obligaciones, forman-

do parte del mismo, o sea que no tienen la autonomía estructural que el Código civil peruano de 1984 ha conferido a las fuentes de las obligaciones<sup>(\*)</sup>.

Empero, no debe entenderse esta decisión como un propósito de modificar el campo de las obligaciones, tal como están reguladas por el Libro VI del Código civil, sino simplemente precisar, por razones metodológicas, la manera como se crean dichas obligaciones, sin desconocer que están referidas al derecho creditorio y a su deber correlativo.

Dentro de este marco, conviene determinar los alcances de lo que constituye la fuente de la obligación. Sobre el particular, parece no existir discrepancia doctrinal respecto a que la fuente es el título jurídico del derecho del acreedor y de la correspondiente obligación del deudor. En otras palabras, se llama fuente de la obligación al hecho que la produce.

La fuerza vinculante de la obligación debe encontrarse siempre en la ley. En última instancia, la ley es la fuente única de la obligación. No se concibe obligación alguna que no tenga, directa o indirectamente, su origen en la ley.

Así, cuando el Código civil dice que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, está confiriendo al contrato el poder de crear obligaciones, pero este poder emana de la ley. Resulta de esta suerte que, en el fondo, las obligaciones creadas inmediatamente por el contrato tienen su origen mediato en la ley.

Como se ha visto en el caso del contrato, la ley, pese a ser siempre el origen de la obligación, muchas veces no lo es directamente, o sea que la obligación no nace exclusivamente por efecto de la ley, sino que ésta busca otro elemento al cual asigna el poder de crear, modificar o extinguir la obligación.

---

(\*) Posteriormente, el Código civil paraguayo de 1987 ha adoptado el sistema de nuestro Código.

Ocurre, pues, que la ley no crea directamente la obligación contractual, sino que es necesaria la voluntad de las partes para que, poniéndose de acuerdo entre ellas, celebren el contrato y den, con ello, nacimiento a la obligación. De esta manera, la verdadera fuente de la obligación contractual, o al menos su única fuente inmediata, es el contrato.

Similarmente, las obligaciones provenientes de la gestión de negocios, del enriquecimiento sin causa, de la promesa unilateral y de la responsabilidad extracontractual, tienen su origen mediato en la ley, que respectivamente en las Secciones Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta del Libro VII del Código civil establece que estos hechos tienen la virtualidad suficiente para crear obligaciones, pero es necesario que los hechos en referencia realmente se produzcan para que surja la obligación. En estos casos, como en el del contrato, pese a que es la ley la que confiere a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual la potencialidad necesaria para crear obligaciones, éstas provienen directamente de aquellos hechos, de tal manera que si ellos no ocurrieran no se generaría la obligación.

Esto nos lleva al problema de la clasificación de las fuentes de las obligaciones.

Históricamente, se afirma que GAYO en sus "Institutas" (pequeño manual redactado para sus estudiantes) había dicho que las obligaciones nacen del contrato (*ex contractu*) y del delito (*ex delicto*). Se le atribuye que posteriormente agregó otras varias causas que no se atrevió a clasificar<sup>(1)(2)</sup>. Estas otras causas fueron agrupadas como provenientes del cuasicontrato (*quasi ex contractu*), lo que llevó después a JUSTINIANO, quizá por afán de simetría, a interpolar en el "Digesto" que las obligaciones nacen también del cuasidelito (*quasi ex delicto*)<sup>(3)</sup>.

No obstante que esta clasificación cuatripartita tiene en su esencia una pura función didáctica<sup>(4)</sup>, fue recogida por el artículo 1.370 del Código NAPOLEON (que reconoce también a la ley

como fuente de las obligaciones) y, por influencia de éste, aceptada por varios Códigos del siglo XIX.

El Derecho moderno ha variado de ruta. Considera inútil tanto la noción de cuasicontrato como la de cuasidelito (negocios que se parecen a algunos contratos o a algunos delitos), pues no es posible precisar su verdadero contenido, y ha puesto de relieve algo que, si bien escapó inadvertidamente a la atención de la doctrina tradicional, no lo fue al Código civil francés ni a los cuerpos de leyes inspirados en él, o sea la existencia de la ley como fuente de las obligaciones.

Existe duda respecto a si la ley debe ser entendida no sólo como la ley propiamente dicha sino considerando también a la costumbre y a los principios generales del Derecho<sup>(6)</sup>. El problema cobra cierta importancia en nuestro ordenamiento jurídico por cuanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código civil, si bien reconoce que los principios generales del derecho y, preferentemente, los que informan el derecho peruano, son fuentes del Derecho, no concede igual rol a la costumbre. Sin embargo, parte de la doctrina peruana<sup>(6)</sup> se inclina por interpretar que la costumbre, cuando llene vacíos de la ley o siga a la ley, sea considerada como fuente del Derecho. De acuerdo con esta interpretación, que me parece razonable, debe considerarse que la costumbre, cuando reúne los indicados requisitos, puede ser fuente de obligaciones.

Por otro lado, se advirtió que el contrato no es la única fuente voluntaria de las obligaciones, sino que existen otras instituciones, como la gestión de negocios (en el caso del gestor) y la promesa unilateral, que no obstante tener carácter voluntario y no ser contratos, pueden generar obligaciones.

Siguiendo este camino, se intentó clasificar las fuentes de las obligaciones en voluntarias e involuntarias, entendiendo las primeras como las que encuentran su sustento en la voluntad del deudor, y comprendiendo en las involuntarias a la ley en el sentido antes expuesto, a los hechos dañosos con culpa y a los sin culpa.

Sin embargo, pronto surgió, como se ha visto al principio de esta exposición, el impresionante argumento que no puede contraponerse la voluntad a la ley, como dos categorías distintas, pues aquélla encuentra en ésta su efecto obligatorio. El contrato, por ejemplo, sólo puede ser considerado como fuente de las obligaciones en la medida que la ley le conceda la virtualidad necesaria para ello. Lo mismo ocurre con las demás llamadas fuentes voluntarias.

Es verdad que en estos casos la ley, por sí misma, no crea obligaciones, pues para ello se requiere el concurso de la voluntad humana, sin la cual la ley resultará impotente, pero no es menos cierto que la voluntad requiere, a su vez, que la ley la convierta en fuente de las obligaciones.

Tal parece ser el criterio del Código civil peruano, pues al destinar un Libro a las fuentes de las obligaciones está implícitamente reconociendo que las fuentes reunidas en él tienen efecto obligatorio por concedérselo la ley (el Código).

Esto me lleva a adherirme al sistema que clasifica las fuentes de las obligaciones en inmediatas y mediatas, entendiéndose que estas calificaciones están referidas a la actuación de la ley, que bien crea la obligación inmediatamente, como efecto directo de la ley<sup>(\*)</sup>, o bien lo hace mediatamente, valiéndose de la intervención humana.

Dentro de esta concepción, son fuentes inmediatas o directas de la obligación, en primer lugar la ley, cuando ella impone

---

(\*) ALBALADEJO<sup>(7)</sup> considera que ninguna obligación nace verdaderamente de la ley, sino que ésta simplemente puede crear fuentes, asignando a los hechos el efecto de producir el nacimiento de las obligaciones, pero sin ser ella propiamente una fuente directa. Pienso que, obviamente, para que la ley cree obligaciones se requieren hechos que concurren a esta creación, porque la ley no actúa en abstracto, pero que esto no determina que sean los hechos las fuentes de las obligaciones, sino únicamente las circunstancias que rodean la actuación directa de la ley.

directamente la obligación (como en el caso de los llamados "contratos forzosos"), y en segundo lugar los actos humanos a los cuales la ley confiere el poder de crear obligaciones, como son los contratos, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual.

Es en este segundo campo de las fuentes inmediatas de las obligaciones, o sea los actos humanos, donde cabe la sub-clasificación de fuentes voluntarias e involuntarias, según sea que la obligación encuentra su fuente en la voluntad del deudor o se impone al deudor fuera de su voluntad<sup>(8)</sup>.

La única fuente mediata o indirecta de las obligaciones es la ley, cuando ella confiere a los actos humanos el poder de ser fuentes inmediatas o directas de las obligaciones.

Sobre el particular, GOMES<sup>(9)</sup> sostiene que considerar a la ley como fuente mediata de las obligaciones significa confundir *condición determinante* con *causa eficiente*. Me parece que no existe tal confusión, pues si se reconoce, como lo hace la más autorizada doctrina (inclusive el propio GOMES), que la fuente de la obligación es necesariamente la ley, resulta evidente cuando la ley no es fuente inmediata, por requerirse un acto humano para que la obligación surja, tiene que ser fuente mediata, pues si no dejaría de ser fuente.

El Libro VII del Código civil de 1984 se refiere a las fuentes inmediatas de las obligaciones constituídas por los actos humanos, tanto voluntarios como involuntarios.

En este trabajo se van a comentar las disposiciones del Código civil relativas a la primera fuente inmediata voluntaria de las obligaciones, o sea el contrato en general.

## BIBLIOGRAFIA FUENTES DE LAS OBLIGACIONES:

- (1) DIEGO, Felipe Clemente de, "Instituciones de Derecho civil español", Artes Gráficas Julio San Martín, Madrid, 1959, Tomo II, pág. 86.
- (2) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, Volumen I, pág. 25.
- (3) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil: Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 42.
- (4) CANNATA, C.A., "Le obbligazione in generale" en Pietro RESCIGNO, "Obbligazioni e contratti", Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1984, Tomo I, pág.22
- (5) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, "Derecho civil - Derecho de obligaciones I", Universidad Complutense, Madrid, 1981, pág. 137.
- (6) RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar" en "Para leer el Código civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pág. 142.
- (7) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Volumen I, pág. 226.
- (8) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Volumen I, pág. 58.

- (9) GOMES, Orlando, "Obrigacoes", Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 32.

**SECCION PRIMERA**

**Contratos en general**



### ***Antecedentes de esta Sección.-***

De acuerdo con la distribución de trabajo acordada por la Comisión Reformadora en el año 1965<sup>(1)</sup>, se encomendó a los doctores Max ARIAS SCHREIBER PEZET y Jorge VEGA GARCIA la revisión de las Secciones del Código civil de 1936 destinadas a la regulación de los Contratos.

Debido al sensible fallecimiento del doctor Jorge VEGA GARCIA ocurrido en junio de 1973, la revisión de dichas Secciones, que comprendían tanto el contrato en general como los diversos contratos típicos, quedó a cargo exclusivo del doctor ARIAS SCHREIBER.

Para cumplir su arduo cometido, el doctor ARIAS SCHREIBER inició su labor con el estudio de los contratos en general y, para tal efecto, sometió a la consideración de la Comisión Reformadora en diciembre de 1977 su Ponencia original sobre este tema (en adelante "la Ponencia original"), compuesta por el proyecto de articulado y su respectiva exposición de motivos.

Posteriormente, con ese espíritu de superación que lo caracteriza, el doctor ARIAS SCHREIBER presentó sucesivamente a la misma Comisión cinco Ponencias sustitutorias (que serán respectivamente llamadas en el curso de este trabajo "primera Ponencia sustitutoria", "segunda Ponencia sustitutoria", etc.), hasta culminar con su Anteproyecto definitivo (en adelante "el Anteproyecto"), también con su exposición de motivos, elaborado en el año 1980.

Con una delicadeza y generosidad que le hacen honor, el doctor ARIAS SCHREIBER tuvo a bien poner en mi conocimiento todos estos trabajos, lo que me permitió seguir muy de cerca su labor. Esta valiosa información hará posible que en la presente obra haga referencias precisas a la evolución de muchos artículos de la Sección Primera del Libro VII del Código civil.

El Anteproyecto fue incorporado al Proyecto de Código civil elaborado por la Comisión Reformadora (en adelante "el primer Proyecto"), que fue presentado por el doctor Felipe OSTERLING PARODI, Ministro de Justicia y Presidente de dicha Comisión, al Congreso de la República en julio de 1981.

Por mandato de la Ley No 23403, el primer Proyecto fue puesto a disposición de la Comisión Revisora para que introdujera las reformas que estimara pertinentes. Esta última Comisión redactó un nuevo Proyecto (en adelante "el segundo Proyecto"), que contiene las interesantes reformas introducidas por ella, el cual fue publicado en febrero de 1984.

Finalmente, por Decreto Legislativo N<sup>o</sup> 295 de 14 de julio de 1984 se promulgó el Código civil vigente.

### *Reseña histórica del contrato.-*

Tal como indica JOSSERAND<sup>(2)</sup>, la historia del contrato es la de un desarrollo constante. Pero no es un desarrollo fluido ordenado, sino lleno de obstáculos, fatigas y desconciertos.

No es el propósito de este trabajo, destinado a comentar los artículos de la Sección Primera del Libro VII del Código civil de 1984 y no a efectuar un estudio teórico del contrato, seguir paso a paso esta penosa evolución. Existen excelentes tratados<sup>(3)(4)(5)(6)(7)(8)(9)</sup> que desarrollan el tema a profundidad. Tales tratados me van a servir de guía para esta reseña. Se ha hecho, en realidad, como dice ESPERT<sup>(10)</sup>, una investigación de investigaciones, en lugar de una investigación de primera mano o directa.

Voy para ello a referirme a aquellos antecedentes históricos que sean ilustrativos para explicar como se ha ido modelando el concepto de contrato hasta llegar al que ha sido recogido por nuestro Código civil, prescindiendo de aquellos otros que no tienen una influencia determinante en dicho proceso.

En otras palabras, no se trata de una investigación histórica, que no lo es, sino de la búsqueda de una explicación.

Dado que las Disposiciones generales del contrato del Código civil peruano se inspiran muy de cerca, sin duda alguna, en el Título referente a los contratos en general del Código civil italiano, y también, con menor identificación, en los Códigos civiles de Portugal, Bolivia, Argentina, Etiopía (atribuido al jurista francés René DAVID), España y Brasil, todos los cuales están inspirados en el Derecho llamado "románico" y, mejor aún, Derecho "neolatino"<sup>(11)</sup>, que sigue la ruta que marcó el Derecho romano y recogió, modificándolo, el Derecho francés, voy a tratar de encontrar esa explicación, de que hablé anteriormente, en estos Derechos.

### 1).- Derecho romano.-

Conviene aclarar, en primer lugar, para evitar confusiones terminológicas, que en el Derecho romano clásico la palabra "contractus" no significó el acuerdo de voluntades, que es el sentido moderno que tiene, sino la relación jurídica o el vínculo obligatorio en sí (la obligación). El acuerdo de voluntades (consentimiento) adquirió significado en el Derecho justinianeo y fue llamado "pactum" o "conventio" y no "contractus".

Esto explica por qué en el fragmento de ULPIANO, citado por los compiladores en el Digesto de JUSTINIANO, se dice "Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus", vinculando así el consentimiento al pacto y no al contrato.

En consecuencia, la evolución del valor del principio consensual como fuente generadora de obligaciones debe seguirse en el

Derecho romano (colocándonos en el enfoque dado a este Derecho por los compiladores justinianos) a través del "pactum", que es el verdadero antecedente del contrato moderno. Esta es la razón por la cual voy a continuación a referirme al pacto y no al contrato.

Inicialmente el solo acuerdo de voluntades ("nuda pacta") no producía acción alguna. Para que esto último ocurriera se requería que el pacto se envolviera en algún tipo de ropaje ("pacta vestita") que le diera valor obligatorio.

Surgen así los pactos verbales ("verbis") cuya vestimenta era el uso de palabras o ritos solemnes (como la "stipulatio"); los pactos literales ("litteris") que se formalizaban escribiéndolos en un documento el deudor o en un libro el acreedor; y los pactos reales ("re") que sólo se perfeccionaban con la entrega de la cosa.

Los pactos reales dieron lugar a la existencia de cuatro categorías, que en lenguaje moderno podrían llamarse contractuales, que eran: el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda.

Estas cuatro categorías fueron recogidas por el Derecho contemporáneo a través de los contratos reales.

Sin embargo, debe tenerse presente que el Código civil peruano de 1984, si bien sólo en forma indirecta, no reconoce la categoría de los contratos reales y, en tal sentido, ha convertido en consensuales los contratos de mutuo, comodato y depósito, y en mi opinión también el de prenda, que el Código civil de 1936 regulaba como reales. Por lo tanto, el antecedente romano tampoco tiene una importancia determinante en el Código civil vigente.

Posteriormente se empieza a admitir el pacto consensual ("consensus"), que concedía acción por el mero acuerdo de voluntades ("solo consensus obligat"), sin necesidad de un ropaje especial, pero para ello era necesario que ese pacto recayera en convenciones de uso frecuente y de importancia práctica, que

se limitaron a cuatro: la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Empieza así a vislumbrarse la posibilidad de la existencia de esos cuatro contratos *nominados*, pero no debe pensarse que, con ello, se estaba reconociendo el efecto obligatorio de la declaración de voluntad, sino que, como dice COSSIO<sup>(12)</sup>, el Derecho concedía a determinadas figuras contractuales típicas (la compraventa, la sociedad, el arrendamiento y el mandato) una acción sin otra exigencia que la prestación de un consentimiento.

En el Derecho justiniano se admite la existencia de contratos *innominados*, pero para ello se requiere que exista una reciprocidad de prestaciones, por lo cual sólo se otorga esta categoría a las convenciones "do ut des", "do ut facias", "facio ut des" y "facio ut facias"

Parece, pues, que en esta evolución, tan llena de dificultades, del concepto del contrato en el Derecho romano no se llegó a conceder al acuerdo de voluntades el rol que juega en la contratación moderna, o sea conceder al solo consentimiento el poder de generar relaciones jurídicas obligatorias.

No es posible, por ello, recurrir exclusivamente al Derecho romano para explicar la esencia consensual del contrato, tal como éste es recogido por el Código civil peruano. Debemos, consecuentemente, avanzar algo más en esta reseña histórica.

## 2).- Derecho medieval.-

Poca o ninguna significación, con la honrosa excepción de España, tiene el desarrollo del contrato en la Edad Media.

Se repitió, casi paso a paso, la evolución del concepto en el Derecho romano, iniciándose con una etapa primitiva, que acoge el sistema verbal y solemne, para pasar a una época en que las necesidades del tráfico requieren del contrato real, y finalmente llegar a una etapa en que se trata de alcanzar, sin lograrlo, el pleno dominio del contrato consensual.

Por ello, este período histórico carece de interés para el estudio del contrato en el Derecho peruano.

He hecho una referencia especial al Derecho español, por cuanto fue el primero en admitir, en el Ordenamiento de Alcalá del año 1348, el valor del simple acuerdo de voluntades o consentimiento. En efecto, por influencia del derecho consuetudinario castellano, la ley única del título XVI de dicho Ordenamiento estableció que "sea valedera la obligación o el contracto que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro, e facer contracto con el", con lo cual se reconoce pleno valor al contrato consensual.

Esta norma pasó dos siglos más tarde a la Nueva Recopilación de 1567 y de ahí a la Novísima Recopilación de 1805.

### 3).- Derecho canónico.-

Se ha reconocido al Derecho canónico una influencia determinante para la formación del concepto moderno del contrato.

Inicialmente el contrato tuvo valor debido al juramento religioso —acto solemne— que habitualmente lo acompañaba. Empero, poco a poco se fue abandonando la exigencia del juramento, reconociéndose el valor pleno del mero consentimiento, llegándose así a afirmar que del nudo pacto sí nace acción.

GORLA<sup>(13)</sup> adopta una posición singular al afirmar que la influencia del Derecho canónico fue muy limitada, ya que posiblemente sólo se acudió a él en busca de apoyo o justificación moral cuando ya en la práctica se había ido imponiendo el principio consensual.

### 4).- Derecho moderno.-

Se estima que el concepto moderno de contrato se alcanzó como consecuencia de tres diversas corrientes de pensamiento<sup>(14)</sup>:

- a).- La influencia del Derecho canónico, que otorgó un valor fundamental al consenso y estableció la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación.
- b).- Las necesidades prácticas del tráfico comercial, que llevan a suprimir las trabas que significan las formas solemnes.
- c).- La doctrina del derecho natural que proclama la libertad individual y la autonomía de su voluntad.

Es de todos conocida la influencia que tuvieron DOMAT y POTHIER para la elaboración del Código NAPOLEON. Habiendo estos autores recogido las diversas corrientes de pensamiento antes relacionadas y proclamado en sus obras el principio del nudo consentimiento, este principio fue recogido por dicho Código.

Su artículo 1.134, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho, es quizá la mejor lograda expresión del liberalismo y de la fuerza del principio de la autonomía de la voluntad.

Según este principio, entendido como la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración<sup>(15)</sup>, se manifestó irrestrictamente en sus dos aspectos: la libertad de ponerse de acuerdo (libertad de contratar o de conclusión del contrato) y la libertad para determinar su contenido (libertad contractual o de configuración interna).

El fuerte ascendiente que tuvo el Código francés en las codificaciones del siglo XIX es de todos conocido. Para el caso peruano tiene especial importancia (sin desconocer la de los Códigos nacionales de 1852 y 1936) la adopción por los Códigos italiano (1865) y español (1889) del valor del consentimiento como creador de vínculos obligatorios. El primero de ellos por ser fuente directa del Código civil italiano de 1942<sup>(\*)</sup>, cuya huella en nues-

---

(\*) Piensa BUEN <sup>(16)</sup>, sin embargo, que en el Código civil italiano de 1942 el principio de la autonomía de la voluntad está fuertemente limitado por cuestiones de orden público.

tro nuevo Código civil, especialmente en el tema contractual, es evidente; y el segundo por la influencia de la doctrina española en el pensamiento de los codificadores de 1984.

MESSINEO<sup>(17)</sup> destaca que, además del consensualismo, los derechos civiles modernos ofrecen un segundo e igualmente conspicuo resultado.

Se trata de que mientras el Derecho romano conocía figuras singulares de contratos, en un régimen que él llama atomístico, los derechos modernos otorgan al contrato la calidad de categoría general y abstracta. Se le "presenta como un 'molde' uniforme que encierra la 'constante' del contrato mismo y en el cual es posible vaciar cualquier contenido".

El artículo 1353 del Código civil peruano, según el cual todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en la sección primera, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato, recoge esta idea del jurista italiano.

#### 5).- El Derecho actual.-

El principio de la autonomía privada contractual, aplicado sin traba alguna, pronto empezó a encontrar en sí mismo su propio germen de destrucción. La libertad jurídica, al verse enfrentada a una desigualdad económica, provocó el abuso en la contratación.

Pronto comprendió el Estado que no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, lo que había ocasionado este abuso, y decidió intervenir más de cerca en la relación contractual para intentar equilibrar las posiciones, estrechando así el campo de la autonomía privada.

Este nuevo rumbo se ha plasmado entre nosotros en el artículo 1355 del Código civil actual, según el cual la ley, por con-

sideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Se presenta así el fenómeno del dirigismo contractual.

Otro aspecto que ha influenciado significativamente la contratación contemporánea es la masificación de las relaciones comerciales, que ha dado lugar a la impostergable necesidad de celebrar simultáneamente una gran cantidad de contratos, cuyos términos no hay tiempo de discutir caso por caso. A un comercio en masa corresponde una contratación en masa.

El Código civil peruano se ha visto precisado a dar una solución adecuada a este problema, y pienso que lo ha logrado a través de las cláusulas generales de contratación, como se verá más adelante al comentar el artículo 1392.

## **CONTRATO Y ACTO JURIDICO.-**

Antes de entrar a estudiar la relación que existe entre el contrato y el acto jurídico, conviene detenerse un momento para tratar de esclarecer el problema que ha surgido con la introducción del concepto de negocio jurídico.

### **1.- Acto jurídico y negocio jurídico.-**

No puede escapar a la atención de cualquier estudioso del Derecho civil la orientación de la doctrina a sustituir la tradicional teoría del acto jurídico por la relativamente moderna del negocio jurídico.

Esta última, producto de la elaboración abstracta de los pandectistas alemanes del siglo XIX, ha sido recogida entusiastamente por los autores italianos y más recientemente por los españoles, difundiéndose a través de ellos a la doctrina moderna neolatina. El panorama actual del Derecho revela, pues, una marcada tendencia a abandonar la sencilla teoría del acto jurídico, de origen

francés, articulada fundamentalmente en la diferencia entre hecho jurídico y acto jurídico, y sustituirla por la teoría del negocio jurídico.

Sin embargo, hay que actuar con prudencia al asumir una posición definitiva sobre el particular, pues existe el peligro de no ganar nada con el cambio, ya que bien puede ocurrir que mediante ambas teorías se llegue a los mismos resultados.

No es el presente trabajo, desde luego, el campo apropiado para profundizar el tema, pero pienso que no debo ocultar mi inquietud sobre la posición a tomar.

En la doctrina francesa, los MAZEAUD<sup>(18)</sup> definen el acto jurídico como toda manifestación de voluntad hecha por una o varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho, agregando a título de comentario, que este derecho no puede ser contrario al orden público o a las buenas costumbres. Por su parte, el artículo 1° del Proyecto de textos relativos a los actos jurídicos adoptado por la Comisión Reformadora del Código civil de Francia<sup>(19)</sup> establece, en términos muy similares, que el acto jurídico es una manifestación de una o varias voluntades, que tiene por efecto crear, modificar o extinguir un derecho<sup>(\*)</sup>.

Entre las definiciones de negocio jurídico que dan los autores alemanes puede citarse la de ENNECERUS<sup>(20)</sup>, que dice que es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido. En la doctrina italiana, que como se sabe ha acogido casi sin reservas la teoría del negocio jurídico, STOLFI<sup>(21)</sup> define dicho negocio como la manifestación de voluntad de una o más personas con miras a producir un efecto jurídico, es decir, el nacimiento, la modificación de un derecho subjetivo o bien su garantía o extinción.

---

(\*) Es interesante destacar que la citada Comisión Reformadora acordó formular en el Proyecto de Código una teoría general del acto jurídico, a la cual debía remitirse cuando se legislara el contrato.

MESSINEO<sup>(22)</sup>, a su vez, considera que es una declaración de voluntad, o un conjunto de declaraciones de voluntad, dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza —de ordinario— en los límites de la correspondencia, o coherencia, entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos, y en cuanto se trate de efectos no-ilícitos.

Realmente no percibo diferencia fundamenal alguna entre la noción del acto jurídico según la teoría del acto jurídico y la del negocio jurídico según la teoría del negocio jurídico.

En ambas concepciones, los elementos importantes son la existencia de una manifestación o declaración (exteriorización) de una o varias voluntades y el propósito de producir mediante ella efectos jurídicos queridos por el ordenamiento jurídico, que pueden consistir en la creación, modificación o extinción de un derecho. La diferencia parece radicar, más que en los propios conceptos de acto y negocio jurídicos, en la elaboración de las construcciones intelectuales hechas para llegar a ellos.

El distinto rol que algunos hacen jugar a la declaración con relación a la voluntad en ambas teorías, haciendo primar a aquélla sobre ésta, no es propio, por lo demás, de la teoría del negocio jurídico, ya que existen en el campo de ella destacados defensores de la teoría de la voluntad (SAVIGNY, IHERING, WINDSCHEID, MESSINEO). Por otro lado, la disparidad entre las expresiones "manifestación", a la que se concede un sentido amplio de exteriorización, y "declaración", cuyo alcance se pretende limitar por razones formales, constituye, en mi opinión, simplemente un matiz que no altera la coincidencia fundamental entre las nociones de acto y negocio jurídicos.

El factor que puede crear un elemento de confusión es que en la teoría del negocio jurídico se contempla la existencia del acto jurídico (en sentido restringido), entendiéndolo como aquel que produce efectos jurídicos por la actividad del hombre, pero independientemente de su voluntad. Por ello se dice, con razón, que en la teoría del negocio jurídico el acto jurídico es distinto del negocio jurídico.

Empero, tales actos involuntarios no son los actos jurídicos a que se refiere la teoría del acto jurídico, la cual considera que la voluntariedad (manifestación de voluntad) es un elemento esencial para la configuración del acto jurídico.

Los actos jurídicos de la teoría del negocio jurídico vienen, en realidad, a representar los hechos jurídicos de la teoría del acto jurídico.

Todo esto permite establecer que la noción de acto jurídico tiene, en el fondo, dentro de su propia teoría, el mismo contenido que la de negocio jurídico en la teoría de éste, y que ambas cumplen adecuadamente su rol en el ámbito de sus respectivas teorías.

A título informativo debe tenerse presente que pese a que, como se ha visto anteriormente, la doctrina italiana se ha inclinado decisivamente a acoger la teoría del negocio jurídico, el Código civil italiano de 1942 (que tanta influencia ha tenido en el tema contractual de nuestro Código civil), a diferencia de los Códigos civiles de Alemania y Portugal y del Proyecto de Brasil, que sí lo hacen, no desarrolla en su texto una doctrina general sobre el negocio jurídico (ni siquiera utiliza este término). Lo que hace es formular una disciplina general del contrato, que es aplicable a los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial (artículo 1324) (\*).

---

(\*) Preocupa a MICCIO <sup>(23)</sup> la falta de contribución de la teoría general del contrato en el Código civil italiano al concepto de la función del contrato y a la individuación de su contenido, agregando (en traducción libre):

"Estas no leves lagunas normativas han coincidido desafortunadamente con una situación particular del estado de la doctrina, la cual por cerca de un siglo ha andado apasionada al estudio del negocio jurídico que, según la huella de la doctrina germánica, ha conducido a exasperantes aspectos teorizantes.

"De aquí se ha derivado que la doctrina italiana ha estudiado la función, el contenido y la interpretación del contrato no de un

Siendo así las cosas, no habría tenido sentido que, existiendo en el Perú una inalterada tradición de aplicar la teoría del acto jurídico, con resultados plenamente satisfactorios, se introdujera el concepto de negocio jurídico, con el evidente riesgo, ya destacado por la doctrina<sup>(\*)</sup>, de utilizar una noción jurídica fuera de su propio Derecho.

Las razones expuestas me llevan a identificarme con el criterio del codificador de 1984 de conservar la noción del acto jurídico, cuyos alcances precisos están contenidos en la definición que da el artículo 140 del Código civil, según el cual el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

---

modo autónomo, sino con ocasión de análogos estudios del negocio jurídico, desarrollando, obviamente, sólo aquellas partes de tales estudios que presentan particular coincidencia entre las dos hipótesis y desatendiendo las otras.

"Esto explica la enorme producción doctrinal sobre el concepto de la causa y la modestísima y apresurada atención dada al contenido y al área de aplicación del contrato, conceptos, estos dos últimos, para los cuales un procedimiento de traslación y de posición del negocio al contrato es ciertamente menos fácil y menos justificable.

"No se quiere decir con ésto que los estudios sobre el negocio jurídico no hayan sido una seria contribución al estudio del contrato, pero me parece que puede afirmarse con igual certeza que ello ha determinado algunas distorsiones esenciales y algunos errores de dirección en la evolución del pensamiento de la doctrina sobre el contrato, que, en su lugar, exigía de dirección más autónoma y la búsqueda de criterios originales.

".....  
"Permítaseme un parangón deportivo, la doctrina general de negocio jurídico frente a la normativa del contrato en el código es como un moderno motor de gran premio montado sobre el chasis de un automóvil del siglo pasado".

(\*) Refiriéndose a los riesgos de la utilización del concepto de negocio jurídico en el Derecho español, CASTRO<sup>(24)</sup> dice que "se ha preguntado si la figura del negocio jurídico es uno de los grandes descubrimientos de la ciencia jurídica o si, por el contrario, es más bien una aberración. La malicia posible de la interrogante no debe

Sin embargo, como en el curso de todo este trabajo voy a hacer frecuentes referencias a otros sistemas jurídicos y a las opiniones doctrinarias vertidas dentro del marco de dichos sistemas, algunos de los cuales se han adscrito a la teoría del negocio jurídico, me voy a ver obligado a referirme al concepto de negocio jurídico concediéndole, desde luego, el significado que le da su propia teoría.

## 2).- El contrato como acto jurídico.-

Con esta toma de posición introductoria, conviene entrar a establecer la situación del contrato con relación al acto jurídico.

---

ocultarnos su oportunidad. La respuesta puede ser la de uno cualquiera de los cuernos del dilema, según y respecto en que ordenamiento y como se utilice el concepto. Las reglas sobre el negocio jurídico se obtienen generalizando las ya muy amplias sobre los contratos, de modo que sean aplicables también a los actos "mortis causa" y a cualquiera "intervivos"; las que todavía se estiran más, hasta referirlas a cualquier acto expresivo de una voluntad o a los que se atribuye tal carácter. Con tal proceder se explica, y resulta hasta natural, que se construyan esos cielos de conceptos —de que hablara Jehring— en los que se condena como herética cualquier referencia a la realidad. No se niega, en general, su utilidad porque es posible que tal método convenga a un derecho en el que domina la abstracción y el formalismo. Lo que hay que tener muy en cuenta, es que tal concepción del negocio jurídico puede ser incompatible con los principios con otros ordenamientos. De ahí el especial riesgo que se corre cuando se recibe el concepto de negocio jurídico. Al darse entrada a tal concepto, producto del pandectismo alemán, aceptado y mimado en la doctrina italiana, es fácil que con él se de entrada a construcciones hechas para las correspondientes legislaciones, pero ajenas y hasta repugnantes del Derecho español. La simpatía hacia lo extraño y lo nuevo, el brillo espectacular del malabarismo y de la prestidigitación con los conceptos jurídicos, puede seducir y llevar a esa tarea monstruosa de adaptar el propio Derecho a sistemas extraños, a costa de forzar la interpretación de las leyes y de violentar el sentido de las instituciones fundamentales.

Al efecto, debe tenerse presente que el contrato, por definición, es un acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Aunque la definición no lo diga, este acuerdo de dos o más partes es el acuerdo de las voluntades de éstas y debe exteriorizarse mediante la declaración respectiva.

En tales condiciones, el contrato es una manifestación de voluntad destinada a crear, modificar o extinguir un derecho y, por lo tanto, es un acto jurídico.

Los actos jurídicos se clasifican, en atención al número de partes que manifiestan su voluntad, en unilaterales y plurilaterales.

Son actos unilaterales aquéllos en que una sola parte (que puede estar constituida por una persona o por varias personas) declara su voluntad y esta declaración tiene la virtualidad de producir los efectos jurídicos queridos por el agente.

Son actos plurilaterales los que necesitan el concurso de las manifestaciones de voluntad de varias partes para generar tales efectos, o sea la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. En la plurilateralidad está comprendida la bilateralidad.

Es preciso tomar en consideración que dos o más actos jurídicos unilaterales autónomos, aunque combinen entre sí sus efectos, no dan lugar a un acto jurídico plurilateral, pues para la existencia de éste se requiere que las manifestaciones de voluntad de las partes se presupongan mutuamente, sean hechas con la finalidad de integrar un acto jurídico plurilateral único. En otras palabras, cada una de las manifestaciones de voluntad que, según la teoría del negocio jurídico, dan lugar a la formación del negocio (o acto) jurídico plurilateral, no es de por sí un acto jurídico unilateral sino una fracción del acto jurídico plurilateral<sup>(25)</sup>.

Dado que por definición del artículo 1351 del Código civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes, hay que concluir que

el contrato es un acto jurídico plurilateral. Así lo entiende parte importante de las opiniones doctrinarias vertidas en el campo de la teoría del acto jurídico<sup>(26)(27)(28)</sup>.

Según se verá más adelante al comentar el Título IV de esta Sección, el contrato, no obstante ser necesariamente un acto jurídico plurilateral, puede a su vez clasificarse, según la doctrina tradicional, en unilateral y bilateral, pero en este caso dichos términos están empleados con relación al número de partes que quedan obligadas por el contrato y no al número de partes que lo celebran. Todo contrato, sea unilateral o bilateral, es un acto jurídico plurilateral.

Empero, ya se ha advertido anteriormente que la aplicación en el campo de la teoría del acto jurídico de conceptos propios de la teoría del negocio jurídico puede traer problemas.

Uno de estos problemas es el relacionado con una posición doctrinaria, desarrollada dentro de la teoría del negocio jurídico, que sostiene que el contrato, si bien es un negocio jurídico bilateral (que requiere para su formación dos declaraciones de voluntad), no puede ser un negocio jurídico plurilateral.

Este tema, que está íntimamente relacionado con el de la necesidad de que el contrato sea conciliador de intereses opuestos, será materia de estudio al comentarse el artículo 1351 del Código civil.

Sin embargo, considero prudente adelantar que ni aun en el campo de la teoría del negocio jurídico la indicada posición doctrinaria ha tenido una acogida pacífica. Existe un importante grupo de autores que, con inmejorables razones, sostienen tanto la posibilidad de la celebración de un contrato entre más de dos partes cuanto que tal contrato sea considerado un negocio jurídico plurilateral.

He traído a colación este problema porque pone de manifiesto que es necesario ser muy cuidadoso en el análisis del Código civil de 1984, al ponderar la razones invocadas por la doctrina y

jurisprudencia extranjeras para adoptar tal o cual posición, determinar si tales razones son aplicables en el contexto del ordenamiento jurídico peruano.

Por otro lado, de acuerdo a su objeto, los actos jurídicos se clasifican en patrimoniales y extrapatrimoniales.

Son actos jurídicos patrimoniales aquellos en los que la relación jurídica creada (modificada o extinguida) por el acto versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, o sea pueden ser objeto de valoración<sup>(29)</sup>. Esta valoración no tiene carácter subjetivo, o sea no interesa si determinado bien tiene valor económico para determinada persona, lo cual puede estar influenciado por factores sentimentales, de oportunidad o de necesidad, sino carácter objetivo, esto es considerando si el bien tiene un real valor económico por sus propias características, prescindiéndose de connotaciones personales.

Entiéndase bien, no se trata de cuál es la opinión del agente sobre el valor económico del bien (mucho, poco o nada), sino de si el bien tiene o no valor económico.

Los actos jurídicos extrapatrimoniales son, en cambio, los que versan sobre derechos que no tienen valor económico, tales como las relaciones jurídicas del Derecho de la persona y el de la familia.

Atendiendo a la definición contenida en el artículo 1351 del Código civil, que destaca expresamente que el objeto del contrato recae en una relación jurídica patrimonial, hay que reconocer que el contrato es un acto jurídico patrimonial.

En consecuencia, el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial. La falta de alguno de estos dos elementos del acto jurídico determinaría la invalidez del contrato como tal, aunque pudiera valer como acto jurídico (promesa unilateral en el primer caso y convención en el segundo).

## LA TEORIA GENERAL DEL CONTRATO

Relata MOSSET<sup>(30)</sup> que existen tres posiciones legislativas respecto al rol que juega, en la codificación civil, la teoría general del contrato con relación a la teoría general del acto jurídico:

- a).- Aquélla que regula la teoría general del contrato y, por remisión, la hace aplicable a los actos jurídicos en general, posición que es la adoptada por el Código civil suizo (artículo 7) y, según se ha visto, por el Código civil italiano (artículo 1324).

Esta posición ha sido observada<sup>(31)</sup> diciéndose que las normas sobre contratos, que son actos jurídicos entre vivos con contenido patrimonial, no pueden ser aplicadas a los actos a causa de muerte, aunque tengan contenido patrimonial, ni a los actos entre vivos sin contenido patrimonial, que quedarían huérfanos de regulación legal.

- b).- La que desarrolla la teoría general del acto jurídico y declara que las reglas generales sobre los actos jurídicos se aplican a los contratos, que según MOSSET no ha recibido consagración legislativa hasta el momento, pero sí acogida en el campo de la doctrina.

Piensa AGUILAR<sup>(32)</sup> que la falta de una teoría general del contrato dificulta el estudio de los contratos en particular, por ignorarse los principios e instituciones de carácter contractual que les son aplicables.

- c).- La postura que opta por legislar separadamente la teoría general del acto jurídico, en la que se consignan las reglas generales aplicables a los actos jurídicos, sean éstos unilaterales o plurilaterales, patrimoniales o no-patrimoniales, y la teoría general del contrato, que contiene las normas aplicables exclusivamente a los contratos en general, o sea considerados como una categoría abstracta.

El Código civil peruano ha adoptado la tercera posición, pues en su Libro II trata del acto jurídico, regulando las disposiciones generales sobre el mismo, su forma, la representación, la interpretación del acto jurídico, sus modalidades, la simulación, el

fraude del acto jurídico, los vicios de la voluntad, la nulidad del acto jurídico y su confirmación, o sea los principios aplicables a todos los actos jurídicos, inclusive los contratos.

Por su parte, en la Sección Primera del Libro VII se desarrolla la teoría general del contrato, que comprende las disposiciones generales de los contratos, el consentimiento, el objeto del contrato, su forma, los contratos preparatorios, el contrato con prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, el contrato a favor de tercero, la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el contrato por persona a nombrar, las arras confirmatorias, las arras de retractación y las obligaciones de saneamiento.

En suma, esta Sección contiene las disposiciones aplicables al contrato considerado como categoría general y abstracta, lo cual queda corroborado por el artículo 1353 que establece que todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados (atípicos), quedan sometidos a las reglas contenidas en dicha Sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Resulta así que un contrato en particular, por ejemplo la compraventa, está sujeto tanto a las reglas aplicables a los actos jurídicos como a las aplicables a los contratos en general.

En tal sentido, si hubiera existido intimidación al celebrar el contrato de compraventa, o sea algo susceptible de ocurrir en cualquier acto jurídico, se recurrirá a las reglas sobre este vicio de la voluntad consignadas en el Título VIII del Libro II sobre acto jurídico (el remedio es la anulación del contrato). En cambio, si se tratara de un caso de lesión en dicho contrato de compraventa, que es una figura propia de los contratos, se aplicarán las disposiciones sobre lesión contenidas en el Título IX de la Sección Primera del Libro VII sobre contratos en general (el remedio es la rescisión del contrato).

## **EL CONCEPTO DE CONTRATO.-**

Parecería inútil que, existiendo una definición legislativa del contrato (artículo 1351 del Código civil), se busque saber cuál es el concepto de contrato, desde éste es, al fin y al cabo, lo que la definición dice.

Sin embargo, debe tenerse presente que la definición, por su naturaleza, sólo debe establecer los lineamientos generales de la institución, o sea cual es su naturaleza y cuales sus efectos, mientras el concepto de contrato profundiza estas nociones. Por otro lado, establecer el concepto de contrato permite juzgar, con mayores elementos de juicio, la bondad de la definición.

No se trata en este momento de analizar el principio de la autonomía privada, que es el sustento del contrato, ni el consentimiento, que es el acto que da lugar a la formación del contrato, pues estos dos temas se estudiarán al comentar los artículos 1354 y 1352 del Código civil, respectivamente.

Se busca simplemente ubicar la figura del contrato, explicar qué es.

Ya se ha visto que el contrato es un acto jurídico plurilateral y patrimonial. Dado que el acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear (modificar, regular o extinguir) una relación jurídica, en el contrato deben existir estos elementos, o sea la manifestación de voluntad y la creación de una relación jurídica.

Pero, respecto de la manifestación de voluntad, tomando en consideración que el contrato es un acto jurídico plurilateral, o sea en que intervienen varias partes, ¿deben haber tantas manifestaciones de voluntad como partes intervinientes o una sola declaración conjunta de todas estas partes?

Este tema lo he desarrollado en otro trabajo<sup>(33)</sup>, donde he tomado la posición de que el consentimiento (entendido en su acepción de coincidencia de la oferta con la aceptación) se exte-

rioriza no como dos manifestaciones distintas, una contenida en la oferta y otra en la aceptación, sino como una sola manifestación conjunta de ambas partes contenida en la aceptación. Creo que esa posición, no obstante apartarse de la teoría del negocio jurídico que considera que el contrato está constituido por dos declaraciones separadas de voluntad, es correcta.

En lo que se refiere a la voluntad, el problema es similar ¿Se trata de dos voluntades, una del oferente y otra del aceptante, que son coincidentes entre sí, o de una sola voluntad común de ambas partes? En el mismo trabajo<sup>(34)</sup> opino, pese a las serias objeciones formuladas por RISOLIA, MESSINEO y MUÑOZ, que la manifestación conjunta de que hablo en el párrafo anterior exterioriza una voluntad común.

Esto en cuanto a la manifestación de voluntad.

Respecto a la creación (modificación, regulación o extinción) de una relación jurídica, que constituye el objeto del contrato, es necesario distinguir entre el contrato mismo, como acto jurídico, y esta relación jurídica creada por el contrato.

Existe una creencia generalizada de que lo que vincula a las partes es el contrato, y en ese sentido se habla comúnmente, aun entre hombres de derecho e inclusive en los Códigos, de obligatoriedad del contrato, de ejecución del contrato, de resolución del contrato, de rescisión del contrato, etc.

Esta creencia debe ser puesta en tela de juicio. Tal como dicen acertadamente MESSINEO<sup>(35)</sup> y GARCIA AMIGO<sup>(36)</sup>, hay que distinguir entre el contrato y la relación obligatoria que nace del contrato.

El contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida. Por ejemplo, en un contrato de compraventa lo que obliga al vendedor a entregar el bien mueble materia del contrato, no es éste sino la relación jurídica (obligación de transferir la propiedad del bien) creada por él.

En este sentido, lo que obliga, lo que se cumple, lo que se resuelve es la relación obligatoria nacida del contrato y no el contrato mismo que, repito, deja de existir en el momento en que se perfecciona. Sin embargo, está tan difundido el concepto de que el contrato es lo que obliga a las partes, que se identifica el contrato con la relación jurídica creada por él y se habla generalmente, como he dicho, de resolución del contrato o de cumplimiento del contrato. Debo confesar que con harta frecuencia me olvido del distingo e incurro en el error que ahora critico.

Es preciso hacer la aclaración de que la relación jurídica creada por el contrato está compuesta por obligaciones a cargo de las partes, pues hay que recordar que el contrato es una fuente de obligaciones. No debe darse al contrato mayores alcances, haciéndolo creador de relaciones jurídicas distintas de las obligacionales.

Por esta razón, algunos autores que piensan que toda obligación tiene naturaleza de derecho patrimonial, consideran inútil agregar que la relación jurídica, que está constituida por obligaciones, sea patrimonial. Sin embargo, como existe una corriente doctrinaria que opina que las obligaciones pueden tener cualquier contenido, es preferible, por razones de claridad, puntualizar que se trata de obligaciones patrimoniales.

De otro lado, según el artículo 1403 del Código civil, el objeto del contrato, que es la obligación, debe ser lícito. El contrato no es, apto para crear obligaciones ilícitas.

DIEZ-PICAZO<sup>(37)</sup> hace una distinción muy interesante entre el contrato como acto y como norma. Como acto, el contrato es un acto jurídico querido por las partes al cual el ordenamiento jurídi-

co atribuye unos determinados efectos jurídicos. Como norma, el contrato es un precepto o una regla de conducta (la regla contractual) a la cual se someten las partes, que no debe confundirse con la situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato.

Distingue así DIEZ-PICAZO tres fenómenos diversos: el contrato como acto jurídico, el contrato como norma y la relación obligatoria nacida del contrato.

Sobre este mismo tema indica GOMES<sup>(38)</sup> que hay dos posiciones antagónicas que dividen a los juristas: la subjetiva y la objetiva.

De acuerdo con la posición subjetiva, el contenido del contrato está compuesto por los derechos y obligaciones de las partes, que constituyen la relación jurídica que vincula a éstas. Según la posición objetiva, las cláusulas contractuales tienen sustancia normativa, se trata de preceptos que forman un reglamento trazado por las partes de común acuerdo, lo que determina que el contrato sea una fuente de normas jurídicas, al lado de la ley y de la sentencia.

Para resolver esta duda, dice GOMES, hay que tener presente las enseñanzas de SAVIGNY, quien distingue el contrato de la ley en el sentido que aquél es fuente de obligaciones y derechos subjetivos, en tanto que ésta es fuente de derecho objetivo.

Por mi parte, no creo que lo que hay que cumplir es el contrato como norma sino, tal cual acabo de decirlo, las obligaciones creadas por el contrato. No nos olvidemos que el contrato como acto jurídico deja de existir una vez que ha logrado su objeto, que es crear la relación jurídica, dejando no una norma de cumplimiento obligatorio, sino esa relación constituida por obligaciones que hay que cumplir mediante la ejecución de las respectivas prestaciones.

Pienso, pues, que el iter contractual se desarrolla sólo en

dos etapas: el contrato como acto jurídico y la relación jurídica creada por este acto.

Estas ideas, que si bien no están puestas de manifiesto en la definición legislativa del contrato tampoco están excluidas de ella, permiten precisar cual es el concepto de contrato con el que se va a trabajar en la presente obra.

Conjugando tales ideas con dicha definición, puede decirse que el concepto del *contrato es la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial.*

En el derecho anglosajón el concepto de contrato es distinto. En lugar de un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, se entiende que el contrato es el intercambio de promesas que atribuyen a las partes el derecho a exigir algo, por permitirlo el ordenamiento jurídico<sup>(39)</sup>. Las obligaciones no nacen, pues, del acuerdo de ambas partes sino de la promesa de cada una. Por otro lado, se busca más sancionar el incumplimiento que exigir el cumplimiento. Por eso, el Restatement of Contracts expresa que "un contrato es una promesa por cuyo quebrantamiento el Derecho concede un remedio".

## **LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO.-**

El contrato, por ser la exteriorización de la voluntad común de las partes, debe tener una forma y un contenido. Esto es lo que se denomina la estructura del contrato.

Respecto a la forma, el contrato, si no es solemne, puede revestir cualquiera. Esto es, puede ser verbal, escrito, grabado (en disco o cassette), filmado (cuando es por banderas o luces), etc. Lo único indispensable es que la voluntad se exteriorice de alguna manera que le permita llegar a ser conocida, ser entendida.

Simplemente para facilitar la exposición, se va a tomar como ejemplo el contrato redactado por escrito.

La práctica más generalizada en la contratación civil y mercantil respecto al contenido del contrato es la utilización del preámbulo y de las cláusulas.

El preámbulo es una breve introducción en la cual se expresa la identificación de las partes contratantes y la denominación del contrato (cuando se trata de un contrato nominado). Desde luego, esta denominación no determina necesariamente la naturaleza del contrato, pues su contenido puede poner de manifiesto que han celebrado, en realidad, un contrato distinto (nominado o innominado). Recuérdese que los contratos no son lo que las partes los denominan sino lo que resulta de la naturaleza de las obligaciones que crean (regulan, modifican o extinguen).

Las cláusulas, que actualmente son llamados pactos (en un sentido distinto al que tenían en el Derecho romano), sirven para ordenar el contenido contractual, con la peculiaridad que cada cláusula se configura como un "precepto negocial autónomo"<sup>(40)</sup>, o sea que su verdadera utilidad radica en que cada una de ellas, que pueden constar de uno o varios párrafos o disposiciones, tenga un determinado efecto jurídico.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la cláusula referida a la descripción del bien materia de la venta (si es determinado o determinable y, en este último caso, la manera de determinarlo) tiene una finalidad distinta a aquella en que se fija el precio y la manera de pagarlo. Cada una de estas dos cláusulas viene así a indicar los elementos esenciales para la existencia del contrato de compraventa.

Otras cláusulas, sin dejar de tener efecto jurídico propio, serán meramente indicativas de las peculiaridades del contrato, como sería el lugar de entrega del bien, la oportunidad del pago del precio, la indexación del mismo, etc.

Con distinto sentido, hay cláusulas que están inspiradas en el propósito de modificar los elementos naturales del contrato, como serían aquellas que estipulan la exclusión o limitación del sanea-

miento por evicción o por vicios ocultos, el pago desigual de los gastos y tributos que origine la celebración del contrato, el efecto retroactivo de la resolución de la relación jurídica contractual, el traslado del riesgo en un momento distinto al de la entrega del bien, etc.

Tienen el carácter de cláusulas los llamados pactos que pueden integrar la compraventa, a que se refiere el Capítulo Décimo del Título I de la Sección Primera.

Finalmente, hay cláusulas cuya finalidad es cubrir determinadas peculiaridades que los contratantes deseen que gobiernen el contrato que están celebrando.

En cambio, la constitución de garantías, bien sea reales o personales, no constituyen propiamente cláusulas o pactos, sino que se trata, en realidad, de contratos contextuales, o sea de contratos diferentes que se transcriben en un solo documento.

Tampoco serían cláusulas, en otro sentido, aquellas disposiciones que se limitan a repetir las normas imperativas o dispositivas contenidas en el Código o la ley, ya que en este caso no tendrían efecto jurídico alguno.

Respecto a las cláusulas, conviene tener presente que el artículo 169 del Código civil establece que las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

## BIBLIOGRAFIA CONTRATOS EN GENERAL:

- (1) "Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, Tomo I, pág. 8.
- (2) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Vol. 2, pág. 14.
- (3) IGLESIAS, Juan, "Derecho romano", Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, pág. 401.
- (4) PETIT, Eugéne, "Tratado elemental de Derecho romano", Editorial Nacional, México, 1976, pág. 317
- (5) GORLA, Gino, "El contrato", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1959, Tomo I, pág. 29.
- (6) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Vol. 1, pág. 69.,
- (7) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editores, Milano, 1973, Tomo I, pág. 6.
- (8) BUEN LOZANO, Néstor de, "La decadencia del contrato", Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 5.
- (9) DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Tomo I, pág. 85.
- (10) ESPERT SANZ, Vicente, "La frustración del fin del contrato", Editorial TECNOS, Madrid, 1968, pág. 96.

- (11) MESSINEO, Francesco, op. cit., tomo I, pág. 15. (7)
- (12) COSSIO, Alfonso de, "Instituciones de Derecho civil", Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 244.
- (13) GORLA, Gino, op. cit., Tomo I, pág. 64. (5)
- (14) DIEZ PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 87. (9)
- (15) ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDU-RRAGA, Manuel, "Curso de Derecho civil", Editorial Nascimento, Santiago, 1942, Tomo IV, pág. 27.
- (16) BUEN LOZANO, Néstor de, op. cit., pág. 112. (8)
- (17) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 11. (7)
- (18) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., 1ª Parte, Tomo I, pág. 399. (6)
- (19) "Travaux de la Comision de Reforme du Code Civil" Annés, 1946-1947, París, pág. 339.
- (20) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo Primero, Volumen II, pág. 64.
- (21) STOLFI, Giuseppe, "Teoría del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 1.
- (22) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho civil y comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo II, pág. 338.
- (23) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", UTET, Turín, 1977, pág. 182.

- (24) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 23.
- (25) MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 72.
- (26) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil-contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 101.
- (27) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Tomo V, 1984, pág. 713.
- (28) BUEN LOZANO, Néstor de, op. cit., pág. 151. (8)
- (29) DIEZ PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 49. (9)
- (30) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 36.
- (31) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 38.
- (32) AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, "Contratos civiles", Editorial Porrúa S.A., México, 1977, pág. 3.
- (33) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 152.
- (34) IBIDEM, Tomo I, pág. 117.
- (35) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 42.

- (36) GARCIA AMIGO, Manuel, "La cesión del contrato en el Derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 26.
- (37) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 90. (9)
- (38) GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense Rio de Janeiro, 1986, pág. 14.
- (39) FARNSWORTH, E. Allan, "Contracts", Little, Brown & Company, Boston, 1982, pág. 4.
- (40) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, Tomo I, pág. 213.

## TITULO I

### *Disposiciones generales*



**Artículo 1351.-** *El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- El problema de la definición legislativa.
- 3.- El acuerdo entre las partes.
- 4.- El número de partes.
- 5.- Función del contrato
- 6.- La relación jurídica patrimonial.
- 7.- Contratación entre cónyuges.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

La Ponencia original establecía en su artículo 1 que el contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear, modificar o extinguir entre sí obligaciones de carácter patrimonial.

El artículo 1 de la primera Ponencia sustitutoria cambió la palabra "modificar" por "regular", texto que quedó inmodificado en la segunda, tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias, así como en el Anteproyecto.

En el artículo 1370 del primer Proyecto se sustituyó la palabra "regular" por "reglar" y se agregó la palabra "modificar".

El artículo 1318 del segundo Proyecto tiene la misma redacción que el artículo 1351 del Código civil, o sea que se volvió a cambiar la palabra "reglar" por "regular", se suprimió la expresión "entre sí" y se sustituyó la expresión "obligaciones de carácter patrimonial" por la de "una relación jurídica patrimonial".

## 2).- EL PROBLEMA DE LA DEFINICION LEGISLATIVA.-

BELVEDERE<sup>(1)</sup> empieza su excelente trabajo sobre las definiciones en el Código civil italiano de 1942, que me va a servir de invaluable guía para desarrollar este tema, citando la expresión latina (D.50,17,202):

*Omnis definitio in iure civili periculosa est:  
parum est enim, ut non subverti posset.*

Esta proposición hizo fortuna. A la luz de ella se ha formado una ininterrumpida tradición adversa a las definiciones legislativas. VELEZ SARFIELD<sup>(2)</sup> en su nota al artículo 495 del Código civil argentino dice que se abstiene de definir, porque las definiciones son impropias de un cuerpo de leyes, pues son del dominio del gramático, del literato y del profesor, agregando que la ley nada tiene en común con un tratado científico de derecho<sup>(\*)</sup>. En la actualidad quedan autores<sup>(3)</sup> que continúan pensando que no es función del legislador proporcionar definiciones doctrinales.

BELVEDERE considera que tal opinión parece, desde diversos perfiles, excesiva. SPOTA<sup>(4)</sup>, por su lado, estima que es correcto, sí, que la ley contenga definiciones, pero siempre que éstas tengan *eficacia normativa*.

En realidad, antes de tomar partido por una u otra posiciones, conviene determinar cuál es el verdadero rol que debe

---

(\*) Pese a esta afirmación de VELEZ SARFIELD, el Código civil argentino contiene numerosas definiciones, entre ellas la del contrato.

jugar la definición legislativa, lo que permitirá opinar sobre su conveniencia.

Es pertinente entonces preguntarse con EISELE<sup>(5)</sup>, ¿son las definiciones legislativas verdaderas y propias normas jurídicas y, por lo tanto, vinculantes? o, por el contrario ¿son simplemente medios de interpretación? La respuesta a estas preguntas tiene importancia determinante para la decisión a tomar.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española - 1984), definición es la proposición que expone con claridad y exactitud caracteres genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial.

Cabe, entonces, que una definición legislativa busque establecer cuál es el sentido que debe darse a determinado acto o bien, que es materia de la definición, de manera tal que el acto o bien sea necesariamente lo que la definición indica, o explicar simplemente lo que es el acto o bien de acuerdo con su propia naturaleza, sin pretender constituir ésta.

En estas condiciones, las definiciones legislativas pueden clasificarse, según uno de los criterios más difundidos (que no comparte necesariamente BELVEDERE<sup>(6)</sup>), en definiciones "nominales" o "estipulativas", que atribuyen al acto o bien determinado significado querido por el legislador, y definiciones "reales" o "lexicológicas", que describen el significado que realmente tiene el acto o bien.

Por ejemplo, el artículo 885 del Código civil peruano, que indica qué bienes son inmuebles, contiene una definición nominal, porque confiere la calidad legal de inmuebles a los bienes que enumera, aunque por su naturaleza algunos no lo sean. En cambio, el artículo 1529 del mismo Código, que señala que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero, es una definición real, pues simplemente describe cuales son los efectos, que según el criterio adoptado por el legislador, tiene el contrato de compraventa.

Dando a la definición legislativa este doble significado, se comprende fácilmente su utilidad, pues permite al legislador utilizarla en una u otra manera, según la finalidad que busque.

Mediante la definición contenida en el artículo 885 (nominal) el legislador ha dictado una norma jurídica otorgando la calidad legal de inmuebles a una lista de bienes, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, las naves, aeronaves, pontones, plataformas y edificios flotantes, no obstante que por su naturaleza son muebles en lenguaje vulgar, o sea susceptibles de trasladarse de una parte a otra (definición del Diccionario de la Lengua Española).

A través de la definición del artículo 1529 (real) el codificador explica al intérprete que en materia de transferencia de propiedad por compraventa no ha optado por el sistema de separación del contrato, de origen alemán, que requiere que el contrato obligacional de compra venta vaya unido a un contrato real de transmisión de la propiedad; ni por el sistema de la unidad del contrato en su concepción de principio contractual puro, de ascendencia francesa e italiana, según el cual la transferencia de propiedad se realiza con la sola celebración del contrato de compraventa; sino por el sistema del título y el modo, que se articula a través de la distinción entre el título de adquisición (contrato de compraventa como creador de la obligación de transferir la propiedad, que juega el rol de causa remota) y el modo de adquirir (tradicción u otro medio idóneo para ello, que viene a constituir la causa próxima), acogido por los Códigos civiles de España, Argentina y Brasil.

Debe tenerse presente, a título informativo, que pese a la reserva con que la doctrina tradicional ha mirado el uso de las definiciones legislativas, un gran número de Códigos antiguos y modernos, partiendo del Código NAPOLEON y pasando por el B.G.B. y el Código civil italiano de 1942, han utilizado las definiciones en su doble carácter (nominal y real).

Convento en que el uso de definiciones en un Código civil conlleva el peligro de encasillar el Derecho, con lo cual pueden hacerse infructuosos los logros conceptuales de la evolución de

la ciencia jurídica. Una definición, pese a su bondad dogmática actual, puede ser superada en el futuro.

Sin embargo, pienso que, aún a riesgo de tal peligro, el legislador moderno tiene el deber de guiar al intérprete sobre el contenido real de las disposiciones del Código, que es el instrumento para plasmar su concepto del Derecho civil. En gran número de casos, el codificador se ha visto obligado a optar entre dos o más posiciones distintas, todas ellas viables, por considerar que una de tales es la más adecuada. Preferible es que el intérprete sepa cual es la opción tomada, aunque ésta pueda ser equivocada, en lugar de quedar en la incertidumbre, que conduce al capricho y al error. Esto es aplicable tanto a las definiciones nominales como a las reales, aun cuando con mayor razón a las primeras.

Coloquémonos, como lo he hecho en otro trabajo<sup>(7)</sup>, en el caso del contrato. Han considerado algunos que es el acuerdo de voluntades de sólo dos partes, excluyendo la posibilidad del contrato plurilateral; ciertos autores afirman que el acuerdo de voluntades tiene por fin crear relaciones jurídicas; otros estiman que tal acuerdo no sólo está destinado a crear relaciones jurídicas sino también a regularlas y extinguirlas; hay quienes piensan que las relaciones jurídicas materia del contrato deben tener carácter patrimonial; no faltan, por último, los que creen que tales relaciones deben obedecer a la conciliación de intereses opuestos.

Si el Código civil no fijara claramente su posición mediante una definición de contrato ¿cómo sabría el intérprete a qué concepción doctrinaria corresponde el contrato legislado por el Código?

Se dice<sup>(8)</sup> que la presencia de definiciones en el lenguaje legal resulta beneficiosa al abreviarlo y, en cierto modo, sustraerlo a las fluctuaciones del lenguaje corriente; pero que al propio tiempo las definiciones legales encierran peligros dado el proceso por el que en nuestros días atraviesan las normas jurídicas en su elaboración (redacción de textos en comisiones técnicas, enmiendas parlamentarias, etc.).

En el caso del Código civil peruano de 1984 el peligro que

advierte CAPELLA no ha existido, pues en su elaboración y redacción sólo han intervenido dos comisiones (la Reformadora y la Revisora) formadas ambas por hombres de Derecho, con el agregado que tanto el primer Proyecto como el segundo Proyecto fueron previamente sometidos a la revisión de expertos en redacción y semántica.

Es por ello encomiable que el codificador de 1984 haya optado por definir el contrato en el artículo 1351. Después se analizará si esta definición es adecuada o no.

En lo que se refiere al carácter de la definición dada por el artículo 1351 del Código civil, pienso que tiene vocación de definición "nominal", pues trata de construir la institución del contrato describiendo en qué consiste (acuerdo entre dos ó más partes) e indicando sus efectos (crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial). Sin embargo, esta vocación no se plasma definitivamente porque la definición es incompleta, debido no a error del codificador sino a los avatares de la codificación, como se verá más adelante.

Refiriéndose a la definición contenida en el artículo 1321 del Código civil italiano, que como se sabe ha inspirado muy de cerca la definición adoptada en el artículo 1351 de nuestro Código, BELVEDERE<sup>(9)</sup> indica que se trata de la definición del "instituto" contractual (asimilable a la definición "nominal")<sup>(1)</sup>, pero que

---

(\*) Dice Messineo<sup>(10)</sup> que las definiciones del Código civil italiano tienen —en general— valor vinculante, o sea que son imperativas, si bien expresadas no en término de mandato, sino de concepto.

"Esto debe decirse, especialmente (ya que no exclusivamente), de los casos en que, del concepto de un instituto jurídico, el legislador saca consecuencias concretas de orden normativo; o sea, debe decirse de los casos en que la norma no tendría significado si se prescindiera de la correspondiente definición. Así, por ejemplo, en el art. 1321 no se puede prescindir del concepto de contrato y de la referencia que allí se hace a las relaciones jurídicas patrimoniales, en el sentido de que, si se prescinde de ello, se podía pensar que las normas sobre el contrato se aplican también a las relaciones jurídicas no patrimoniales.....".

no abarca el contrato en todos sus aspectos, pues falta la referencia a los otros elementos distintos del acuerdo, como la causa, el objeto y la forma, que sólo se presentan en el artículo 1325 del mismo Código (que establece cuales son los requisitos del contrato), al cual hay que referirlo.

SACCO<sup>(11)</sup>, por su parte, considera que el artículo 1325 del Código civil italiano flanquea al artículo 1321, constituyendo, por ello, dos definiciones distintas del mismo fenómeno, por lo cual una de ellas, como definición, es superflua. Esto le hace decir que el ideal de definir el contrato en el Código civil italiano aparece como una meta no alcanzada.

Algo similar a lo observado en el Código civil italiano ha ocurrido con motivo de la elaboración del Código civil peruano de 1984.

Tanto en la Ponencia original como en las cinco Ponencias sustitutorias y en el Anteproyecto, elaborados todos ellos antes que se aprobara el Proyecto de la Comisión Reformadora sobre el acto jurídico, existía el primer artículo destinado a definir el contrato y otro artículo, que fue cambiando de numeración, en el cual se indicaban los requisitos del contrato, que eran: el consentimiento; la causa; el objeto; y la forma, cuando resultare prescrita por la ley bajo pena de nulidad.

En realidad, se seguía el sistema adoptado por el Código civil italiano en sus artículos 1321 y 1325, con los mismos problemas.

Más adelante, al observarse que en el artículo 1 del Proyecto de la Comisión Reformadora sobre el acto jurídico se establecía que para la validez de éste se requiere capacidad, consentimiento, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que

---

"En tales y similares casos, la definición viene a condicionar la aplicación de una o varias normas, en el sentido que éstas deben entenderse a la luz de aquéllas".

no esté prohibida por la ley, y tomando en consideración que el contrato es un acto jurídico, se suprimió en el primer Proyecto el artículo referente a los requisitos del contrato, por entenderse que era repetitivo.

Posteriormente, el artículo 140 del segundo Proyecto estableció que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, requiriéndose para su validez: 1. agente capaz; 2. objeto física y jurídicamente posible; 3. fin lícito; y 4. observancia de la forma prescrita con carácter necesario.

Con la sola sustitución de la expresión "con carácter necesario" por la de "bajo sanción de nulidad", este artículo fue recogido por el artículo 140 del Código civil.

Como el artículo 1351 del Código civil establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, Max ARIAS SCHREIBER<sup>(12)</sup> ha observado, con razón, que el contenido de este artículo es prácticamente el mismo que plantea la primera parte del artículo 140, por lo que siendo el contrato una especie del acto jurídico, excepto en lo que atañe al carácter patrimonial, existe una repetición, que pudo obviarse mediante la correspondiente remisión, pero conservando el carácter patrimonial del primero

Al efecto, dice que el texto del artículo 1351 pudo ser el siguiente:

*El contrato es el acuerdo de dos o más partes destinado a producir los actos que señala el artículo 140, en la medida que sus efectos sean de orden patrimonial.*

Con esta solución se tendría una definición bastante completa del contrato, en función del acto jurídico.

En Francia ocurrió un problema muy parecido con motivo de la elaboración del proyecto del nuevo Código civil.

El texto del primer artículo de la Sección destinada a las fuentes de las obligaciones, redactado por Henri MAZEAUD cuando la Comisión Reformadora aún no había decidido consignar en el Código una teoría general del acto jurídico, era el siguiente: "El contrato o convención es el acuerdo de dos o más personas para crear, modificar o extinguir una relación de derecho jurídico".

Posteriormente, se acordó definir el acto jurídico como una manifestación de una o varias voluntades, que tiene por efecto crear, modificar o extinguir un derecho.

Esto trajo como consecuencia que se modificara el primitivo artículo para que quedara con el siguiente texto:

*El contrato o convención es un acto jurídico resultante del acuerdo de dos o varias personas.*

Debe tenerse presente que en Francia el contrato puede referirse a cualquier clase de relaciones jurídicas, inclusive las no-patrimoniales.

Conjugando ambos textos (el propuesto por ARIAS SCHREIBER y el aprobado por la Comisión Reformadora del Código civil francés), me permito sugerir que, si se hace algún cambio en el futuro, el artículo 1351 del Código civil peruano tenga la redacción siguiente:

*El contrato es un acto jurídico plurilateral, referente a una relación jurídica obligacional entre las partes de carácter patrimonial.*

### **3).- ACUERDO ENTRE LAS PARTES.-**

Siguiendo el modelo del artículo 1321 del Código civil italiano, el artículo 1351 del Código civil peruano define el contrato como el "acuerdo" entre varias partes, sin precisar en qué consiste este acuerdo.

Tal falta de precisión da lugar, en primer término, a la duda

respecto si se trata de un "acuerdo de voluntades" o de un "acuerdo de declaraciones", pues la doctrina está dividida entre la teoría francesa de la voluntad y la teoría alemana de la declaración, matizadas por las teorías de la responsabilidad y de la confianza.

Cuando la declaración conjunta de ambas partes y la voluntad común de ellas coinciden, o sea cuando aquélla transmite fielmente el contenido de ésta, no hay problema alguno: se ha formado el consentimiento. La dificultad surge cuando la declaración no coincide con la voluntad, dando lugar al disentimiento o disenso ¿debe primar la declaración, formándose el contrato a base de la declaración conjunta, aunque no responda a una voluntad común? ¿debe, por el contrario, darse mayor valor a la voluntad, dando lugar a la invalidez del contrato cuando falta la voluntad común? ¿debe, por último, concederse tal primacía a la voluntad común sobre la declaración divergente que el contrato quedara concluído con el exclusivo contenido de la voluntad?

Todos estos interrogantes serán materia del comentario al artículo 1352, que es el lugar adecuado para tratar sobre los alcances y peculiaridades del consentimiento, entendido como la coincidencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

Por otro lado, llama la atención el empleo de la palabra "acuerdo", que no es utilizada por el Código en el campo contractual. Quizá habría sido más propio hablar de "convención", que tiene un significado conocido en el lenguaje jurídico.

En efecto, como se verá más adelante al comentar la parte de este mismo artículo 1351 que se refiere a la relación jurídica creada (modificada, regulada o extinguida) por el acuerdo, es generalmente admitida, excepto en el Derecho francés, la distinción entre la "convención" y el "contrato", dando a la primera expresión el significado genérico del acto jurídico creador de relaciones jurídicas de cualquier naturaleza (correspondientes no sólo al Derecho de obligaciones sino también al Derecho de personas, de familia, de sucesiones, de bienes), y a la segunda (contrato) el significado específico del acto jurídico creador de

obligaciones de carácter patrimonial. Por lo tanto, la "convencción" es el género y el "contrato" la especie.

Habría sido apropiado, pues, definir al contrato como la convención destinada a crear una relación jurídica (obligacional) de carácter patrimonial.

Tampoco habría sido impropio definir el contrato utilizando, en lugar de la palabra "acuerdo", la expresión "consenso", cuya vinculación con el consentimiento daría uniformidad a la redacción del Código y evitaría especulaciones semánticas, que sólo crean dificultades<sup>(\*)</sup>.

Además, debe tenerse presente que en el propio campo de la doctrina italiana ha surgido la tendencia de dar a la expresión "acuerdo" un significado distinto al que parece tener dentro del contexto del artículo 1321 del Código civil de ese país. En efecto, se piensa actualmente que el "acuerdo" (en sentido normativo) no es propiamente un contrato sino un reglamento convencional en el que las partes fijan las pautas a las cuales se van a ceñir sus futuras relaciones, de manera tal que las obligaciones no surgen por razón del acuerdo sino cuando se constituyan tales relaciones mediante sendos contratos.

Finalmente, la expresión "acuerdo" no permite determinar como se produce el encuentro de voluntades, esto es si se suman y están dispuestas paralelamente (acto colectivo) o si se cruzan

---

(\*) En los trabajos preparatorios del Código civil italiano se justifica el uso de la expresión "acuerdo" en la definición del contrato contenida en el artículo 1321, aduciéndose que es la misma expresión utilizada en el artículo 1325, en el cual se enumeran los requisitos del contrato, y en la Sección I del Capítulo II del Título II, en la que se desarrolla la formación del contrato<sup>(13)</sup>.

Esta justificación no existe en el caso del Código civil peruano, desde que en los respectivos artículos de la Ponencia original y de las cinco Ponencias sustitutorias en los que se indicaban los requisitos del contrato se hablaba de "consentimiento" y no de "acuerdo", ocurriendo lo mismo en el Título referente a la formación del contrato.

para identificarse (contrato)<sup>(14)</sup>, ya que, por ejemplo, el acuerdo de voluntades de un cuerpo colegiado y el acuerdo de voluntades contenido en un estatuto, no constituyen contratos.

Pese a estas razones, el uso de la palabra "acuerdo" no es desafortunado, pues esta palabra trae a la mente las ideas de encuentro, consenso, convención, que es el significado que debe dársele en el texto del artículo 1351.

Adelantando ideas, y con cargo de fundamentarlas debidamente en su oportunidad, puede entenderse que el "acuerdo" a que se refiere la definición de contrato contenida en el artículo 1351 del Código civil debe ser entendido como uno de voluntades que, desde luego, ha de ser exteriorizado mediante la correspondiente declaración.

### *¿Efecto jurídico o resultado práctico?*

Se discute en la doctrina si el acuerdo entre las partes está destinado a obtener un efecto jurídico (doctrina de los "efectos jurídicos") o si ellas se conforman con alcanzar un resultado práctico (doctrina de los "efectos fundamentales")<sup>(15)</sup>.

Conocida es la posición de SAVIGNY<sup>(16)</sup> en el sentido que el negocio jurídico (y, por consiguiente, el contrato) es aquél en el que la voluntad tiene por objeto inmediato crear una relación jurídica, sin importar cual es el fin extrajurídico que se busca (por ejemplo, comprar una casa para habitarla o para arrendarla).

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos se observa que los contratantes desean obtener un resultado práctico, sin interesarles cuales son los efectos jurídicos que su acuerdo de voluntades va a producir.

CASTRO<sup>(17)</sup> desarrolla magistralmente el tema, opinando que el negocio jurídico deba verse en función de su verdadero propósito práctico, de su real significado social, prescindiéndose de la teoría del efecto jurídico.

Sin embargo, debe tenerse presente que el acto jurídico está destinado, en su esencia, a producir los efectos jurídicos queridos por el agente. Este (el agente) no puede prescindir de tomar en cuenta que su declaración de voluntad sólo alcanzará su objetivo si es que está orientada a tener un efecto jurídico permitido por el Derecho.

Si nos atenemos exclusivamente al propósito práctico, como sería el tener una cosa, podría llegarse al absurdo que ello puede alcanzarse tanto robándola como comprándola, siendo así que en el primer caso el agente no desea los efectos jurídicos de su acto (ilícito), que sería la sanción, mientras que en el segundo acepta plenamente tales efectos, sabiendo que surge la obligación de pagar el precio.

Considero, por ello, siguiendo a LEHMANN<sup>(18)</sup>, que si bien es exacto que la voluntad está encaminada, en primer término, a obtener los resultados prácticos, sin tenerse una clara representación de los efectos jurídicos, es necesario que las partes quieran obtener esos resultados por la vía jurídica, como jurídicamente protegidos, conscientes que hay un ordenamiento legal al cual debemos someternos todos, de tal manera que aun cuando no se conozcan de momento los efectos jurídicos, exista la conciencia de que ellos se van a producir. Cuando el efecto jurídico sea totalmente ajeno a la conciencia, no debe considerarse que exista un acto jurídico.

Tal como dice MICCIO<sup>(19)</sup>, en el negocio jurídico los efectos jurídicos están coordinados al acto, que se cumple cabalmente porque tales efectos se han producido.

En el famoso caso del cazador mencionado por SAVIGNY, que lo que quiere es gozar de la caza (comer lo cazado o venderlo), si bien puede ignorar que el animal lo ha adquirido en propiedad por razón de la figura jurídica de la apropiación, tiene que saber que su acto va a tener determinado efecto jurídico, aceptado por él de antemano, y si no quiere esto, o sea si no está dispuesto a aceptar los efectos jurídicos que él desconoce, no está celebrando un acto jurídico.

El texto del artículo 1351 del Código civil, que hace referencia al "acuerdo de dos o más partes para ... una relación jurídica ...", permite pensar que se reconoce que el acuerdo de voluntades debe estar orientado a la producción de efectos jurídicos<sup>(20)</sup>.

#### 4).- EL NUMERO DE PARTES.-

El artículo 1351 del Código civil, al definir el contrato, señala que el acuerdo que constituye el contrato debe ser tomado por dos o más partes.

Al indicar esto, el Código toma posición respecto a un punto que ha suscitado un gran debate jurídico, como es si el contrato, sin perder su condición de tal, puede ser celebrado sólo entre dos partes o también entre más de dos partes. Para entender la toma de posición del Código peruano conviene analizar y precisar algunos conceptos previos.

#### *Noción de parte.-*

Varios Códigos civiles, entre ellos algunos muy modernos, como el español, el mexicano, el guatemalteco, el filipino, el venezolano, el boliviano y el etiope, así como el proyecto de Código civil francés, definen el contrato como el acuerdo o convención entre dos o más personas.

Otros, como el chileno, el colombiano, el ecuatoriano, el italiano y el nuestro, así como el proyecto de Código civil holandés, hablan de partes del contrato.

La técnica utilizada por este último grupo de Códigos es evidentemente superior, aun cuando no signifique, en realidad, un planteamiento totalmente opuesto.

En efecto, la doctrina actual no vacila en afirmar que no pueden identificarse los conceptos de persona y de parte.

La primera se refiere a un ser o entidad dotado de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual. Se requiere que tenga personalidad propia, es decir la aptitud para ser sujeto de derecho.

El concepto de parte no es tan fácil de explicar. Ante una primera posición que identifica la noción de parte a la del sujeto del acto, surge la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina "centro de interés". En tal sentido, la parte es el "centro" en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato.

Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el concepto de parte, porque en la gran mayoría de los contratos cada parte está formada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés (la parte vendedora es un conjunto de condóminos o lo es la parte compradora) y, en tal caso la parte contractual (quien vende o quien compra) es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

En tal sentido se dice<sup>(21)</sup> que en antítesis de lo que puede llamarse parte *simple* (o unisubjetiva), puede existir una parte *compleja* (o plurisubjetiva), en cuanto consta de varios sujetos, manteniéndose único y unitario el "centro de interés". O sea que tan único es el "centro de interés" cuando interviene un solo sujeto (que puede ser una persona natural o una persona jurídica, o ente colectivo), con su propio interés, como cuando intervienen varios sujetos, unidos por un sólo interés.

Se objeta a este planteamiento<sup>(22)</sup>, con indudable impacto, que un abstracto "centro de interés", por carecer de personalidad, no puede ser titular de los derechos y obligaciones creados por el contrato y, por lo tanto, no puede ser parte contractual.

La observación es fundada, por lo cual para encontrar sentido al planteamiento objetado debe entenderse que cuando se

habla de "centro de interés" no se está haciendo referencia a que dicho centro es la parte contractual, sino que los sujetos unidos por el mismo interés son quienes constituyen la parte única, de tal manera que la titularidad contractual es asumida por los sujetos que forman la parte, y son ellos los titulares de los derechos y obligaciones emergentes del contrato. Por ejemplo, si los vendedores forman una parte plurisubjetiva, la obligación de transferir la propiedad del bien no la asume dicha parte, como un todo con individualidad propia, sino cada uno de los condóminos a título personal.

Y esto es así, por cuanto en los casos en que la parte es plurisubjetiva se requiere, en realidad, un acuerdo previo entre las personas que forman esta parte para celebrar el contrato, esto es para constituirse en parte del mismo y, en consecuencia, asumir los derechos y obligaciones emanados de él. Así, si se trata de varios condóminos que van a vender en conjunto sus derechos, todos ellos deben ponerse de acuerdo entre sí para formar la parte vendedora; lo mismo ocurriría si los condóminos fueran los compradores. Si este acuerdo previo constituye o no un nuevo contrato, distinto del de compraventa, o únicamente un acto complejo, como lo considera un sector de la doctrina, se analizará de inmediato al tratar sobre la necesidad (o no) de la existencia de intereses opuestos y de la conciliación de los mismos para la formación del contrato.

No está tan lejos, pues, la posición de los Códigos que dicen que el contrato es el acuerdo de dos o más personas de la de aquellos otros que señalan que tal acuerdo es entre dos o más partes, ya que, en una u otra posición, la voluntad que se manifiesta es la de las personas. La superioridad de la última tendencia es que el número de participantes en el acuerdo no se determina por el número de personas sino por el número de "centros de interés" que agrupan a las personas.

Cabe, pues, alabar el artículo 1351 del Código civil peruano en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, eso sí, que cada una de estas partes está constituida por una o más personas (en este último caso unidas por un interés común).

### ***Intereses opuestos.-***

Uno de los temas más discutidos en el campo de la concepción del contrato es si éste tiene que ser un acto jurídico necesariamente bilateral (celebrado entre sólo dos partes) o puede ser también un acto jurídico plurilateral (celebrado entre más de dos partes). Para encontrar una solución adecuada a esta discusión es necesario, sin embargo, tratar previamente otro tema que constituye el pilar del desacuerdo, esto es determinar si para que exista contrato se requiere que mediante él se concilien intereses que eran anteriormente opuestos.

Ya he tratado este tema en otro trabajo<sup>(23)</sup>, donde he sido de opinión que el contrato puede ser el fruto tanto de la composición de intereses opuestos como de la unificación de intereses simplemente distintos.

Sin embargo, algunas nuevas ideas, sacadas de la problemática de la teoría del negocio jurídico, se han lanzado desde entonces.

Se dice que si el contrato se forma mediante el acuerdo de partes, y que como cada parte forma un centro de interés, los intereses unidos en uno de estos centros deben ser opuestos a los que se dispongan en torno al otro centro, y que el acuerdo de las partes consiste precisamente en conciliar los intereses de cada centro para que dejen de ser opuestos (lo que impediría la existencia del contrato) y lleguen a ser comunes (lo que daría lugar a la formación del contrato).

De conformidad con lo visto en el sub-rubro "Noción de parte" que precede, la tendencia moderna plantea que para que varias personas puedan formar una sola parte se requiere que todas ellas tengan el *mismo* interés. No es suficiente que el interés sea *igual*, es indispensable que sea el *mismo*, para que la parte pueda ser un "centro de interés".

En estas condiciones, una persona que tiene un interés *igual* al de otra persona no viene a constituirse en una parte

contractual con ésta (no tiene el *mismo* interés) y, por lo tanto, no existe inconveniente alguno para que una de ellas sea una parte contractual y la otra una parte contractual distinta.

Para que exista contrato, el centro de interés que da sentido a la concepción de parte puede ser opuesto al centro de interés que ha dado lugar a la constitución de la otra parte, y generalmente lo es, pero no tiene necesariamente que serlo, pues lo único que se requiere es que sea *otro* (distinto) interés, aunque sea *igual*. Lo único que no puede ser es el *mismo* interés, pues entonces no habría dos centros de intereses y, por lo tanto, no habría dos partes.

El Código establece que el contrato es el acuerdo entre las partes, por lo cual para que se forme el contrato es suficiente que existan partes que puedan ponerse de acuerdo para crear una relación jurídica patrimonial.

Estas partes existen tanto si el interés inicial de cada una es opuesto al de la otra, como ocurre usualmente en un contrato de compraventa, en el que el interés de la persona o personas que forman la parte contractual vendedora es vender caro y el interés de la persona o personas que forman la parte compradora es comprar barato, y mediante las tratativas se concilian los intereses de las dos partes y llegan ambas a fijar un precio en el que ambas convienen, como si los intereses iniciales son simplemente distintos (sin ser opuestos), tal cual sucedería también en un contrato de compraventa en el que el interés del vendedor (recibir un determinado precio a cambio de transferir la propiedad de un determinado bien) coincidiera con el interés del comprador (adquirir la propiedad del citado bien a cambio de pagar dicho precio), por considerar ambas partes que el precio corresponde al valor del bien y, por ello, el contrato es, desde que se plantea, conveniente a las dos.

Piénsese también en un contrato de sociedad, en el cual el interés de cada una de las partes es igual al de las demás (efectuar un aporte, a fin de repartirse las utilidades). Mediante este contrato, las partes, de común acuerdo, crean una relación jurídica patrimonial (la obligación entre sí de efectuar los aportes a

la sociedad), con lo cual se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1351 del Código civil.

Debe tomarse en consideración que la sola coexistencia de dos partes con intereses iguales no da lugar a la formación de la relación jurídica, pues para ello es necesario que dichas partes se pongan de *acuerdo*, que ambas tengan la voluntad común de celebrar el contrato. No se olvide que es el contrato (declaración conjunta de una voluntad común), y no las voluntades separadas de las partes, el acto jurídico que crea la relación jurídica.

El requisito de que los intereses de las partes sean opuestos y de que mediante el contrato se concilien tales intereses es, pues, fruto de una concepción intelectual que no responde ni a la naturaleza del contrato ni a la realidad de las cosas<sup>(\*)</sup>.

Cabe afirmar, por lo tanto, que existe contrato cuando los intereses que forman cada *centro* son simplemente distintos (pudiendo aún ser iguales), siempre que las partes se pongan de acuerdo para crear entre sí la relación jurídica.

---

(\*) Sobre el particular dice COSSIO<sup>(24)</sup>: "Nuestra concepción jurídica actual, sin embargo, se resiste a aceptar la idea que nos presenta el contrato como un conflicto de intereses contrapuestos, que se traduce en el dominio exclusivo de una voluntad sobre otra voluntad, entendiendo que se trata de una forma de carácter comunitario que se constituye dentro de un orden mucho más amplio y que se inspira, más que en un juego rígido de derechos y obligaciones, en una relación de confianza y de lealtad recíprocas entre las partes que lo celebran".

Por su parte, MESTRE<sup>(25)</sup> afirma que "el contrato, cada vez menos, es concebido como un choque de voluntades libremente expresadas, como un compromiso entre intereses antagónicos, asperamente defendidos. Aparecen cada vez más, como un punto de equilibrio necesario, aún más, como la base de una colaboración deseable por los contratantes (traducción libre).

SCHMIDT<sup>(26)</sup> hace la siguiente precisión: "La discusión no precede necesariamente la conclusión del contrato: lo que es esencial es el consentimiento, no el debate".

En estas condiciones, el llamado "acto complejo" en virtud del cual varios sujetos que tienen intereses iguales fusionan sus voluntades para formar un solo centro de interés destinado a constituir una parte de un futuro contrato, como ocurriría en el caso de varios condóminos que desean transferir sus respectivas participaciones en un bien y deciden convertirse en parte vendedora en un contrato de compraventa de dicho bien, viene a ser, en realidad, un contrato, desde que varios sujetos con intereses iguales acuerdan crear entre sí una relación jurídica que los obliga a convertirse en parte contractual, de manera tal que los efectos jurídicos del contrato de compraventa celebrado por esa parte recaen en las esferas jurídicas de los sujetos que la forman.

Es más, pienso que el "acto complejo" considerado en el sentido general que le da la teoría del negocio jurídico, o sea entendido como la fusión de voluntades singulares en una voluntad única o unitaria que busca un mismo efecto<sup>(27)</sup>, es en la teoría del acto jurídico, cuando el efecto querido tiene carácter patrimonial, un contrato, desde que esa fusión representa, en el fondo, el fruto de un acuerdo de voluntades distintas (aunque iguales entre sí) destinado a establecer una relación jurídica patrimonial.

En cambio, el denominado "acto colectivo" o "colegial", según el cual los integrantes de un órgano se ponen de acuerdo entre sí para que el órgano tome una decisión en determinado sentido, no tiene la condición jurídica de contrato pues la voluntad que se forma y que se expresa no es la particular de los integrantes (no es su voluntad común) sino la voluntad del órgano. Por otro lado, los integrantes no establecen entre ellos una relación jurídica, sino que ésta, cuando se forma alguna, vincula a la entidad de la cual forma parte el órgano.

### ***El contrato plurilateral.-***

Ya se ha visto que los contratos son actos jurídicos plurilaterales, pero esta plurilateralidad puede tener un matiz. Tomando como elemento de clasificación el número de partes que intervienen en la celebración de los contratos, cabe sub-clasificarlos, con cierta impropiedad, en actos jurídicos bilaterales (si es que

sólo intervienen dos partes) o en actos jurídicos plurilaterales (si intervienen más de dos partes). Para comodidad de la exposición, a los primeros se les llamará contratos "bilaterales" y a los segundos contratos "plurilaterales", aun cuando esta denominación no corresponda a la clásica distinción entre contratos "unilaterales" y "bilaterales" atendiendo al número de partes que asumen obligaciones según ellos.

Para aquella posición doctrinaria, que juega su rol en el campo de la teoría del negocio jurídico, que considera que el contrato es el acuerdo para conciliar intereses opuestos, sólo pueden existir contratos bilaterales, pues sólo es posible conciliar dos intereses. Los acuerdos de voluntad entre dos o más partes que no están destinados a conciliar intereses opuestos sino a alcanzar una finalidad común son llamados negocios plurilaterales. Este tema lo he desarrollado con mayor atención en otro trabajo<sup>(28)</sup>.

Se ha notado, sin embargo, una evolución en la doctrina, especialmente en la italiana. Ya no se niega tajantemente la posibilidad de los contratos plurilaterales, pero esta posibilidad se acepta con más o menos reservas.

Hay un sector que admite la existencia de los contratos plurilaterales, pero limitada a aquéllos en que las partes, si bien pueden tener intereses no sólo distintos sino también contrapuestos, persiguen una finalidad común, como ocurre, por ejemplo, en los contratos asociativos. Cuando los fines de las partes no son comunes, y más aún si son antagónicos, se considera que no se trata de un contrato sino que se está frente a un negocio plurilateral<sup>(\*)</sup>.

Se entiende por comunidad de fin o finalidad común la unidad (uniformidad) del resultado jurídico o la ventaja común de las prestaciones de las partes<sup>(29)</sup>.

---

(\*) MESSINEO<sup>(30)</sup> dice al respecto lo siguiente: "La exigencia lógica de la figura del negocio plurilateral deriva de que, según el art. 1420 C.C.,

Otro sector piensa, en cambio, que pueden existir contratos plurilaterales con comunidad de fin y contratos plurilaterales sin comunidad de fin, quedando absorbidas en la figura del contrato plurilateral todas las actividades negociales patrimoniales que admiten o requieren más de dos partes<sup>(31)</sup>.

En el campo de la teoría del acto jurídico, donde se ubica el Código civil peruano, aquella distinción entre contrato plurilateral (con finalidad común) y negocio plurilateral (sin comunidad de fin) no encuentra asidero y constituye una innecesaria elaboración dogmática. Si el artículo 1351 establece que el contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear una situación jurídica patrimonial, son contratos todos los actos jurídicos plurilaterales que reúnen estas condiciones, tanto si son de cambio cuanto si son asociativos, cualquiera que sea el número de partes que los celebren.

Por otro lado, el artículo 1434 del mismo Código admite expresamente la existencia de los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, lo que pone en evidencia que la plurilatera-

---

cuando junto con la pluralidad de las partes, no existe comunidad de los fines de las partes, se está fuera del contrato plurilateral; pero, de otro lado, es legítimo concebir una figura así hecha, que presenta, conjuntamente, pluralidad de partes pero heterogeneidad de fines entre esas partes. El negocio plurilateral ocupa, anoto, un área que no está cubierta por el contrato plurilateral y por la causa de éste. En efecto, la causa del negocio plurilateral encuentra su base en el hecho que las prestaciones son contrapuestas entre ellas (y no concurrentes o convergentes, como en el contrato plurilateral), poco más o menos como ocurre en el contrato de cambio (entre dos partes)".

"Cuando, a su tiempo, el autor de estas líneas identificaba la figura del negocio plurilateral, fue entonces inducido de la constatación que el contrato —entonces se decía "en genero"; hoy se dice, más exactamente "de cambio"— no comporta más de dos partes, mientras se dan casos en que más de dos partes entran en una relación (patrimonial) entre ellas, pero contrapuestas; esto es, están en posición antagónica, la una frente a cualquiera de las otras en la posición idéntica a la que caracteriza el contrato de

lidad de partes (más de dos) no está reñida con el concepto de contrato según el ordenamiento peruano. Es más, la cesión de posición contractual está regulada en nuestro Código civil como un contrato necesariamente trilateral, pues para la celebración del contrato se requiere el consentimiento del cedente, del cesionario y del cedido, quienes no persiguen una finalidad común.

Cabe llegar a la conclusión que el Código civil peruano, cuyas disposiciones en materia contractual son aplicables a todos los contratos de derecho privado, reconoce la figura del contrato plurilateral, entendido como el formado por más de dos partes, tanto si estas partes tienen intereses comunes y unidad de fin, cuanto si sus intereses son opuestos y sus finalidades distintas. En tal sentido, tan contrato es el de constitución simultánea de sociedad anónima (que requiere normalmente la intervención como fundadores de no menos de tres personas) como el de partición entre más de dos copropietarios.

## 5).- FUNCION DEL CONTRATO.-

Según la definición del artículo 1351 del Código civil, la función del contrato es crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial.

Este rol del contrato no ha sido pacífico históricamente, pues por influencia del Derecho francés ha existido un sector de la doctrina que le ha dado alcances distintos.

---

cambio pero que no se concilia con la dualidad de las partes, propia del contrato de este último tipo. El negocio plurilateral tiene la función de obviar esta imposibilidad; y por entenderse el equivalente de aquello que sería el contrato de cambio entre más de dos partes si, fuera admisible la pluralidad de las partes.

Para encuadrar alguna figura de negocio entre más de dos partes, que no se puede meter dentro de la figura del contrato plurilateral (porque éste es un caso de contrato asociativo), sirve el negocio plurilateral.

## **Convención y contrato.-**

Decía POTHIER<sup>(32)</sup> que un contrato es una especie de convención, por lo cual para saber lo que es un contrato era antes necesario saber que es una convención.

Según el mismo autor, una convención es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, para resolver uno existente, o para modificarlo, agregando que la especie de convención que tiene por objeto sólo formar algún compromiso, es lo que se llama contrato.

La concepción de POTHIER fue recogida por el artículo 1101 del Código NAPOLEON, según el cual el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otras o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. De allí, esta concepción se difundió considerablemente en el siglo XIX.

Surgió así el criterio de que la convención es el género, en el sentido que puede crear, modificar o extinguir cualquier relación jurídica, y el contrato es la especie, pues sólo puede crear obligaciones (de dar, de hacer o de no hacer).

Por eso dice SANCHEZ ROMAN<sup>(33)</sup> que contratar es siempre convenir, pero que convenir no es siempre contratar (este autor considera que las convenciones pueden ser jurídicas o no jurídicas, y que sólo las jurídicas son el género de la especie, contrato). En la misma línea de pensamiento, GIORGI<sup>(34)</sup> manifiesta que el contrato es el convenio jurídicamente eficaz para crear obligaciones, lo cual él considera lógico, pues si el contrato es una de las fuentes de las obligaciones ¿cómo puede, sin rebelarse contra su significado natural, adaptarse a un convenio que modifica o disuelve una obligación?

Resulta así que, según esta concepción, para crear una obligación se requiere de un contrato, pero para modificarla o extinguirla es necesaria una convención, lo cual no tiene mucho sentido. Si un acto jurídico tiene la potencialidad suficiente para crear una obligación, o sea para darle existencia, no se percibe

porqué debe carecer de un poder semejante para modificar o extinguir lo que creó.

El hecho de que el contrato sea una fuente de las obligaciones no obsta conceptualmente para que sea también un acto modificatorio o extintivo de las mismas, bien sea las que tienen origen contractual o bien, por acuerdo entre acreedor y deudor, las generadas por las otras fuentes de las obligaciones.

En efecto, el contrato no crea otro contrato, ni modifica otro contrato, ni extingue otro contrato, sino lo que crea, modifica y extingue es una relación jurídica patrimonial, o sea la obligación, que, en el caso de la modificación y extinción, bien puede haber nacido de un contrato o bien de cualquier otro supuesto jurídico apto para generar obligaciones, siempre, desde luego, que la ley permita esta modificación o extinción.

Tales ideas han llevado a la doctrina moderna a considerar que el contrato cubre todo el Derecho de obligaciones y que, por lo tanto, es apto tanto para crear como para modificar y extinguir obligaciones.

Dicha tendencia doctrinal ha sido recogida por el Código civil italiano de 1942, cuyo artículo 1321 establece que el contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial.

El Código civil peruano copió, con ligeros cambios (se agregó la palabra "modificar" y se suprimió la expresión "entre sí"), la fórmula italiana.

En estas condiciones, la convención sigue siendo el género, pues es el acuerdo entre varias personas destinado a crear, modificar o extinguir un vínculo jurídico cualquiera, y el contrato la especie, ya que la creación, modificación o extinción sólo puede referirse a una relación jurídica patrimonial.

En el rubro "Relación jurídica patrimonial" se desarrollará el tema de la naturaleza de esta relación jurídica, tomando en consi-

deración para ello las disposiciones del Código civil, llegándose a la conclusión que ella es una relación obligacional, o sea que recae en obligaciones.

Esto determina que en el Derecho civil peruano los contratos puedan ser *constitutivos*, cuando crean o constituyen una relación obligatoria; *reguladores*, cuando regulan el ejercicio de la obligación; *modificatorios*, cuando se cambian determinadas obligaciones existentes; y *extintivos*, cuando ponen fin a una relación obligacional.

### ***Creación de una relación jurídica.-***

Es la función contractual que menos dificultades presenta, pues aparte de las limitaciones impuestas por normas imperativas (incluyendo las que interesan al orden público) y por consideraciones de buenas costumbres, es posible crear relaciones jurídicas patrimoniales que satisfagan las necesidades de los hombres.

En tal sentido, el artículo 1354 del Código civil establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Este artículo hay que conjugarlo con el artículo V del Título Preliminar del mismo Código, según el cual es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (al comentar el artículo 1354 se estudiará el problema relativo a la vinculación del orden público con las normas legales imperativas).

Salvo, pues, las limitaciones legales, mediante el contrato se puede crear toda clase de obligaciones, utilizándose para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

La posibilidad de constituir derechos reales mediante un contrato se analizará al tratar sobre la relación jurídica patrimonial.

### *Regulación de una relación jurídica.-*

Utilizando la fórmula del artículo 1321 del Código civil italiano, nuestro artículo 1351 habla de regular la relación jurídica, con la diferencia que el Código italiano no se refiere a la *modificación* de la relación y el peruano la conserva, contemplando así tanto la *regulación* como la *modificación* de la relación jurídica patrimonial.

En la doctrina ha causado cierto revuelo este nuevo término. Algunos autores<sup>(35)</sup> piensan que la expresión *regular* es el equivalente de la expresión *modificar*. Otros<sup>(36)</sup> consideran que *regular* es un término más amplio que *modificar*, porque se regula una relación no sólo cuando se la modifica, sino también cuando se la asegura, cuando se pacta un traslado de la carga de la prueba, cuando se elimina la reciprocidad de la relación, etc.

Ya se ha visto que en el Anteproyecto se definió el contrato como el acuerdo para *crear, regular* o *extinguir* obligaciones de carácter patrimonial, o sea se mantuvo fiel al modelo italiano. En la Exposición de Motivos del artículo 1º del Anteproyecto se expresa que se adoptó la segunda posición expuesta en el párrafo anterior.

Fue el primer Proyecto el que agregó la expresión *modificar*, con lo cual parece que se cambió el sentido del concepto *regular*, por considerarse que éste no engloba a aquélla, ya que mientras la modificación supone un cambio de lo existente, la regulación no tiene este alcance (sugerencia formulada por el Grupo de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú formado por los señores OSSIO, CAVALIERI, SOLARI, CHUECA y ZAR, que se preguntó si es que acaso el reglamento modifica una ley).

Personalmente estoy de acuerdo con este último planteamiento, pues considero que un contrato puede precisar los alcances de la relación jurídica creada por una fuente de las obligaciones, especialmente por un contrato previo, bien sea interpre-

tando la fuente de la relación jurídica (pienso que se interpretan los actos generadores y no sus consecuencias) o bien estableciendo reglas de detalle (procedimientos de ejecución, modalidades del ejercicio de los derechos, plazos para el cumplimiento, etc.), que sin constituir una modificación no estaban precisados en la relación jurídica original. La práctica revela cuan a menudo las partes obligadas consideran conveniente regular los alcances de sus respectivas obligaciones, sin aumentarlas, disminuirlas o, en general, cambiarlas.

### ***Modificación de una relación jurídica.-***

Ocurre con frecuencia que, bien sea por alteración de las circunstancias o por razones no previstas al momento de constituirse la obligación, las partes desean alterar el contenido de la misma, sin extinguirla.

Para ello, el artículo 1351 permite recurrir a la modificación de la relación jurídica que vincula a las partes, que significa trocar dicha relación parcialmente, esto es dejando subsistentes determinadas disposiciones contractuales. En otras palabras, la relación obligatoria, a pesar de las modificaciones de su contenido, permanece la misma<sup>(37)</sup>.

LARENZ se pregunta cuando una relación obligatoria permanece *la misma* a pesar de su modificación. Piensa que la conservación del tipo de contrato (por ejemplo, si la modificación se hace dentro del marco de un contrato de compraventa) no es decisiva para determinar que la estructura permanece *la misma* o ha sido cambiada por *otra*, considerando que la decisión debe adoptarse tomando en cuenta los criterios del tráfico<sup>(\*)</sup>. Agrega que la identidad de la relación obligatoria puede, por lo tanto, derivarse bien de que *la prestación debida permanece la misma*, o de que, a pesar de la modificación del objeto de la prestación, es idéntica *la finalidad económica* de ambas partes contratantes.

---

(\*) LARENZ pone como ejemplo la transformación de la relación de comodato, remunerando la actividad ejercitada hasta ahora

Respecto de la prórroga de la relación jurídica emanada de un contrato de duración, surge la duda si ella importa una modificación de dicha relación o una renovación de la misma. Estima MESSINEO<sup>(38)</sup>, con bastante razón, que la prórroga es una modificación del contrato (posiblemente se está refiriendo a la relación jurídica y no al contrato) cuando ella extiende la *duración* del contrato, pero éste es el mismo de antes (no hay contrato nuevo), en tanto que la renovación da lugar a un contrato *nuevo*, aunque de contenido idéntico al del contrato precedente.

### ***Extinción de una relación jurídica.-***

Ocurre la extinción de la relación jurídica cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta.

La extinción es conocida técnicamente con el nombre de "distracto", que es el contrato cuyo objeto es resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes, cualquiera que sea la fuente de ella.

He utilizado la expresión "resolver" porque considero que el distracto tiene por finalidad dejar sin efecto la relación jurídica por una causal sobreviniente al nacimiento de dicha relación. Esta causal es la voluntad de las partes de extinguir la relación. Si

---

gratuitamente, en relación de arrendamiento, no obstante lo cual la relación jurídica ha de ser considerada "la misma", a pesar de la variación del tipo contractual. Su identidad descansa en que al menos la prestación de una de las partes permanece idéntica. Pero tampoco la sustitución del objeto de la prestación por otro similar (se alquila la vivienda del piso primero en lugar de la del segundo) suprime la identidad de la relación siempre que los objetivos de ambas partes permanezcan invariables. Por otro lado, a la misma prestación puede ir unida una finalidad económica más amplia; así, las partes pueden convenir que una suma de dinero adeudada como precio de una compraventa sea en adelante adeudada como préstamo, con lo cual se trataría simplemente de una modificación de deuda, conservándose inmutable el objeto de la prestación.

bien tal relación puede no tener origen contractual, pienso que es aplicable al distracto, por analogía, la regla sobre la resolución de las obligaciones contractuales contenida en el artículo 1371 del Código civil.

En tales condiciones, el distracto no opera retroactivamente, salvo que los contratantes convengan en que actúe *ex tunc*, caso en el cual su efecto se produce desde el momento de su celebración. Los efectos de la resolución de la relación jurídica, que son aplicables al distracto, se estudiarán con mayor detenimiento al comentar el artículo 1371 del Código civil.

Por otro lado, el distracto, a diferencia de otros casos de resolución (por incumplimiento, por excesiva onerosidad de la prestación, por saneamiento, etc.) opera sin necesidad de pronunciamiento judicial, por el sólo mérito de la voluntad de las partes.

El distracto sólo puede tener lugar para poner fin a una relación jurídica cuyas prestaciones aún no han sido ejecutadas o cuya ejecución sea continuada o periódica, pues si las prestaciones hubieran sido totalmente ejecutadas la relación jurídica habría terminado y sería innecesario ponerle fin.

Como una especie del distracto existe el mutuo disenso, que es la resolución convencional de una relación jurídica patrimonial surgida de un contrato, bien sea celebrado originalmente entre las partes, o bien en que una de ellas ha ingresado posteriormente a la relación, como ocurriría en el caso de una cesión de posición contractual o en el del ingreso del heredero para ocupar el lugar de su causante<sup>(\*)</sup>.

Estima LEON BARANDIARAN<sup>(39)</sup> que el mutuo disenso sólo puede operar en los contratos bilaterales (actualmente de prestaciones recíprocas) y no en uno unilateral (de prestación unila-

---

(\*) Sobre el particular dice RUGGIERO<sup>(40)</sup> que: "Mutuo disenso es el acuerdo de los mismos contratantes para resolver el contrato que los liga. La misma voluntad que pudo crear el vínculo puede también resolverlo. En otros términos, se trata de un verdadero y propio

teral), porque entonces se confundiría con la remisión. La opinión es discutible, por cuanto la remisión importa necesariamente una liberalidad del acreedor, mientras que puede ocurrir, aunque ello no es usual, que en el mutuo disenso, que es un contrato distinto al que dio lugar a la relación jurídica que se resuelve, se convenga en que se produzca la resolución del contrato básico unilateral en virtud de una contraprestación que asuma el deudor según el mutuo disenso, sin que por ello se produzca una remisión.

Distinto es el caso de la revocación del contrato de prestación unilateral, en el cual este acto unilateral se produce en virtud de una causal prevista en el contrato o en la ley (por ejemplo, la revocación de la donación por causal de indignidad para suceder).

### ***Incidencia del contrato entre las partes.-***

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" del presente Título que desde la Ponencia original hasta el primer Proyecto, pasando por las cinco Ponencias sustitutorias y por el Anteproyecto, la definición de contrato indicaba que éste era un acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes ("entre sí" decía) una relación jurídica patrimonial, siguiendo el planteamiento del artículo 1321 del Código civil italiano.

El segundo Proyecto suprimió la expresión "entre sí", apartándose de esta manera del modelo italiano.

Pese a la búsqueda efectuada, no me ha sido posible encontrar la razón de esta supresión.

---

contrato cuyo contenido es precisamente lo inverso de la constitución del vínculo obligatorio como tal contrato entra en la categoría de los contratos liberatorios. Ahora bien, si la voluntad apta para producir la resolución debe ser semejante a aquella que creó el vínculo, o sea un acuerdo de voluntades, se deduce lógicamente que una sola voluntad no bastaría para producir tal efecto".

Los comentaristas del Código civil italiano<sup>(41)</sup> dicen que la regla por la cual la relación sobre la que incide el contrato se desenvuelve entre las partes significa sólo que el contrato no mira a crear relaciones jurídicas a cargo de terceros. Es posible que la Comisión Revisora, tomando esto en consideración, haya estimado que la indicación es inútil por cuanto el artículo 1363 del Código civil peruano establece la regla de la relatividad de los contratos, o sea que éstos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, con lo cual está excluyendo la posibilidad de que creen relaciones jurídicas a cargo de terceros.

Sin embargo, pienso que la expresión "entre sí" tiene un significado más hondo, esto es tiene por finalidad destacar que, como se verá más adelante, a diferencia de otros actos jurídicos que dan lugar a la creación de relaciones de personas con bienes, los contratos se limitan a vincular a las personas o a grupos de personas (las partes) entre sí, descartándose de esta manera la posibilidad de que un contrato cree un derecho real, que es una relación entre una persona y un bien, como sí podría hacerlo una convención. Además, la citada expresión permite precisar que esas personas a quienes liga la vinculación contractual son sólo las partes o las que forman las partes, por cuanto éste es el verdadero sentido del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos, no afectando a personas distintas de los otorgantes como ocurre en otros actos jurídicos (por ejemplo, el testamento).

## **6).- LA RELACION JURIDICA PATRIMONIAL.-**

El Código nacional copia el concepto del Código italiano respecto de que la finalidad del contrato recae en una "relación jurídica patrimonial", aunque es posible, como se verá más adelante, que esta expresión tenga significado diverso en ambos Códigos.

### ***Relación jurídica.-***

Se ha visto que tanto la Ponencia original como las cinco

Ponencias sustitutorias y el primer Proyecto definían al contrato como el acuerdo para crear (regular, modificar o extinguir) *obligaciones de carácter patrimonial*.

No cabe duda, pues, que el planteamiento de la Comisión Reformadora era considerar que el contrato creaba (regulaba, modificaba o extinguía) una relación obligacional, esto es limitada al campo de las obligaciones, lo cual coincidía con el objeto del contrato, que era crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones. Existía, por ello, una expresa armonía entre la definición del contrato y el objeto del mismo.

La Comisión Revisora modificó en el segundo Proyecto la definición del contrato sustituyendo la expresión "obligaciones de carácter patrimonial" por la de "relación jurídica patrimonial", y de allí pasó esta expresión al artículo 1351 del Código civil.

Pese a la búsqueda hecha en los antecedentes que se hallan en mi poder, no me ha sido posible encontrar la razón que motivó dicha sustitución.

En todo caso, pese a lo ilustrativo que sería conocer dicha razón, pues revelaría el pensamiento de la Comisión Revisora, o sea la voluntad del legislador (que en opinión de algunos autores determina el sentido de la ley), lo cierto es que el artículo 1351 habla de la "relación jurídica patrimonial" y hay que atenerse al significado de esta expresión para conocer lo que es el contrato según el Código civil, ya que pienso, siguiendo a otro sector de la doctrina, que "lo que se llama *espíritu* o sentido de la ley, no es la voluntad subjetiva de su autor, sino la voluntad de la ley considerada objetivamente, como un ente que existe por sí, dotado de fuerza propia"<sup>(42)</sup>.

No existe consenso respecto de los verdaderos alcances de la expresión "relación jurídica".

Consideran algunos que el concepto de relación jurídica debe entenderse en un sentido muy amplio, o sea que no es otra cosa que una relación de vida ordenada —en cuanto jurídica—

por el derecho objetivo<sup>(43)</sup>. Según esta concepción, la relación jurídica puede ser no sólo una situación entre dos o más personas sino también una situación entre una persona y una cosa.

Surge así la posibilidad de que, dentro de este planteamiento, un contrato —por ser una relación jurídica patrimonial— no sólo cree (regule, modifique o extinga) una obligación que tiene contenido patrimonial, sino también constituya o transfiera un derecho real (también con contenido patrimonial), que es lo que se llama contrato con efectos reales.

Es particularmente interesante que parte de la doctrina italiana considere que al hablar el artículo 1321 del Código civil italiano de relación jurídica patrimonial (como lo hace el artículo 1351 del Código civil peruano) y no de relación jurídica obligatoria, está redactado de modo que comprenda también la figura del contrato que produce efectos reales<sup>(44)</sup>(<sup>1</sup>).

Otra posición doctrinaria opina que la relación jurídica es necesariamente una relación entre personas, por lo cual tiende a desaparecer el concepto de relación jurídica entre una persona y una cosa, como lo destaca con claridad DIEZ-PICAZO<sup>(45)</sup> en la nota a pie de página<sup>(<sup>1</sup>)</sup>. BULLARD<sup>(46)</sup> es de la misma opinión.

---

(\*) MESSINEO<sup>(47)</sup> observa que "puesto que el art. 1321 (u otra norma) no lo dice, no puede sostenerse que el contrato sea estipulado 'animo contrahendae obligationis' como se ha observado con la desaparición de la locución 'Vínculo jurídico' que figuraba en el artículo 1098 del Código abrogado, una de las funciones del contrato aquella de ser fuente de las obligaciones - ha pasado al fondo, si bien no ha sido abolida. Por tanto, puede ahora decirse que del contrato nacen obligaciones y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real (que es constituido o transfrido) en virtud del contrato.

Es, por lo tanto, siempre actual y fundada en la ley la distinción entre contratos obligatorios y contratos con efectos reales (que genera o transfiere derechos reales)".

(\*\*) "Relación jurídica es toda situación que en la vida social se establece entre dos o más personas como un cause idóneo para la realización de unos fines o intereses, que son dignos y merecedores de tutela, cause

Dice DUGUIT<sup>(48)</sup> que como toda relación jurídica es una relación entre dos personas, no puede nacer más que de una relación entre dos voluntades<sup>(\*)</sup>.

Inicialmente pensé, influido sin duda por la opinión de MESSINEO, y dentro del marco del Código civil de 1936, que mediante el contrato no sólo se crean obligaciones, esto es relaciones jurídicas entre personas, sino que eventualmente pueden celebrarse contratos cuyo objeto es la constitución de derechos reales, o sea relaciones entre una persona y una cosa, por lo cual es más adecuado considerar que mediante el contrato puedan afectarse relaciones jurídicas patrimoniales, y así lo manifesté en otro trabajo<sup>(49)</sup>.

Con posterioridad, a la luz de otros pareceres de la doctrina, de los trabajos de la Comisión Reformadora y de la ubicación del contrato en el Código civil de 1984, he cambiado de parecer y me rectifico.

Juzgo ahora que la relación jurídica de que trata el artículo 1351 del Código civil debe ser entendida como una conexión entre dos o más personas desde que está destinada a regu-

---

que por ello es disciplinado y organizado unitariamente por el ordenamiento jurídico.

"Los sujetos de toda relación jurídica son siempre las personas entre quienes la relación se traba o se establece. Una relación jurídica es siempre una situación en la cual se encuentran dos o más personas. No es admisible, en buena técnica jurídica, utilizar la idea de relación jurídica para aludir a la situación en que se encuentra una persona respecto de una cosa, un a persona respecto de un lugar o varias cosas entre sí. La relación jurídica es siempre entre personas".

(\*) A título informativo vale la pena mencionar que el reciente Código civil de Cuba (dictado el 16 de junio de 1987) establece en su artículo 22, ubicado en el Libro I relativo a la situación jurídica, que tiene carácter de jurídica la relación entre personas a la que la ley atribuye afectos, a diferencia del derecho derivado de la relación jurídica sobre bienes, que recae directamente sobre un bien determinado, del que trata el artículo 127, ubicado en el Libro II sobre derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes.

lar una conducta humana, pues las relaciones jurídicas son las relaciones de la vida social (o sea entre personas) reconocidas por el Derecho objetivo<sup>(50)</sup>. El elemento subjetivo de la relación jurídica está constituido por un doble sujeto: el sujeto activo (titular del derecho) y el sujeto pasivo (deudor). Es entre estos dos sujetos que se constituye algo (la relación jurídica). No es una situación de un sujeto con relación a un objeto, como es el caso de los derechos reales. En estos derechos no existe un deudor, o sea no hay una persona especialmente obligada a facilitar al titular el ejercicio de las facultades que integran el derecho real. Me parece exagerada y artificial la teoría de PLANIOL, según la cual en los derechos reales también existe un deudor, que es toda la colectividad, obligada a respetar el derecho real.

Por otro lado, al ubicarse al contrato en el Código civil dentro de Libro correspondiente a las fuentes de las obligaciones, es evidente que la relación jurídica creada por el contrato es una relación obligacional, que se produce necesariamente entre dos o más personas.

Finalmente, y para disipar cualquier duda, el artículo 1402 del Código civil establece que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, de tal manera que no es posible que la relación jurídica patrimonial que se crea, regula, modifica o extingue por el contrato sea otra cosa que la obligación. Pensar de otra manera significaría considerar que el contrato puede crear algo distinto de lo que constituye su objeto. Siendo la obligación, como se verá más adelante, un vínculo jurídico entre dos o más personas, la relación jurídica que constituye ese vínculo es también entre dos o más personas.

He hecho esta vinculación del artículo 1351 del Código civil con el Libro VII y con el artículo 1402 del mismo Código porque no debe olvidarse que una de las principales reglas de interpretación de la ley, o sea para descubrir su verdadero sentido, es poner en correlación una disposición con las demás afines que forman toda una institución jurídica. Esto se llama elemento *sistemático* de la interpretación<sup>(51)</sup>.

Es necesario, a esta altura del desarrollo del problema, detenerse para examinar una objeción basada en lo que constituye, en mi opinión, una deficiencia técnica del Código civil peruano. Me refiero a su artículo 949, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

La objeción radica en que existen varios contratos nominados (al comentar el artículo 1353 del Código civil se estudiará si esta calificación es adecuada), como los de compraventa, permuta, suministro y donación (y, desde luego, muchos innominados), en los cuales una de las partes se obliga a transferir a la otra la propiedad de un bien, por lo cual, cuando este bien es inmueble, el acreedor queda convertido en propietario por el solo hecho de la celebración del contrato, en aplicación del artículo 949. Se dice, con este fundamento, que tales contratos transfieren la propiedad y son, por lo tanto, contratos con efectos reales.

No hay duda que la existencia del artículo 949 da pábulo a la objeción. Sin embargo, debe tenerse presente que, por ejemplo, el contrato de compraventa de un bien inmueble no transfiere, como contrato, la propiedad del bien al comprador, sino que se limita a crear la obligación de hacerlo. Lo que produce la transferencia es la obligación de enajenar, no el acuerdo de voluntades que da lugar a la perfección del contrato.

Puede decirse, pues, que en el ejemplo propuesto la causa mediata de la transferencia de propiedad es el contrato de compraventa, que se limita a crear la obligación de transferir, y que la causa inmediata es la existencia de esta obligación, que es la que determina que el comprador se convierta en propietario. Es cierto que los dos efectos (el del contrato y el de la obligación) se producen simultáneamente, pero ello no significa que dejen de ser dos efectos distintos y no uno solo.

Algo muy distinto ocurre en los Derechos francés e italiano, en los cuales el contrato de compraventa no crea obligaciones sino que transfiere, como contrato y por el sólo efecto

de él, la propiedad de la cosa. En el Derecho peruano el objeto del contrato de compraventa es la obligación de transferir la propiedad; en el Derecho italiano el objeto del mismo contrato es la transferencia de la propiedad.

No cabe duda, pues, que en el primer caso se trata de un contrato obligacional y en el segundo de un contrato con efectos reales. Pienso que la existencia del artículo 949 no altera la naturaleza obligacional del contrato de compraventa en el Código civil peruano.

Otra observación que se ha formulado es que algunos derechos reales, especialmente los de garantía, pueden constituirse mediante contratos, por lo cual estos contratos tendrían efectos reales.

Pienso que el contrato de prenda, por ejemplo, es el título del derecho de prenda, pero que este derecho no se constituye mediante el contrato sino mediante la entrega del bien al acreedor. Algo similar ocurre en la anticresis, en la cual el contrato celebrado por escritura pública es el título del derecho de anticresis, el cual se constituye no por el contrato sino en virtud de la entrega del inmueble.

En ambos casos el título es un contrato obligacional, que obliga al deudor a entregar el bien, de tal manera que estos contratos no producen efectos reales<sup>(\*)</sup>.

En lo que se refiere al derecho real de usufructo, es cierto que el artículo 1000 del Código civil dispone que se puede constituir por contrato o acto jurídico unilateral.

---

(\*) La sencillez de ese planteamiento viene a complicarse, sin embargo, por el tratamiento que da el Código civil a la hipoteca voluntaria. Según el artículo 1097, por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero, agregando el artículo 1098 que la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

Pienso, sin embargo, que en este artículo existe una falla técnica legislativa, pues se utiliza la palabra "contrato", no con los alcances limitados que tiene según los artículos 1351 y 1402 del Código civil (creación de relaciones obligacionales), sino como equivalente a acto jurídico plurilateral, por lo cual hubiera sido más propio hacer referencia a la "convención" que, por la amplitud de su contenido, es apta para crear derechos reales.

Puede afirmarse, por lo tanto, que la relación jurídica a que se refiere el artículo 1351 del Código civil es una relación subjetiva, o sea una relación entre dos o más personas. Como la relación jurídica es el género de otras relaciones (obligacional, familiar, sucesoria, etc.), si no fuera por la nota de patrimonialidad de la que también habla el artículo 1351, de lo cual se tratará enseguida, habría que pensar que el contrato es apto para crear cualquier relación jurídica entre personas, o sea tanto en el Derecho de obligaciones, como en el de personas, el de familia y el de sucesiones.

Antes de abandonar el tema de la relación jurídica resulta oportuno tratar sobre si mediante un contrato puede crearse una persona jurídica. Aun cuando no falta quien así lo afirme<sup>(52)</sup>, pienso, siguiendo a SACCO<sup>(53)</sup>, que el contrato no puede crear

---

Resulta, pues, que de acuerdo con estos artículos la hipoteca, o sea el derecho real de afectar un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, se constituye por escritura pública, la cual, en el caso de la hipoteca voluntaria, sería (tratándose de hipoteca constituida por acto plurilateral) el convenio de hipoteca. Estamos en presencia, por lo tanto, de un convenio que produce efectos reales.

Podría observarse que el artículo 1099, al señalar cuáles son los requisitos para la validez de la hipoteca, entre los cuales se encuentra la inscripción en el registro de la propiedad inmueble, está disponiendo que para la constitución del derecho real se requiere, además, el cumplimiento de dichos requisitos, con lo cual el convenio de hipoteca no sería, por sí solo, constitutivo del gravamen.

Sin embargo, como según la teoría del acto jurídico adoptada por el Código civil peruano la invalidez legal (no me refiero a la

sujetos. El contrato de sociedad, por ejemplo, obliga a las partes a aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, con el fin de repartirse las utilidades, pero la personalidad jurídica de la sociedad se la otorga la ley, cuando ocurre la inscripción del contrato social. El nacimiento del nuevo sujeto es una consecuencia legal ulterior de la relación creada por las partes.

### ***La patrimonialidad.-***

Dado que, como se ha visto, la relación jurídica tiene carácter genérico, comprende dentro de sí varias relaciones especiales entre personas, como son las obligacionales, familiares, de cortesía, etc. Para precisar el ámbito del contrato, el artículo 1351 del Código civil señala que la relación jurídica creada

---

invalidez jurídica, entendida como una categoría general de negocio jurídico inexistente o viciado) no está sancionada, de por sí, con la nulidad ni con la anulación, la falta de alguno de los requisitos señalados en el artículo 1099 no determina, en realidad, la invalidez jurídica de la hipoteca, sino sólo su ineficacia.

En efecto, los únicos actos inválidos jurídicamente son los nulos y los anulables. Los artículos 219 y 221 del Código civil, que enumeran taxativamente los actos nulos y anulables, de tal manera que no pueden haber otras causales de nulidad que las indicadas en dichos artículos<sup>(54)</sup>, no sancionan con nulidad la falta de los requisitos necesarios para la validez de la hipoteca, por lo cual ello no causa su invalidez jurídica o nulidad (obsérvese que no obstante que el artículo 140 del Código civil establece que para la validez (legal) del acto jurídico se requiere: agente capaz, objeto físico y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, esto no significa que la falta de estos requisitos determine, por sí sola, la nulidad del acto, pues para ello ha sido necesario que los incisos 2), 3), 4) y 6) del artículo 219 sancionen la omisión con nulidad).

LOHMANN<sup>(55)</sup> ha dicho, con razón, que "la invalidez es una noción abstracta (ausencia de valor jurídico) que no se concreta por sí misma; no tiene per se consecuencias como no sea a través de la nulidad".

por éste debe ser patrimonial. ¿Qué significado y alcances tiene el que la relación jurídica sea patrimonial?

No encuentro realmente mejores palabras que las de DIEZ-PICAZO<sup>(56)</sup> para contestar esta pregunta. "Una relación jurídica es patrimonial, dice didácticamente este autor, cuando versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica. Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración. Esta valoración debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cual sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión. Así, por ejemplo, aun cuando el interés del sujeto respecto del bien sea puramente sentimental o de afección, la relación jurídica será patrimonial siempre que el bien sobre el que recaiga, objetivamente considerado, posea valor económico".

No ha sido pacífica la elaboración doctrinaria para llegar a la posición antes descrita. Cuentan ESPIN<sup>(57)</sup>, HERNANDEZ GIL<sup>(58)</sup> y el propio DIEZ-PICAZO<sup>(59)</sup> que los juristas pertenecientes a la

---

Por principio, los actos jurídicos se realizan para que tengan el efecto jurídico querido por el agente Empero, por determinadas razones dichos actos no producen los efectos que les son propios. Entonces se les califica de ineficaces.

La ineficacia de un acto jurídico puede provenir de dos causas: 1) de la invalidez jurídica del acto; y 2) de causas externas a un acto válido. Al primer caso se le llama ineficacia "estructural" o "intrínseca" y al segundo ineficacia "funcional" o "extrínseca".

En consecuencia, cuando el Código civil peruano exige un requisito para la validez (legal) de un acto y no sanciona con nulidad o anulación la falta del requisito, no está, en realidad, declarando que el acto es inválido jurídicamente (desde que no es nulo ni anulable) cuando no se cumple el requisito, sino que el acto es ineficaz funcionalmente, se trata, en realidad, de un mal empleo de términos.

En estas condiciones la hipoteca voluntaria que no reúne alguno de los requisitos exigidos por el artículo 1099 es ineficaz, por lo cual no llega a constituir el derecho real. Debe tenerse presente, por otro lado, que el convenio de constitución de hipoteca no es un contrato sino una convención, porque el contrato sólo puede crear obligaciones, no constituir derechos reales.

escuela histórica sostuvieron que el Derecho romano exigía el carácter pecuniario de la prestación e inclusive la patrimonialidad del interés del deudor. Fueron WINDSCHEID e IHERING quienes en el siglo XIX afirmaron que el interés del acreedor en la obligación puede tener una naturaleza moral o afectiva y no necesariamente patrimonial. Frente a estas tesis contrapuestas, SCIALOJA distinguió entre el interés del acreedor y la prestación en sí misma, indicando que el primero podía ser no económico, mientras que la segunda debía tener necesariamente un contenido patrimonial. Dice ESPIN que de esta suerte se concilia la protección de cualquier interés del acreedor, con tal que sea merecedor de tutela, y la necesidad de poder valorar económicamente la prestación para que, en caso de incumplimiento, pueda sancionarse mediante la compensación o equivalencia económica en favor del acreedor, que de otro modo tendría un derecho ilusorio, no jurídico<sup>(\*)</sup>.

La posición de SCIALOJA ha recibido la consagración legislativa del Código civil italiano, cuyo artículo 1174 dispone que la prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor. Una disposición similar está contenida en el artículo 292 del Código civil de Bolivia.

Según este planteamiento, una relación jurídica (entre dos o más personas) es patrimonial cuando la prestación, o sea la conducta del deudor, que consiste en un dar, en un hacer o en un no hacer, puede ser objeto de valoración económica (tenga, como se dice, un precio de mercado), independientemente de que el interés del acreedor en obtener la prestación tenga o no carácter económico (puede ser tanto pecuniario como cultural, científico o moral).

---

(\*) Debe advertirse que HERNANDEZ GIL no participa del planteamiento de ESPIN y DIEZ-PICAZO, pues considera que una prestación no susceptible de valoración económica o patrimonial puede integrar perfectamente el objeto de las obligaciones y producir consecuencias jurídicas

Se dice que la valoración de la prestación es necesaria para permitir que en caso de inejecución, si no puede lograrse el cumplimiento forzado, sea posible hacerla efectiva por equivalencia sobre el patrimonio del deudor mediante la acción de indemnización de daños y perjuicios. Se sustituye así la antigua sujeción romanista de la persona del deudor al cumplimiento de su obligación por la responsabilidad patrimonial que él asume.

Es por esto que aun una prestación que no sea valorable económicamente podría ser materia de una relación jurídica patrimonial, cuando se le da un valor sustitutorio, como ocurriría en el caso de que se pacte una contraprestación o que mediante una cláusula penal se valore la inejecución de la prestación<sup>(\*)</sup>. Algo similar ocurre en el caso del daño moral, para el cual, tanto en el campo de la responsabilidad contractual, que es el que nos interesa, como en el de la responsabilidad extracontractual, el Código civil peruano contempla la posibilidad de su resarcimiento económico.

Se ha visto que lo que determina la patrimonialidad de la relación jurídica es la valoración económica de la prestación. Dado que la prestación es, en realidad, el contenido de la obligación, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional.

El requisito de la patrimonialidad de la relación jurídica

---

(\*) Esta posición está avalada por la Relación del Guardasellos al Código civil italiano, que al respecto dice: "La posibilidad de valoración económica no existe solamente si la prestación tiene un valor patrimonial intrínseco, sino también cuando la recibe de reflejo de la naturaleza de la contraprestación o de una valoración hecha por las partes, como en el caso que se conviene una cláusula penal".

GIORGIANI<sup>(60)</sup> objeta esta última solución distinguiendo agudamente entre la patrimonialidad de la prestación y la juridicidad de la obligación. Según él, la patrimonialidad de la prestación es de carácter objetivo, es o no valorable en dinero, independientemente de la patrimonialidad de la contraprestación o de la cláusula penal, las cuales no transforman la prestación no patrimonial en patrimonial,

excluye del campo del contrato todo acto jurídico relativo a relaciones personales o familiares, diferentes de las obligacionales. En estas relaciones no existen obligaciones, pues la obligación para serlo debe tener como contenido una prestación valorable económicamente, sino "deberes", que obligan —en el sentido lato de la palabra— a quien los ha asumido, pero que no pueden ser realizados por equivalencia sobre el patrimonio del deudor<sup>(61)</sup>. Generalmente para estos deberes de carácter jurídico, que no tienen contenido patrimonial, existen sanciones diversas impuestas legalmente<sup>(62)</sup>.

Completando el concepto de relación jurídica con la nota de la patrimonialidad, puede llegarse a la conclusión que el contrato, según la definición del artículo 1351 del Código civil, es un acuerdo destinado a crear (regular, modificar o extinguir) relaciones obligacionales, esto es propias del Derecho de obligaciones.

Quizá toda esta construcción jurídica hubiera sido innecesaria si se hubiera conservado en el artículo 1351 la expresión "obligaciones de carácter patrimonial" utilizada en el artículo 1370 del primer Proyecto.

El acuerdo para crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas extrapatrimoniales no es un contrato sino una con-

---

sino que transforman más bien la obligación no jurídica en jurídica.

Pienso que GIORGIANI tiene razón en lo que se refiere a que, según el artículo 1174 del Código civil italiano, la prestación debe ser de por sí patrimonial, y que esto no puede ser sustituido por el carácter patrimonial de la cláusula penal. Sin embargo, en el campo del contrato, en el cual hay generalmente prestaciones a cargo de cada parte, bastaría que alguna de ellas fuera patrimonial para que la relación jurídica creada por el contrato tuviera tal carácter. Sólo en el caso que ninguna prestación fuera patrimonial (por ejemplo, no tocar el violín a cambio de una invitación a pasear), pese a que para la inejecución de una o varias de ellas se conviniera una cláusula penal, estaríamos en presencia de una convención creadora de deberes, aun cuando el incumplimiento de estos deberes obligaría al pago de la penalidad constitutiva de la cláusula penal.

vención, que crea deberes pero no obligaciones, a la cual no le son aplicables las reglas de la teoría general del contrato sino las de la teoría general del acto jurídico.

De igual manera, el acuerdo atípico para crear o transferir un derecho real (supóngase que dos personas convienen en que una de ellas transfiera —no se obligue a transferir— a la otra la propiedad de un bien), si bien tiene contenido patrimonial, tampoco es un contrato porque no recae en una relación jurídica. Se trataría de una convención con efectos reales, lo cual sería perfectamente lícito y posible por cuanto nada impide jurídicamente que, por aplicación del principio de la autonomía privada, un acuerdo de voluntades tenga dichos efectos, lo cual no va contra la naturaleza de este acuerdo, pues ello ocurre legítimamente en los ordenamientos legales francés e italiano.

### ***Las capitulaciones matrimoniales.-***

Los dos grandes actos jurídicos bilaterales del Derecho de familia son el matrimonio y la adopción, especialmente el primero, por su mayor importancia y trascendencia.

Ambos actos, como dice GIORGI<sup>(63)</sup>, son de naturaleza mixta: en parte pertenecen al estado de la persona, en parte al patrimonio. Pero el rol que juegan estos dos elementos es diferente pues la finalidad de dichos actos es esencialmente crear una relación jurídica que recae sobre el estado de las personas que intervienen en ellos, constituyendo el elemento patrimonial algo secundario o adjetivo.

Esto determina que ni el matrimonio ni la adopción sean contratos, por lo cual no les son aplicables las reglas referentes a los contratos.

Sin embargo, tratándose del matrimonio, el artículo 295 del Código civil establece que antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen

de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios. El artículo 296 del mismo Código agrega que durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro.

Estos convenios, conocidos por la doctrina con el nombre de "capitulaciones matrimoniales", tienen un contenido exclusivamente patrimonial pues, sin alterar las relaciones matrimoniales de los cónyuges (el vínculo matrimonial y los deberes de los cónyuges permanecen incólumes), establecen reglas sobre la propiedad, la administración y la disposición de los bienes de los cónyuges. Debe observarse que las capitulaciones matrimoniales no crean ni transfieren derechos reales, sino constituyen relaciones obligacionales.

Supóngase, por ejemplo, que mediante una capitulación matrimonial los cónyuges convienen en sustituir el régimen inicial de sociedad de gananciales por el régimen de separación de bienes y, en tal virtud, acuerdan que determinados bienes muebles que tengan la calidad de gananciales se adjudiquen a uno de los cónyuges. Pues bien, la capitulación matrimonial constituirá simplemente el título de la adquisición, pero para la transferencia de la propiedad de dichos bienes se requerirá su tradición, de conformidad con el artículo 947 del Código civil.

En estas condiciones, las capitulaciones matrimoniales tienen la condición legal de contratos, por ser acuerdos de voluntad destinados a crear (regular, modificar o extinguir) entre los cónyuges relaciones jurídicas patrimoniales, de tal manera que les son aplicables las reglas de la teoría general del contrato.

## **7).- CONTRATACION ENTRE CONYUGES.-**

Se acaba de ver que el Código civil de 1984 permite las capitulaciones matrimoniales durante la vigencia del matrimonio, que vienen a ser, en realidad, contratos entre cónyuges.

Cabe preguntarse ¿pueden los cónyuges celebrar entre sí otros contratos?(\*).

Iniciado el proceso de elaboración del que es ahora Código civil de 1984, el artículo 25 de la Ponencia original dispuso que la ley señalará en qué casos está prohibida la contratación entre cónyuges.

La Exposición de Motivos de este artículo decía que él contenía la prohibición de contratar entre cónyuges y tenía como fundamento la necesidad de impedir que se violen las expectativas de los herederos legitimarios, pero con la salvedad de que sólo funcionaba en aquellos casos en que la ley lo prohibía expresamente.

En realidad, se estaba consagrando la libertad de contratación entre cónyuges, pues en la medida en que una ley no lo prohibiera expresamente para determinados casos, los cónyuges podían contratar libremente entre sí.

Según el artículo 16 de la primera Ponencia sustitutoria, la contratación entre cónyuges sólo estará prohibida en los casos especialmente señalados por la ley. Iguales disposiciones estaban contenidas en la segunda, tercera y cuarta Ponencias sustitutorias.

En la Exposición de Motivos del pertinente artículo de la cuarta Ponencia sustitutoria (artículo 9) se expresó que se mantenía la prohibición de contratar entre cónyuges, pero indicando que la libertad es la regla y el impedimento la excepción.

---

(\*) El tema ha sido tratado con carácter teórico en otro trabajo<sup>(64)</sup>, en el cual opiné que debía permitirse la contratación entre cónyuges. Recuérdese que el artículo 1339 del Código civil de 1936, tal como fue modificado por la Ley N<sup>o</sup> 9013, durante cuya vigencia se escribió dicho trabajo, prohibía contratar entre cónyuges, salvo para el otorgamiento de poderes.

El artículo 9 de la quinta Ponencia sustitutoria sólo agregó las palabras "o limitada", después de la palabra "prohibida".

El Anteproyecto mantuvo esta fórmula (artículo 9). En la respectiva Exposición de Motivos se indicó que el fundamento de este dispositivo estaba en el hecho real de la igualdad jurídica de la mujer y el hombre; en la posibilidad de que se establezcan en el futuro regímenes convencionales mediante las capitulaciones que son verdaderos contratos; y en que la posibilidad del abuso y del fraude importaría sospechar "*a priori*" el dolo en estos contratos, siendo así que el dolo no se presume. Lo expuesto había conducido al autor del Anteproyecto a modificar sustancialmente el régimen que existía en el artículo 1339 del Código civil de 1936, con lo que por otro lado se adaptaba a situaciones reales, como son las donaciones manuales entre cónyuges.

El primer Proyecto varió radicalmente esta situación estableciendo en su artículo 1378 que la contratación entre cónyuges sólo está permitida en los casos específicamente señalados por la ley. Se había dado un giro de 180 grados.

Como se sabe, el primer Proyecto no tiene Exposición de Motivos, de tal manera que no se conocen las razones del cambio. La única información que tengo es un memorandum dirigido al doctor Jack BIGIO CHREM (Coordinador de la redacción del primer Proyecto) el 3 de junio de 1981, en el cual se indica que la modificación de criterio sobre la contratación entre cónyuges se había hecho a última hora<sup>(\*)</sup>.

Entiendo, aunque no estoy seguro, que antes de elaborar definitivamente el segundo Proyecto, la Comisión Revisora, con

---

(\*) En un artículo publicado en el diario "El Comercio" el 26 de julio de 1982 Max ARIAS SCHREIBER, refiriéndose a la parte general de los Contratos en el primer Proyecto dice que a diferencia de lo que sucede en la actualidad (Código civil de 1936), se permite la contratación entre cónyuges (artículo 1378) en los casos autorizados por la ley. "Debo aclarar, agrega, que en este tema primitivamente fuí más lejos,

audiencia de algunos miembros de la Comisión Reformadora, actualizó el primer Proyecto. En esta actualización el artículo 1378 del primer Proyecto figura, a sugerencia del doctor Max ARIAS SCHREIBER, con el siguiente texto: "Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de sus bienes comunes, salvo disposición distinta de la ley".

ARIAS SCHREIBER justificó su sugerencia en las razones que sintéticamente se exponen a continuación:

- No existe inconveniente para que los cónyuges con patrimonios separados puedan celebrar entre sí toda clase de contratos.
- Tampoco existe prohibición de contratar cuando no esté de por medio el patrimonio.
- Cuando está formada la sociedad de gananciales, para contratar entre los cónyuges se requiere autorización de la ley.

Recogiendo y reformulando estas razones, el segundo Proyecto no consignó disposición alguna sobre la contratación entre cónyuges en la Sección Primera (Contratos en general) del Libro VII (Fuentes de las obligaciones), limitándose a disponer en el artículo 312, ubicado en el Título III (Régimen patrimonial del matrimonio) de la Sección Primera (Sociedad conyugal) del Libro III (Derecho de familia), que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad.

---

consagrando el principio de que los cónyuges pueden contratar entre sí, salvo prohibición expresa. El Proyecto no ha querido llegar a este extremo, en previsión de que se podrían vulnerar intereses familiares y de los acreedores. Declaro, empero, que he vuelto a mi posición original y concretamente creo que, como regla general, los cónyuges deben ser libres de celebrar contratos entre ellos, pues el dolo no se presume y el Código ofrece correctivos en caso de abusos".

El artículo 312 del Código civil recoge textualmente esta disposición.

De acuerdo con este desarrollo, debe considerarse que el Código civil de 1984, plasmando el principio de la libertad de contratar que lo informa, permite la contratación entre cónyuges, sin más limitación que los contratos sobre bienes de la sociedad de gananciales.

Conviene aclarar el concepto de bienes de la sociedad de gananciales.

La denominación de sociedad de gananciales es, en opinión de CORNEJO CHAVEZ<sup>(65)</sup>, equívoca, ya que sólo existen dos regímenes de gananciales: el de comunidad y el de participación, siendo ésta la razón por la cual dicho autor utilizó en su Anteproyecto la denominación de comunidad de gananciales y no la de sociedad de gananciales.

ECHECOPAR GARCIA<sup>(66)</sup>, no obstante que escribió su obra durante el régimen del Código civil de 1936, cuyo artículo 176 establecía que por la celebración del matrimonio se constituye entre marido y mujer una sociedad en que pueden haber bienes propios y bienes comunes, dice que la comunidad de bienes que se establece entre los esposos es una institución autónoma y válida por sí sola, que no puede ser asimilada a la sociedad civil —por la ausencia de *afectio societatis* y de espíritu de lucro—, al condominio —porque no hay partes alícuotas, no administra cada cual una parte alícuota ni puede enajenar su parte proporcional por separado—, ni es una persona jurídica nueva —por cuanto no hay ley ni razón moral ni jurídica que autorice la creación de un ser ficticio—.

A esta institución autónoma y válida por sí sola de que habla ECHECOPAR el Código civil de 1984 la llama "sociedad de gananciales" y, sin concederle personalidad jurídica, le reconoce un patrimonio constituido por los denominados "bienes sociales" (artículos 301 y 310), que no son bienes comunes (en el sentido de pertenecer a ambos cónyuges).

Los bienes sociales nacen sólo cuando se ha formado la llamada sociedad de gananciales y terminan con el fenecimiento de ella. No hay bienes sociales antes de que se constituya la sociedad ni después que ella concluya. Al fenecer la sociedad, los bienes sociales dejan de serlo por quedar sin titular, y sólo conservan su condición legal los bienes propios de cada cónyuge.

Existen, pues, tres momentos bien marcados en el proceso de existencia, disolución y liquidación del régimen de sociedad de gananciales:

- a).- Un primer momento, que es el de vigencia del régimen, donde coexisten los bienes propios de cada cónyuge con los bienes sociales pertenecientes a la sociedad de gananciales (entidad autónoma y con vida propia).
- b).- Un segundo momento, que se inicia con el fenecimiento del régimen, donde sólo existen los bienes propios de cada uno de los cónyuges. Los bienes sociales han desaparecido para dar lugar al *caudal común* destinado al pago de las cargas y obligaciones de la sociedad y de los bienes propios de los cónyuges.
- c).- Un tercer momento, que es el de liquidación del régimen de sociedad de gananciales, donde, después de hechos los pagos a que se refiere el punto b) que precede, surgen los *gananciales*, que pertenecen en condominio al marido y a la mujer y que deben partirse entre ellos.

Cabe que durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales hayan existido bienes sociales y que al liquidarse dicho régimen no existan gananciales. Ello ocurrirá siempre que el pago de los bienes propios y de las deudas de la sociedad en favor de terceros o de los cónyuges determine el agotamiento del activo de la sociedad.

Dentro de este enfoque, no habría inconveniente conceptual alguno para que durante el régimen de sociedad de gananciales los cónyuges pudieran contratar entre sí respecto de sus bie-

nes propios, que forman parte de sus respectivos patrimonios y que, en cambio, no les sea posible contratar entre sí sobre los bienes sociales, que forman parte de un patrimonio separado, cuyo titular es la institución autónoma impropriadamente llamada sociedad de gananciales.

Cuando, por disolución de la sociedad debido a su sustitución por el régimen de separación de patrimonios o el de separación de cuerpos, desaparecen los bienes sociales y surgen los gananciales, será posible a los cónyuges contratar entre sí sobre los gananciales, que se habrán convertido en bienes poseídos en común antes de la liquidación de la sociedad y en bienes propios después de la partición.

Tomando todo esto en consideración, pienso que si en el régimen de sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, no cabe la hipótesis de que los cónyuges contraten entre sí sobre los bienes de la sociedad, pues tales bienes no les pertenecen (no son bienes comunes) sino que corresponden a esa institución autónoma que es la sociedad de gananciales. Sólo cuando fenece la sociedad por cambio al régimen de separación de patrimonios o al de separación de cuerpos y surgen los gananciales, es que se da un condominio de los cónyuges sobre los bienes que constituyen estos gananciales y, consiguientemente, la posibilidad de contratar sobre ellos.

Resulta así que, en puridad de principios, el artículo 312 del Código civil es inaplicable por prever una hipótesis que no existe.

Esto llevaría a considerar que en el Código civil de 1984 se admite una libertad absoluta de contratar entre cónyuges. Sin embargo, esto no es rigurosamente exacto pues, como se verá más adelante, existe un caso en que se presenta la prohibición de tal contratación.

Como tema paralelo surge el problema relacionado con la naturaleza del acuerdo celebrado entre ambos cónyuges, du-

rante la vigencia de la sociedad de gananciales, para enajenar o gravar en favor de un tercero un bien social.

Según la opinión de algunos autores que siguen la teoría del negocio jurídico, este acuerdo no sería un contrato sino un acto complejo porque los intereses de las partes no serían opuestos y buscarían una finalidad común.

Pienso, por las razones expuestas en la página 79, que se trataría de un contrato pues sería el resultado de un acuerdo entre dos sujetos con intereses iguales para crear entre sí una relación jurídica patrimonial. El carácter patrimonial de esta relación jurídica radicaría en el hecho de afectar el patrimonio de la sociedad de gananciales, con consecuencias para los cónyuges al liquidarse ésta.

Este contrato no estaría prohibido por cuanto los cónyuges no estarían contratando entre sí sobre los bienes sociales, sino poniéndose de acuerdo para contratar conjuntamente ambos posteriormente con un tercero sobre dichos bienes.

En la hipótesis que se tratara de un contrato de transferencia de una bien social, hecha con la participación de ambos cónyuges, en favor de uno de ellos, me siento un poco atrapado por la respuesta que acabo de dar en el párrafo anterior porque, al fin y al cabo, si no estamos en presencia de un contrato que ambos cónyuges celebran *entre sí* sobre los bienes sociales, sino de uno celebrado por la sociedad de gananciales, de un lado, y uno solo de los cónyuges, del otro lado, el contrato debería ser permitido, porque no se incurre en la prohibición del artículo 312.

Sin embargo, debe tenerse presente que la sociedad de gananciales, si bien tiene patrimonio, carece de personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges que la forman, de tal manera que el contrato se celebraría, en realidad, entre ambos cónyuges, formando un solo centro de interés (como administradores y disponedores del patrimonio social), y uno de ellos, formando otro centro de interés, con lo cual dicho contrato siempre lo celebrarían los cónyuges *entre sí*.

Además, creo que, si no fuera así, este acto vendría a constituir una manera de hacer indirectamente lo que la ley no permite a los cónyuges hacer directamente (contratar entre sí sobre los bienes sociales), ya que el resultado sería exactamente el mismo, o sea que un bien social podría convertirse, por efecto y en cumplimiento del contrato, en un bien propio de uno de los cónyuges. Se trataría, en realidad, de un acto en fraude a la ley, al cual debe negarse eficacia<sup>(67)</sup>.

La prohibición, pues, debe funcionar en este caso.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1351:

- (1) BELVEDERE, Andrea, "Il problema delle definizioni nel Codice Civile", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1977, pág. 17.
- (2) "Código Civil de la República Argentina", AZ Editora, Buenos Aires, 1985, pág. 118.
- (3) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 85.
- (4) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil- Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen I, pág. 2.
- (5) Cita de BELVEDERE, Andrea, op. cit., pág. 33. (1)
- (6) IBIDEM, pág. 91
- (7) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, Tomo I, pág. 30.
- (8) CAPELLA, Juan-Ramón, "El Derecho como lenguaje", Ediciones Ariel, Barcelona, 1968, pág. 274.
- (9) BELVEDERE, Andrea, op. cit., pág. 139. (1)
- (10) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho civil y comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo I, pág. 100.

- (11) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 6.
- (12) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Errores detectados en el área de los contratos en el nuevo Código civil peruano de 1984", en "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pág. 347.
- (13) MESSINEO, Francesco, "Il contratto en genere", Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 388.
- (14) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando J., "Teoría de los contratos", Víctor P. de Zavalía - Editor, Buenos Aires, 1971, pág. 21.
- (15) LEHMANN, Heinrich, "Tratado de Derecho civil - Parte general", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 210.
- (16) Cita de CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 27.
- (17) IBIDEM, pág. 30.
- (18) LEHMANN, Heinrich, op. cit., pág. 211. (15)
- (19) MICCIO, Renato, "I diritti di credito", U.T.E.T., Torino, 1977, Vo-lumen II, pág. 25.
- (20) FERRI, Luigi, "Lezioni sul contratto", N. Zanichelli Editore S.p.A., Bologna, 1987, pág. 18.
- (21) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 100. (14)
- (22) BIANCA, C. Massimo, "Diritto civile - Il contratto", Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 1984, pág. 54.

- (23) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 108. (7)
- (24) COSSIO, Alfonso de, "Instituciones de Derecho civil, 1", Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 250.
- (25) MESTRE, Jacques, "L'evolution du contrat en Droit privé français" en "L'evolution contemporaine de Droit des contrats", Presse Universitaires de France, París, 1986, pág. 45.
- (26) SCHMIDT, Joanna, "Négotiation et conclusion de contrats", Dalloz, París, 1982, pág. 5.
- (27) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 64.
- (28) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 113. (7)
- (29) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 57. (22)
- (30) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 620. (14)
- (31) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 21.
- (32) POTHIER, Robert Joseph, "Tratado de las obligaciones", Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 12.
- (33) SANCHEZ ROMAN, Felipe, "Estudios de Derecho civil", Est. Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid, 1899, Tomo IV, pág. 144.
- (34) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Volumen III, pág. 206.
- (35) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 43. (27)

- (36) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 481. (10)
- (37) LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de De-recho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 131.
- (38) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 205. (27)
- (39) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código civil peruano - Obligaciones", EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1956, Tomo II, pág. 582.
- (40) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo IV, pág. 522, (11); LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por BELLUSCIO, Augusto C., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 947.
- (41) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 499. (10)
- (42) COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general del Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág.71.
- (43) MARINO y BORREGO, Rubén M. de, "El suministro", Talleres Gráficos Imprenta NÚÑEZ, Salamanca, 1959, pág. 47.
- (44) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 46. (27)
- (45) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 49. (3)
- (46) BULLARD G., Alfredo, "Las relación jurídico patrimonial", Fluvia Editores, Lima, 1990, pag. 123.
- (47) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 73. (14)
- (48) DUGUIT, Léon, "Las transformaciones del Derecho", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1975, pág. 222.

- (49) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 107. (7)
- (50) BADENES GASSET, Ramón, "Conceptos fundamentales del Derecho (Las relaciones jurídicas patrimoniales)" Boixareu Editores, Barcelona, 1982, pág. 37.
- (51) COVIELLO, Nicolás, op. cit., pág. 78. (42)
- (52) GHESTIN, Jacques, "Le contrat", L.G.D.J., Paris, 1980, pág. 5.
- (53) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 486. (10)
- (54) VIDAL RAMIREZ, Fernando, "Teoría general del acto jurídico", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 518.
- (55) LOHMANN LUCA de TENA, Juan Guillermo, "El negocio jurídico", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 385.
- (56) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 49. (3)
- (57) ESPIN, Diego, "Manual de Derecho civil español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, Volumen III, pág. 44.
- (58) HERNANDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Suc. de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, pág. 109.
- (59) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 346. (3)
- (60) GIORGIANI, Michele, "La obligación", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, pág. 42.
- (61) PACCHIONI, Giovanni, "Diritto civile italiano", Casa Editrice Dott. A. Milani (S.A.), Padova, 1939, Parte II, Volumen II, pág. 83.

- (62) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo II, pág. 11.
- (63) GIORGI, Jorge, op. cit., Volumen III, pág. 21. (34)
- (64) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 363. (7)
- (65) CORNEJO CHAVEZ, Héctor, Librería Studium S.A., Lima, 1985, Tomo I, pág., 286.
- (66) ECHECOPAR GARCIA, Luis, "Régimen legal de bienes en el matrimonio", Lima, 1952, pág. 18.
- (67) FERRARA, Francisco, "La simulación de los negocios jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 83.

**Artículo 1352.-** *Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Perfeccionamiento del contrato.
- 3.- Consentimiento.
- 4.- Disentimiento
- 5.- El principio del consensualismo.
- 6.- Los contratos solemnes.
- 7.- La "consideration".
- 8.- Supresión de los contratos reales.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

La Ponencia original establecía en su artículo 2 que los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto aquéllos que deban revestir la forma señalada por la ley.

La primera Ponencia sustitutoria agregó la palabra "además", entre comas, después de "aquéllos que".

Este texto permaneció inalterado en las cuatro siguientes Ponencias sustitutorias, en el Anteproyecto y en el primer Proyecto.

Tomando en consideración que el artículo 144 del segundo Proyecto establecía que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto, resulta que en el caso de

la formalidad "ad probationem" la falta de ella no es óbice para que el contrato se perfeccione por el mero consentimiento, lo que determinó que la Comisión Revisora, a sugerencia de Max ARIAS SCHREIBER, agregara al final del artículo 1319 del mismo Proyecto la frase "bajo sanción de nulidad".

Además, suprimió la palabra "simple", referida al consentimiento, posiblemente por considerarla redundante, y cambió la palabra "revestir" por "observar".

El Código civil recogió inalteradamente esta redacción en su artículo 1352.

## 2).- PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.-

En el proceso de formación del contrato deben distinguirse, en puridad de doctrina, dos hechos distintos que, aunque generalmente coincidentes, tienen peculiaridad propia. Estos hechos son la conclusión y el perfeccionamiento, aunque debo confesar que inicialmente no percibí esta distinción.

Conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta, haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluído<sup>(\*)</sup>.

Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluído, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional.

Normalmente la conclusión del contrato consensual lle-

---

(\*) Conviene advertir, a su vez, que no deben confundirse los términos "formación" y "conclusión" del contrato, pues éste es el evento final del procedimiento de aquél<sup>(1)</sup>.

va consigo el perfeccionamiento del mismo, porque no se necesita algo más para que el contrato produzca sus efectos.

Sin embargo, puede ocurrir que el contrato, como acto jurídico, esté sometido a una condición suspensiva o a la determinación de su contenido (precio, por ejemplo) por un tercero. En estos casos, el contrato está concluído (celebrado), pues las partes han llegado a un consenso definitivo, siendo innecesario un nuevo acuerdo de voluntades, no obstante lo cual no es perfecto (completo) pues no ha dado lugar a lo que constituye su objeto, o sea producir el efecto de crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones<sup>(2)</sup>.

Recuérdese que en el sistema de Derecho civil peruano, como en muchos otros sistemas jurídicos, la condición suspensiva es una modalidad del acto jurídico y no una de la relación jurídica creada por dicho acto, de tal manera que no es que el acto jurídico produzca efectos condicionados, sino que, pese a existir como acto, no produce efecto alguno hasta que no se cumpla la condición. Algo similar ocurre cuando los efectos del acto están sometidos a una *condictio juris*, por ejemplo, la determinación hecha por un tercero.

En estas condiciones, si consideramos que la perfección de un contrato es el hecho (o momento) que determina la producción de sus consecuencias obligatorias<sup>(3)</sup>, tendremos que llegar a la solución que no siempre basta el consentimiento para el perfeccionamiento de los contratos consensuales, sino que, en algunos casos, se requiere algo más: la obtención de sus efectos cuando éstos no son el resultado inmediato de su conclusión.

Comprendidos de esta manera la conclusión y el perfeccionamiento, quizá si el artículo 1352 del Código civil debe ser entendido en el sentido que el contrato queda concluído (no perfeccionado) por el consentimiento. Sin embargo, este distinguo ha escapado a las fuentes de dicho dispositivo (artículo 1.258 del Código civil español y artículo 1625 del Código civil mexicano) que hablan del perfeccionamiento del contrato por el consentimiento.

Debe tenerse presente que, en cualquier hipótesis, ni la conclusión del contrato ni el perfeccionamiento del mismo, en el caso que no coincidan, son actos jurídicos<sup>(4)</sup>, pues son simplemente hechos en los cuales no interviene la voluntad. Basta que la aceptación llegue a conocimiento del oferente o que se cumpla la condición suspensiva, para que el contrato quede automáticamente concluído o perfeccionado, aun contra la voluntad de las partes. La formación del contrato es, en realidad, un *procedimiento*<sup>(5)</sup>.

Surge la duda respecto a si es necesario que las partes conozcan que se han producido los efectos del contrato (por ejemplo, el cumplimiento de la condición suspensiva) para que éste se considere perfeccionado. TUHR<sup>(6)</sup> sostiene que no.

Pienso que si el perfeccionamiento del contrato es lo que da lugar a que las partes queden obligadas por el mismo, lo cual acepta el propio TUHR, se requiere que ambas sepan que esta situación se ha producido y que, en consecuencia, se ha formado (regulado, modificado o extinguido) la relación jurídica que es objeto del contrato. De otra manera se produciría la anomalía de que, por un lado, se requiere el conocimiento del hecho que da lugar a la conclusión del contrato (artículo 1373 del Código civil) y que, por otro lado, fuera innecesario el conocimiento del hecho que determina el perfeccionamiento del mismo. La obligación sólo debe ligar cuando las partes conozcan su existencia.

### 3).- CONSENTIMIENTO.-

Según se ha visto, el artículo 1352 del Código civil dice que los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes.

¿Qué debe entenderse por consentimiento?

Pienso que nuestro Código civil considera que el consentimiento, siendo uno solo, hay que entenderlo de dos maneras distintas que, en realidad, son el fondo y la forma de un mismo fenómeno.

La primera manera de entender el consentimiento es dándole el carácter de coincidencia de voluntades declaradas, que responde a su origen etimológico ("sentire-cum" o "cum-sentire"), cuyo significado es sentir lo mismo.

La otra manera es considerándolo como la conformidad de la oferta con la aceptación.

Ambas maneras vienen a ser lo que en otro trabajo<sup>(7)</sup> se ha llamado, respectivamente, los "lados" y los "extremos" del consentimiento.

El presente comentario que se está haciendo del artículo 1352 va a referirse al primer concepto del consentimiento, dejando el análisis del segundo concepto para cuando se haga el comentario del artículo 1373, que indica que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Obsérvese que dichos artículos (el 1352 y el 1373) dan a ambos conceptos el mismo efecto, o sea que, tanto mediante el uno como el otro, el contrato se perfecciona, lo cual pone de manifiesto que se trata de dos manifestaciones del mismo fenómeno.

### **1).- Noción de consentimiento.-**

Piensan algunos que el contrato, además de los requisitos señalados en el artículo 140 del Código civil, requiere el consentimiento. Esta afirmación, hecha sin explicación alguna, puede inducir a error.

De acuerdo con el artículo 1 del Proyecto de la Comisión Reformadora sobre los Actos Jurídicos<sup>(8)</sup>, para la validez del acto jurídico se requiere capacidad, consentimiento, objeto físico y jurídicamente posible, finalidad lícita y observancia de la forma prescrita con carácter necesario o que no esté prohibida por la ley.

Al formularse la observación de que el consentimiento no se da en los actos jurídicos unilaterales, en los cuales no existe concurso de dos o más declaraciones de voluntad, se planteó sustituir la expresión "consentimiento" por la de "declaración de voluntad", y así aparece en el artículo 1 del primer Proyecto, lo cual estaba perfectamente en caja pues todo acto jurídico, sea unilateral o plurilateral, requiere de una declaración de voluntad (debe advertirse que ni el Proyecto de la Comisión Reformadora sobre los Actos Jurídicos ni el primer Proyecto tenían definición del acto jurídico).

Sin embargo, en el artículo 140 del segundo Proyecto se suprimió la dicción "declaración de voluntad" al enumerar los requisitos del acto jurídico, y de allí pasó la supresión al artículo 140 del Código Civil, con lo cual se dio pie para pensar que la enumeración era incompleta tratándose de los contratos, pues éstos requieren necesariamente del consentimiento.

En realidad, se trata de un problema de técnica legislativa. Dado que el primer párrafo del artículo 140, tanto del segundo Proyecto como del Código civil, define el acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, posiblemente se consideró innecesario mantener que uno de los requisitos del acto jurídico es la declaración de voluntad, pues se estaría considerando como requisito lo que constituye la esencia del acto jurídico. Ciertamente, todo acto jurídico, sea unilateral o plurilateral, necesita una declaración de voluntad, que, en el caso de los contratos, se produce mediante el consentimiento, de tal manera que el consentimiento no es un "plus" del contrato con relación al acto jurídico, sino simplemente una manera propia de conformar el elemento esencial de todos los actos jurídicos, que es la declaración de voluntad. Tal como dice RISOLIA<sup>(9)</sup>, "la voluntad es substancial al acto jurídico; pero la voluntad en el contrato se llama consentimiento". Es más, el consentimiento no es privativo de los contratos, pues se requiere también para las demás convenciones.

Se ha dado a la expresión "consentimiento" significados distintos.

Consideran ciertos autores<sup>(10)(11)(12)</sup> que el consentimiento debe ser entendido en el sentido que es la declaración de voluntad de cada uno de los contratantes, o sea que hay dos o más consentimientos, y que la conjunción de estas declaraciones de voluntad, o consentimientos, es lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común.

Esta opinión puede encontrar respaldo en el artículo 1.108 del Código NAPOLEON, que habla del consentimiento de la parte que se obliga.

En realidad, como bien dice MUÑOZ<sup>(13)</sup>, tal manera de entender el consentimiento da lugar a una confusión. La declaración de voluntad de una persona que con su conformidad da eficacia a un acto jurídico es un asentimiento (declaración unilateral). El acto jurídico existe antes del asentimiento, pero no es eficaz hasta que éste se produce. En realidad, el asentimiento es la declaración que da a conocer que su autor está de acuerdo con el acto jurídico de otra persona<sup>(14)</sup>. El consentimiento es algo distinto: el acto jurídico (contrato) no es creado por la declaración del oferente y que cobra eficacia en virtud de la aceptación, sino que el contrato no existe antes que se produzca el consentimiento, de tal manera que la aceptación de la oferta no es un asentimiento sino una de las dos declaraciones (o la declaración conjunta) que da lugar al consentimiento. En la medida que una de las partes simplemente asienta sin llegar a consentir con la otra parte, no se habrá formado el contrato.

Por ello, me permito discrepar de la afirmación de PLANIOL y RIPERT<sup>(15)</sup> en el sentido que la palabra consentimiento tiene una acepción según la cual designa el asentimiento dado por cada una de las partes a las condiciones del contrato proyectado, con la voluntad de hacerle producir efectos jurídicos.

Opinan otros<sup>(16)(17)(18)(19)</sup>, cuya posición comparto, que el consentimiento es la integración de las voluntades de las partes para dar lugar a un acto jurídico unitario, de manera tal que el contrato es el resultado de esa integración. En la medida que las declaraciones de voluntad de cada parte conserven su individualidad

y no lleguen a fusionarse, a convertirse en una declaración propia del contrato, no se habrá formado éste.

El problema que más ha suscitado la atención de los juristas con relación a la noción de consentimiento es si éste se forma mediante la unión de dos voluntades declaradas que conservan su propia identidad, esto es que coincidentes en su contenido no se unifican entre ellas, o si, por el contrario, ambas voluntades se confunden en una sola, dando lugar a una voluntad común.

Quienes se adhieren al primer planteamiento<sup>(20)(21)(22)</sup> consideran que cada parte conserva su voluntad propia y que lo que ocurre es, simplemente, que tales voluntades coinciden en lo que se refiere a la celebración del contrato, pero conservan su independencia y continúan siendo voluntades propias que quieren para sí cosas distintas<sup>(\*)</sup>.

Dice MESSINEO<sup>(23)</sup>, quien es uno de los principales defensores de esta tesis, que para que exista acuerdo basta que las declaraciones de voluntad sean *complementarias* (o, en lenguaje matemático, "homólogas"), esto es que *se correspondan entre sí*, aunque cada parte quiera, además, un efecto ulterior que le es exclusivo. Se vincula así, dándole un carácter unitario, la voluntad de celebrar el contrato y la voluntad de obtener los efectos del mismo y, basándose en ello, se afirma que las voluntades de las partes buscan cosas distintas (los efectos).

---

(\*) Afirma PACCHIONI<sup>(24)</sup> que "el segundo requisito para la validez de todo contrato (el primero es la capacidad de contratar), es el consentimiento de los contratantes, el *in idem placitum consensus*. Ocurre, en otros términos, que las partes contratantes, aun mirando cada una a realizar finalidad e intereses propios, se encuentran en desear la relación jurídica, que constituye el contenido esencial del contrato que quieren celebrar. El consentimiento, en suma, más que un verdadero y propio acuerdo de las partes en una sola voluntad, representa el punto de coincidencia, de yuxtaposición, y podría decirse también, con una imagen, que el contacto de dos corrientes distintas, genera la chispa contractual" (traducción libre).

Ya he manifestado en otro trabajo<sup>(25)</sup> mi sincero desacuerdo con esta posición. Pienso, reiterando lo allí dicho con mayor detenimiento, que para que exista acuerdo de voluntades, o sea consentimiento, se requiere que las partes estén totalmente de acuerdo sobre la celebración del contrato en los términos del mismo (la menor falta de acuerdo daría lugar a que no existiera consentimiento). Siguiendo la etimología de la palabra *consentimiento*, las partes deben tener al mismo tiempo idéntico sentimiento<sup>(26)</sup>. Siendo esto así, la voluntad de una de las partes es, en lo que se refiere a la celebración del contrato, exactamente igual a la de la otra parte y esta igualdad determina necesariamente que ambas facultades, al no existir diferencia alguna entre ellas, se integren entre sí para formar una voluntad común.

Se requiere que esta voluntad común, que ya veremos debe ser declarada, esté orientada a la celebración del contrato.

Es posible, y así ocurre en la mayoría de los casos, que lo que una parte desea obtener mediante la celebración del contrato sea distinto a lo que la otra parte desea (en un contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor desea recibir el precio y el comprador desea adquirir la propiedad del bien), pero ambas partes deben estar absolutamente de acuerdo en que estos efectos los van a obtener mediante la celebración del contrato y, respecto de esto, sus voluntades deben coincidir totalmente, sin desacuerdo alguno, lo que determina que surja esa voluntad común de la que he hablado en el párrafo anterior. GARRIGUES<sup>(27)</sup>, comentando precisamente la situación que se presenta en un contrato de compraventa, dice que "ambos contratantes coinciden en la misma finalidad: la conclusión del contrato propuesto. Al querer la misma cosa, su voluntad tiene el mismo contenido".

Debemos diferenciar muy claramente el contrato en sí de los efectos del mismo. El contrato es un acto jurídico completo, nada le falta como tal, que produce efectos jurídicos que están constituidos por la relación jurídica patrimonial creada (regulada, modificada o extinguida) por él. Esta relación jurídica (que no es un acto jurídico ni, por lo tanto, requiere acuerdo de volun-

tades) está compuesta por obligaciones a cargo de una o ambas partes, generalmente, en este último caso, distintas entre sí, que es lo que buscan las partes con la celebración del contrato<sup>(\*)</sup>. La voluntad de querer celebrar el contrato es distinta de la voluntad de querer los efectos del mismo.

Confundir estas dos voluntades ha dado lugar a la equivocada posición de algunos autores que afirman que en los contratos unilaterales (con obligación a cargo de una sola de las partes) sólo es necesaria la adhesión del que se obliga, olvidándose que para la celebración del contrato unilateral (por ejemplo, uno de donación) se requiere el consentimiento de donante y donatario, no obstante que el único obligado es el donante. La voluntad de querer celebrar el contrato de donación es idéntica en el donante y en el donatario, no obstante que la voluntad del donante de quedar obligado por los efectos del contrato es distinta de la voluntad del donatario de recibir gratuitamente los efectos de la donación<sup>(\*\*)</sup>.

---

(\*) Sobre el particular, dice BIANCA<sup>(28)</sup> que "el contrato se distingue respecto de la subyacente relación económica en cuanto es el título jurídico sobre el que la operación es fundada. El contrato, precisamente, no es el cambio de bienes y servicios sino el acuerdo, tácito o explícito, mediante el cual los interesados deciden el negocio (económico) y en base al cual deben asegurarse cuales son las prestaciones concernientes a las partes.

"Debe excluirse, como he dicho, la idea de que el contrato sea una simple resultante de leyes económicas o la simple trasposición en términos jurídicos de un fenómeno económico".

(\*\*) Refiriéndose a la formación del consentimiento, indica GIORGI<sup>(29)</sup> que el consentimiento no es nunca un hecho jurídico unilateral. Puede ser unilateral el contrato, pero no hay que confundir la causa con el efecto, esto es, el consentimiento con el contrato. Aun cuando el contrato sólo obligue a una de las partes, el consentimiento que le produce debe ser bilateral, por la sencillísima razón de que ninguna promesa obliga al promitente mientras no la haya aceptado el promisorio ¿Se concibe que alguno quede obligado para con otro si este último no quiere vincularse para consigo?

Empero, como el contrato es el generador de la relación jurídica, de manera tal que si no hay contrato válido la relación jurídica no se produce, las partes deben celebrar el contrato y, para ello, deben ponerse totalmente de acuerdo sobre todos sus extremos (principales y accesorios), sin discrepancia alguna, deben querer exactamente lo mismo, esto es que el contrato se celebre (aunque las obligaciones que emanen de él sean distintas), lo que determina que las voluntades de ambas sean iguales, o sea una voluntad común.

Tal voluntad común puede formarse bien sea conciliando voluntades inicialmente opuestas o bien constatando la existencia de voluntades iguales desde su formación, lo que en ambos casos dará lugar, a su vez, a la necesidad de exteriorizar el acuerdo de voluntades mediante una declaración conjunta (de ambas partes) de esa voluntad común.

Se verá más adelante, al comentar el artículo 1373 del Código civil, que la declaración conjunta a la que me acabo de referir está constituida por la aceptación del destinatario, quien haciendo suya la voluntad del oferente contenida en la oferta e identificándose con ella, lo declara así. Podría decirse que la aceptación absorbe a la oferta, de manera tal que el aceptante al declarar su voluntad está declarando también que ella está unida a la voluntad del oferente, siendo éste el sentido que debe darse a la expresión "declaración conjunta". La oferta declara únicamente la voluntad del oferente; la aceptación declara la voluntad de ambos (oferente y aceptante).

## **2).- Formación del consentimiento.-**

En el sub-rubro "Noción del consentimiento" que precede se ha visto que el consentimiento supone la integración de las voluntades de las partes en una voluntad común.

Sin embargo, como la voluntad de cada parte es, a su vez, un fenómeno psicológico que ocurre dentro del fuero interno de ella, no es posible conocer su existencia sin un hecho que la haga salir de ese fuero, que la exteriorice, para que, de esta manera, pueda saberse cuál es esa voluntad. No estamos aún

ante un problema de querer comunicar a terceros (voluntad de declarar) el sentido de la voluntad, sino de poder determinar la existencia de ella. La exteriorización de la voluntad interna no tiene otro objeto que fijar su sentido, de modo que pueda ser identificada o reconstruída en cualquier momento.

Trataré de explicarme. La voluntad interna se forma mediante el concurso del discernimiento (aptitud de apreciar), la intención (querer lo que se sabe) y la libertad (falta de presión externa)<sup>(30)</sup>. Si nos quedamos allí, el sujeto tendrá una voluntad pero nadie, sino él, lo sabrá. Esto no interesa al mundo del Derecho; daría lo mismo, en el fondo, que el sujeto no tuviera voluntad. Para que la voluntad adquiriera significado jurídico se requiere que sea exteriorizada, a fin de que de esta manera puedan saber también los demás que el sujeto tiene una voluntad. Buen criterio adopta el Código civil argentino al indicar en su artículo 913 que "ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste".

Este hecho exterior debe ser lo suficientemente expresivo para permitir que la voluntad sea clara e inteligiblemente conocida. No importa tanto cual es el medio elegido, para lo que el sujeto tiene amplia libertad, como que dicho medio sea idóneo para exteriorizar claramente la voluntad.

Una vez exteriorizada la voluntad, se habrá dado el segundo y definitivo paso (el primero es su formación interna) para establecer su existencia jurídica.

Resulta así que en el campo del Derecho no tiene sentido especular sobre el valor de la voluntad interna, considerada por sí misma, sino que es indispensable incorporarla a una manifestación, entendida como una exteriorización, para que, de esta única manera, cobre significado. El binomio voluntad-exteriorización es así inseparable, porque sólo tiene sentido la voluntad exteriorizada, que da lugar a la existencia del llamado *hecho voluntario*.

Podríamos, en principio, quedarnos allí. Si el sujeto deseara simplemente tener una voluntad relevante para el Derecho

pero no quisiera que ella produjera efectos jurídicos (por ejemplo, dejar constancia que tiene derecho a la libertad de religión, lo cual, en realidad, la Constitución se lo garantiza), sería suficiente que exteriorizara su voluntad en ese sentido.

Sin embargo, dado que el presente trabajo está orientado al estudio del contrato que, como se ha visto, es un acuerdo destinado a crear una relación jurídica obligatoria, se requiere dar un paso más allá. Ya no basta saber que la voluntad puede tener significado jurídico sino que es necesario saber si es apta, además, de producir efectos jurídicos.

Sabemos que el acto jurídico, uno de cuyas especies es el contrato, está constituido por la manifestación de voluntad destinada a producir relaciones jurídicas. Consecuentemente, para que la voluntad juegue un rol en la celebración del contrato se requiere no sólo que exista jurídicamente sino también que sea manifestada. (Dado que el problema de la discrepancia entre la voluntad y su manifestación, que es un tema que voy a desarrollar después, es tratado también por la doctrina del negocio jurídico, que denomina "declaración" a la "manifestación", se va a emplear la palabra "declaración" para utilizar un lenguaje común que comprenda ambos términos).

La declaración de voluntad ha de ser entendida, por lo tanto, en dos sentidos<sup>(31)</sup>: como acto, que requiere la voluntad encaminada a realizar la conducta exteriorizada (se quiere comprar); y como *declaración*, que necesita, además de la voluntad del acto, el tener conciencia de que el acto tiene valor declaratorio (se quiere declarar que se quiere comprar). Se dice, por ello, que la declaración de voluntad supone la *voluntad declarada* y la *voluntad de declarar*.

En el desarrollo que estamos haciendo, el acto es la exteriorización de la voluntad interna del comprador, en virtud del cual pone de manifiesto que quiere comprar (alcanzar un efecto jurídico), o sea la *voluntad declarada* del comprador. La exteriorización de la voluntad interna del vendedor de querer vender (alcanzar el mismo efecto jurídico), o sea la *voluntad declarada*

del vendedor, dará lugar, al compararse ambas voluntades y comprobarse que son iguales, a la voluntad común de comprador y vendedor (la voluntad común no es, pues, una simple suma de las voluntades internas de las partes, desde que para que se forme es preciso que éstas se exterioricen).

Pero esta voluntad común no produce aún efectos jurídicos porque supone simplemente el recíproco conocimiento de las voluntades de comprador y vendedor, pero no el deseo de vincular ambas voluntades *entre sí*. Las dos partes saben que quieren lo mismo pero no se lo han dicho.

En efecto, aunque no ocurre con frecuencia en la práctica, teóricamente puede darse que ambas partes conozcan sus respectivas voluntades por medios distintos de la oferta y de la aceptación (el comprador ha declarado no recepticiamente su deseo de comprar en determinados términos y el vendedor, por su parte, ha declarado no recepticiamente su deseo de vender en los mismos términos), lo cual habrá dado lugar a la existencia de una voluntad común exteriorizada, pero que no produce los efectos jurídicos queridos por las partes.

Para celebrar el contrato se requiere algo más, que es, por un lado, el querer del presunto comprador de declarar al presunto vendedor que desea comprar (formular la oferta de compra), o sea la *voluntad de declarar* del comprador. Por otro lado, es necesario el querer del vendedor de declarar al comprador que desea vender en los términos planteados por el comprador (formular la aceptación de la oferta), o sea la *voluntad de declarar* del vendedor. Al recoger el vendedor la voluntad de declarar del comprador contenida en la oferta y hacerla suya mediante su voluntad de declarar contenida en su aceptación, se dará lugar a la declaración conjunta de ambos (voluntad de declarar) de su voluntad común (voluntad declarada).

Vemos, pues, que en todos los casos, bien sea secuencialmente (caso excepcional de formación de la voluntad común previamente al conocimiento de la oferta por el destinatario) o bien inmediatamente (caso usual de la formación de la voluntad común

por razón del conocimiento de la oferta por el destinatario y su conformidad con ella), el contrato se forma con la declaración conjunta (conocimiento por el oferente de la aceptación) de la voluntad común.

Para desarrollar las consecuencias de la conformidad y de la discrepancia entre la voluntad y la declaración voy a considerar el caso usual, sabiendo que tales consecuencias son aplicables *mutatis mutandis* al caso excepcional.

Debe tomarse en consideración que como se trata de la celebración de un contrato, la declaración de voluntad debe dirigirse para ser conocida por otra persona, es decir que tiene carácter "recepticio"<sup>(\*)</sup>.

Ahora bien, de la misma manera como la voluntad interna no tiene significación por sí misma, privada de la declaración, también la declaración que no transmite una voluntad carece de valor para los efectos de la formación del acto jurídico. Se requiere, pues, que ambos elementos se conjuguen para que exista una *declaración de voluntad*.

En la medida que, para la celebración del contrato, la declaración conjunta coincida con la voluntad común no habrá problema alguno. Se habrá producido el consentimiento, por la coincidencia de declaraciones y de voluntades.

Sin embargo, puede ocurrir que, por diversas circunstancias, la declaración conjunta no coincida con la voluntad común, o sea que exista discrepancia entre lo declarado y lo querido. Este problema, que ya es de por sí complicado en el caso del acto

---

(\*) TUHR<sup>(32)</sup> sostiene que la denominación de "recepticia" que se da a esta declaración no es completamente correcta, ya que la declaración "que ha de emitirse ante otra persona", debe dirigirse a ella, por lo cual piensa que la expresión "recepticio" no designa el elemento característico de esta clase de declaración. Sería más correcto, afirma, decir declaraciones que "exigen ser dirigidas", pero agrega que el término mencionado es el que se usa comúnmente.

jurídico unilateral, en el que existe una voluntad interna individual y una declaración también individual del mismo sujeto, cobra insospechadas dificultades tratándose del contrato, en el que existen (tomando como hipótesis de trabajo el contrato entre dos partes, a las que se va a denominar "A" y "B") dos voluntades internas y dos declaraciones (la oferta y la aceptación, aun cuando esta última, si es conforme con aquélla, sea la declaración conjunta de ambas).

En el caso que no exista voluntad común (la voluntad de "A" sea distinta de la voluntad de "B") ni declaración conjunta (la declaración de "A" sea diferente de la declaración de "B") es obvio que no hay contrato. Todas las teorías coinciden en ello.

Puede darse, en cambio, el caso de que se haya formado una voluntad común (la voluntad de "A" es igual a la de "B") pero que no se produzca la declaración conjunta (la declaración de "B", pese a querer ser igual a la de "A", difiere de ella). Se trata de determinar si la sola existencia de la voluntad común ha dado lugar a la formación del contrato.

También es posible que no exista una voluntad común (la voluntad de "A" difiere de la voluntad de "B"), no obstante lo cual se exterioriza una declaración conjunta (las declaraciones de "A" y "B" son iguales). El problema radicaría en establecer el valor de la declaración conjunta.

Finalmente, no puede descartarse que se presente la existencia de una voluntad común (coincidencia de voluntades de "A" y "B") y de una declaración conjunta (coincidencia de las declaraciones de "A" y "B"), no obstante lo cual la declaración conjunta difiera de la voluntad común (lo querido por "A" y "B" es distinto de lo declarado por "A" y "B") ¿A cuál de los dos elementos debe darse preferencia?

Relata TOLA<sup>(33)</sup> que en el Derecho romano antiguo no existían estos problemas porque regía la regla consignada en las 12 Tablas, según la cual "como lo diga la lengua así sea el Derecho". Sólo posteriormente, con el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas de los contratos no formales, surgió la cues-

ción de las vinculaciones entre la voluntad y la declaración, con la contingencia de una eventual discrepancia entre ellas.

Para resolver los problemas a que puede dar lugar la discrepancia entre la voluntad y la declaración, considerando las diversas maneras como puede presentarse esta discrepancia descritas en los párrafos anteriores, la doctrina jurídica ha elaborado en el transcurso del tiempo varias teorías, fundadas en criterios diversos. Dos de éstas, que son las que mayor trascendencia han tenido, parten de concepciones filosóficas y sociales radicalmente diferentes.

La primera teoría, de origen francés, atribuye un rol predominante a la voluntad real (voluntad común), de tal manera que si ésta no existe no ha lugar a la formación del contrato, aun cuando la voluntad declarada sea coincidente (declaración conjunta), dado el carácter meramente instrumental de la declaración. El intérprete se pregunta ¿qué se quiso en realidad?

La segunda posición, propuesta por ciertos tratadistas alemanes durante el siglo XIX, se basa en criterios objetivos que la llevan a considerar que la voluntad declarada debe primar sobre la voluntad real. De esta manera, si existe una declaración conjunta se habrá celebrado el contrato, aun cuando no se haya formado la voluntad común<sup>(\*)</sup>. El intérprete se pregunta ¿qué se expresó?

En realidad, ninguna de estas dos teorías se ha aplicado rígidamente, pues ambas se han hecho recíprocas concesiones. La teoría de la voluntad no ha podido prescindir del valor de

---

(\*) Comentando las teorías de la voluntad y la de la declaración, PLANIOL y RIPERT<sup>(34)</sup> dicen que "ambos sistemas parten evidentemente de dos concepciones filosóficas y sociales radicalmente diversas. Los partidarios del primero tienen empeño en exaltar, pero al mismo tiempo en proteger, la libertad de determinación del individuo que contrata. En el segundo se hace prevalecer las condiciones de seguridad y de crédito, la necesidad de no engañar la confianza legítima de los terceros que creen en las manifestaciones externas".

la declaración de voluntad, que es el único hecho que tiene valor social a través de su manifestación externa. La teoría de la declaración, por su parte, se ha visto obligada a tomar en consideración el elemento psicológico del acto, lo que la ha llevado a admitir la impugnación del contrato por los vicios de la voluntad.

Esta necesidad de paliar los efectos de las dos teorías principales, ha dado lugar a la formulación de otras tesis, que podríamos llamar intermedias, entre las que destacan la teoría de la responsabilidad y la teoría de la confianza.

Según la teoría de la responsabilidad, que busca suavizar la teoría de la voluntad, el declarante (tanto el oferente como el aceptante) es responsable de su declaración, de tal manera que cuando la declaración discrepa de la voluntad (representando la realidad de una inexistente voluntad común), hay que atenerse a aquélla cuando tal discrepancia sea imputable al declarante.

De acuerdo con la teoría de la confianza, orientada según unos a quitar inflexibilidad a la teoría de la declaración, la formación del contrato tiene lugar cuando la declaración (tanto la oferta como la aceptación), unida eventualmente a otras circunstancias, da a entender que la formación de una voluntad común ha inspirado razonablemente confianza en el destinatario, quien de buena fe y obrando con diligencia ha creído en la coincidencia de la declaración con la voluntad común.

Voy a hacer a continuación una breve reseña de los fundamentos de cada una de las mencionadas teorías.

### ***Teoría de la voluntad.-***

Tiene origen latino y es la más antigua. Cuentan los autores romanistas que desaparecido el formalismo, que confería un carácter determinante a lo expresado solemnemente, prescindiendo de cualquier otro elemento interpretativo, cobra cuerpo la doctrina que sólo atribuye valor a la declaración si es conforme con la voluntad interna del declarante (PAPINIANO D.50.15.219.: "En las convenciones hay que atender más a la voluntad de las

partes que a las palabras"). Posteriormente se le concedió un significado ideológico, colocando a esta teoría como el sustento del desarrollo del capitalismo industrial y comercial, inspirado en que la voluntad del individuo es el medio jurídico a través del cual se realiza una economía liberal basada en la iniciativa de los particulares.

Siguiendo este derrotero, se fue considerando, cada vez con más énfasis, que el alma de los contratos es la voluntad, pues la relación jurídica que resulta de ellos deba representar el querer de las partes. La declaración no tiene más valor que el ser el medio más adecuado para exteriorizar este querer.

Según la teoría de la voluntad, surgida una discrepancia entre la voluntad interna y su declaración debe tomarse especialmente en consideración a aquélla, pues se sostiene que el contrato es un acuerdo de voluntades.

Sin embargo, no debe atribuirse a la teoría de la voluntad pretensiones excesivas, ni pensarse que está orientada a prescindir por entero de la declaración. Esta teoría no busca que en caso de discordancia entre la voluntad y la declaración lo que debe primar es la voluntad real, o sea que el contrato deba formarse exclusivamente en base a ésta, sino que en tal caso no vale la declaración y, por lo tanto, no hay contrato. El consentimiento es un acuerdo de declaraciones de voluntad y no un acuerdo sólo de voluntades<sup>(\*)</sup>.

Se dice, por ello, que la teoría de la voluntad responde a un criterio de protección de los contratantes, ya que nadie debe obligarse sino en la forma en que verdaderamente ha querido hacerlo, de acuerdo con su propia intención. Pero como la voluntad interna es un fenómeno invisible, necesita de la declaración para exteriorizarse, para que los demás sepan cuál es esa voluntad interna. Si la declaración no exterioriza propiamente la

---

(\*) Inicialmente incurrí en el error que ahora critico, y así lo manifesté en otro trabajo<sup>(35)</sup>. Pero desde entonces mucha agua ha corrido bajo los puentes y me veo obligado a rectificar dicho error.

voluntad, el contrato no existe por ser una "declaración sin voluntad".

Empero, la doctrina moderna que propicia la teoría de la voluntad se esfuerza en conceder a la declaración un rol más importante, diciendo que no es un simple vehículo de la voluntad, considerada separadamente, sino que es ella misma (la declaración) la expresión de la voluntad<sup>(36)</sup>, lo cual no obsta para que en los casos de divergencia entre voluntad y declaración, el rol fundamental deba concederse a la voluntad.

### ***Teoría de la declaración.-***

Como una reacción contra la inseguridad que crea la teoría de la voluntad, al no permitir confiar en la declaración si ésta no coincide con la voluntad real, la cual es difícil de conocer, surgió en Alemania la teoría de la declaración, según la cual el contrato no es evaluado como un fenómeno psíquico sino como un fenómeno social, de tal manera que lo que interesa es el hecho objetivo de la declaración, cuyo conocimiento está al alcance de todos, y no el hecho subjetivo de la voluntad, que sólo conoce el agente.

No se piense, sin embargo, que la teoría de la declaración prescinde de la voluntad y que se otorga pleno valor a la declaración aunque ella evidentemente no exteriorice una voluntad. No. Si un acto no tiene objetivamente el significado de una exteriorización de voluntad del sujeto en orden a su esfera jurídica, no vale como declaración.

Lo que se busca es conceder al acto que objetivamente aparece como la exteriorización de la voluntad del sujeto pleno valor como declaración de voluntad, de tal manera que dicho acto obliga a su autor, como si fuera voluntario, aunque su querer interno sea diverso a lo exteriorizado.

En realidad, la teoría de la declaración, más que negar el valor de la voluntad real, toma la que podríamos llamar forzada solución de sacrificar la voluntad real y sustituirla por la volun-

tad que aparece de la declaración. Digo que la solución es forzada por cuanto el ideal para la teoría de la declaración es que la declaración coincida con la voluntad real y que no haya que inmolarse ésta.

El fundamento de la teoría de la declaración es evitar que la incertidumbre respecto al contenido de la declaración pueda perjudicar gravemente las necesidades del tráfico, que exige confiar en que lo declarado es lo querido y, en tal sentido, prefiere, aun a riesgo de que el contrato resulte de un simple encuentro de palabras sin contenido voluntario real (aunque sí aparente), otorgar pleno valor a las declaraciones.

Empero, si bien es cierto que según la teoría de la declaración el contrato se forma con la coincidencia de las declaraciones, surge el problema de determinar si el contrato así celebrado tiene valor absoluto o si, por el contrario, puede ser impugnado posteriormente por falta de coincidencia entre la voluntad real y la declarada.

Sostiene TUHR<sup>(37)</sup>, ardiente defensor de la Teoría de la declaración, que aunque una o ambas declaraciones (la oferta y la aceptación) no correspondan a la voluntad de su autor, el contrato se perfecciona, pero que es posible impugnarlo por error o falsa transmisión de la declaración. Similar opinión tiene ENNECCERUS<sup>(38)</sup>.

### ***Teoría de la responsabilidad.-***

Se considera que esta teoría suaviza la teoría de la voluntad al admitir la responsabilidad del declarante<sup>(39)</sup>, de tal manera que, aun discrepando la voluntad de la declaración, hay que atenerse a ésta cuando de la discrepancia sea culpable el declarante, por no haberse comportado con la necesaria diligencia.

Se justifica esta teoría en que para asegurar el tráfico jurídico es necesario que el declarante sea autoresponsable de su declaración, pues de esta manera se garantiza al destina-

rio de la declaración el significado objetivo de ella, sin que se vea obligado a indagar los motivos que han inducido al declarante a formularla.

Los únicos requisitos que se exigen es que la declaración tenga visos de exteriorizar una voluntad y que sea imputable al declarante la divergencia entre la voluntad real y la declaración.

Sostiene OSPINA<sup>(40)</sup> que el actual concepto de la teoría de la responsabilidad se ha desviado de su cauce original. Según él, esta teoría fue formulada por IHERING en el sentido que toda persona, por el hecho de emitir una declaración que puede dar lugar a un acto jurídico, garantiza a los demás interesados la validez de dicho acto. Si el acto no es válido por no corresponder la declaración a la voluntad, el declarante queda obligado a indemnizar los perjuicios que ocasione su conducta ilícita.

La desviación ha consistido en que la moderna teoría de la responsabilidad da prevalencia a la declaración sobre la voluntad y, en lugar de hacer responsable al declarante por la invalidez del acto, concede eficacia a éste de acuerdo con el contenido de la declaración.

En palabras de OSPINA, la nueva versión de la responsabilidad ya no se limita a proteger a los destinatarios del *acto que deviene ineficaz por falta de voluntad real*, otorgándoles el derecho a ser indemnizados, sino que, por el contrario, pretende darles dicha protección negando esa ineficacia del acto, lo que ya no se compadece con el autor de la teoría.

El actual planteamiento de la teoría de la responsabilidad es, pues, que si la declaración es objetivamente estimable como portadora de una voluntad válida, el declarante queda comprometido por ella aunque realmente no la haya querido.

### ***Teoría de la confianza.-***

Se dice que esta teoría viene a ser un paliativo de los efectos rígidos de la teoría de la declaración.

Según ella, la declaración discrepante de la voluntad tiene valor cuando el destinatario ha confiado razonablemente sobre la seriedad y sobre el significado objetivo de ella. Se basa en que la certeza del tráfico jurídico exige privilegiar la confianza respecto a la realidad del consentimiento, en el sentido que la buena fe, que preside la formación del contrato, permite al destinatario dar valor como declaración de voluntad a lo que se le presenta verosímilmente como tal.

En consecuencia, si bien se respeta la teoría de la declaración en cuanto se acepta el valor de ésta, siempre que tenga visos de exteriorizar una voluntad, cualquiera que sea ésta, se agrega el ingrediente de que el destinatario crea de buena fe que esa voluntad exteriorizada es la voluntad real del declarante.

En otras palabras, la prevalencia de la declaración no está basada tanto en su propio valor, sino en la *confianza* y en la *buena fe* de los destinatarios de ella, quienes lo único que conocen es la declaración y confían que ella responda a la voluntad real. Si por determinadas circunstancias no es dable o racional que los destinatarios confíen en la declaración, ésta debe ser descartada, condenada a la ineficacia<sup>(41)(\*)</sup>.

### ***Opinión personal.-***

Las dos principales teorías, o sea las de la voluntad y de la declaración, deben ser entendidas en sus verdaderas dimensiones. Ni la primera pretende prescindir de la declaración ni la segunda prescindir de la voluntad. Ambas son conscientes que el acto jurídico es una *declaración de voluntad*. En lo que difie-

---

(\*) La reforma del Código civil argentino (ley 17.711, art. 1, inc. 65) demuestra su inclinación por la teoría de la confianza al establecer en el primer párrafo de su nuevo artículo 1198 que los "contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

ren es simplemente en la prevalencia que, en caso de discrepancia entre estos elementos, deba darse a uno u otro.

La teoría de la voluntad, sin dar valor determinante a ésta, niega valor a la declaración discrepante. La teoría de la declaración, descartando inicialmente el valor de la voluntad discrepante, concede valor a la declaración, aunque admitiendo que este valor puede ser destruído posteriormente. Para la primera no hay acto jurídico; para la segunda sí lo hay, aunque sea anulable.

Inicialmente fui un rendido admirador de la teoría de la voluntad<sup>(42)</sup>. Pensé, y creo que aún pienso, que siendo el contrato la declaración conjunta de una voluntad común, no es posible que se forme el contrato cuando ésta no existe o cuando, existiendo, discrepa de la declaración conjunta.

Es más, el contrato se crea porque las partes quieren celebrarlo. Su origen se encuentra, pues, en la voluntad común, que constituye no sólo el presupuesto sino también el motor del contrato, que debe continuar impulsándolo hasta su celebración. Considerar que, ante una discrepancia entre la voluntad común y la declaración conjunta, debe descartarse aquélla y ser sustituida por un elemento nuevo, y desde luego posterior, como es la declaración, significa, en mi opinión, dar nacimiento a un acto distinto del que las partes quisieron celebrar<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Refiriéndose a la formación del contrato, MESSINEO<sup>(43)</sup> dice que los componentes del acuerdo, o sea la oferta y la aceptación, son una y otra declaraciones de voluntad, por lo cual hay que concluir que también el acuerdo de las partes no puede dejar de ser, a su vez, un acto de voluntad.

Agrega que la declaración no se limita a ser un acto intelectual, sino que es también un acto de voluntad. La declaración es un acto instrumental con relación a la voluntad; es un medio de evidenciar, pero de evidenciar ..... cualquier cosa, que especifique su contenido y le dé significado; sin esto, queda como un discurso comenzado, pero no conducido a término, que se pierde en el limbo de la confusión y constituye una manifestación lógicamente manca.

Sin embargo, mi entusiasmo inicial, sin desaparecer, se ha enfriado. Comprendo ahora que la teoría de la voluntad, si bien conserva su valor jurídico, choca contra el formidable obstáculo de la dificultad de demostrar el sentido de la voluntad común, dado su carácter interno. Si precisamente la declaración es la manera de exteriorizar la voluntad común, resulta arduo no concederle un valor destacado, casi determinante.

Esto no me lleva necesariamente a identificarme con la teoría de la declaración. Pienso que ante la acreditada discrepancia entre la declaración conjunta y la voluntad común (bien sea por no existir la voluntad común, o bien porque existiendo no coincide con la declaración conjunta), no hay razón decisiva para justificar que se mantenga el valor de la declaración conjunta y que el acto jurídico se forme exclusivamente en base a ésta. Se llegaría por este camino a prescindir del concepto de declaración de voluntad, para adoptar un vacío criterio de declaración por sí.

Tampoco me parece que el argumento de que la teoría de la declaración protege las necesidades del tráfico es concluyente. Si bien es cierto que la contratación se agiliza si se atiende únicamente al sentido de las declaraciones de las partes, pues no es necesario detenerse en la comprobación de la existencia de una voluntad común, al tráfico no le interesa que se formen sistemáticamente contratos que no responden a la voluntad de las partes. Eventualmente puede resultar práctico hacer prevalecer la declaración, pero generalizar el método podría dar lugar a una contratación artificial, desconectada de la realidad querida por las partes<sup>(\*)</sup>.

Respecto a la teoría de la responsabilidad, constituye sin

---

(\*) SACCO<sup>(44)</sup> dice al respecto: "Según una afirmación que de tan repetida ha devenido en lugar común, la relevancia de la voluntad protege el interés (egoísta e individualista) del declarante, mientras que la relevancia de la declaración protege los intereses sociales y colectivos. Esta afirmación, fruto de una ilusión óptica, es no sólo falsa, sino francamente ingenua.

duda un avance conceptual. El dar valor a la declaración, no porque lo tenga en sí, sino porque el sujeto se hace responsable de ella, tiene sentido. Es justo que quien declara sea responsable de sus actos y, en esta óptica, el principio de la responsabilidad permite a cada uno de nosotros introducirse en el tráfico jurídico sin correr riesgos por hechos ajenos<sup>(45)</sup>.

Si un sujeto busca que se dé valor a su declaración y ésta es objetivamente estimable como un acto de autonomía privada, esto es como que encierra una voluntad concorde con ella, el sujeto queda comprometido por su declaración, aunque no responda realmente a su voluntad. Tal como dice BIANCA<sup>(46)</sup>, "el principio de la autoresponsabilidad expresa la solución normativa en el sentido que quien introduce o da causa a la introducción de declaraciones negociales en el tráfico jurídico está sujeto a las consecuencias de ello según su significado objetivo".

Sin embargo, para que esta teoría cumpla adecuadamente su finalidad, se requiere que el declarante actúe voluntariamente, en el sentido que realmente quiera que su declaración sea considerada como una exteriorización de su voluntad. Si por dolo

---

El principio del valor de la declaración tiene esta función instrumental de hacer más ágil el tráfico; pero tiene sentido sólo si se encuentra una justificación global del tráfico considerado en sí mismo. Si el tráfico se articula en declaraciones todas afectas a error, separadas de la correspondiente voluntad, todas creadas por involuntarias y casuales manifestaciones, no habría ninguna razón para protegerlo. Sería mejor negarle reconocimiento. La única razón para proteger el tráfico está en el hecho de que las decisiones privadas, al perseguir la ventaja del sujeto singular, no puede dejar de ser contemporáneamente una ventaja social. La primera razón de la tutela del tráfico autónomo está en la función social que cumple la voluntad individual. El principio de la declaración tiene sentido no porque se opone al principio de la voluntad, sino porque, sacrificando este principio de la voluntad en un número de casos que se espera modesto y despreciable, rinde expedito rápidamente y garantiza el funcionamiento de toda la masa de casos normales, en los cuales la voluntad declarada y la voluntad interna coinciden".

o culpa declara falsamente una voluntad que no tiene, es justo que asuma la responsabilidad. En cambio, si debido a un error, tanto vicio como obstativo, declara como cierta una voluntad que no tiene, la teoría de la autoresponsabilidad no podría hacerlo responsable.

Pese a los méritos que tiene esta teoría, no puedo identificarme con ella. Me cuesta admitir que una declaración de voluntad sea considerada como tal, o sea como expresiva de la voluntad, sólo porque el sujeto así lo quiere, aunque ello no ocurra en realidad. El contrato se forma con un concurso de declaraciones y un concurso de voluntades, o sea con la declaración conjunta de una voluntad común. En la medida que exista sólo una apariencia de concurso de voluntades, originada deliberadamente por la declaración de una de las partes, no considero que la consecuencia jurídica deba ser dar valor pleno a dicha declaración, pues ello significaría crear artificialmente una voluntad que no existe. Pienso que la consecuencia adecuada debe ser hacer responsable al declarante por los daños y perjuicios que cause a la otra parte con su declaración, sin llegar al extremo de convalidar ésta.

En cuanto a la teoría de la confianza, llamada también de la buena fe, representa asimismo un avance apreciable. Con cierta frecuencia se ha sostenido que esta teoría es una consecuencia de la teoría de la responsabilidad, pues se piensa que la confianza de una de las partes surge de la declaración de la otra. Me parece que no es éste el verdadero sentido que debe darse a la teoría de la confianza.

Si consideramos que el contrato es el concurso de declaraciones y de voluntades, la confianza que puede dar lugar a la celebración del contrato es de que ese concurso realmente existe. Esta confianza debe provenir de un conjunto de circunstancias que permitan inferir a ambos contratantes que sus declaraciones coinciden con sus voluntades.

Supóngase que la declaración de una de las partes es objetivamente estimable como expresiva de una voluntad concorde con ella, pero que determinadas circunstancias permiten a

la otra parte, usando una diligencia normal, conocer que ello no es así, esto es que la voluntad del declarante es otra. La teoría de la confianza no autorizaría a dar por celebrado el contrato.

Desde luego, las declaraciones de las partes juegan un rol muy importante en la teoría de la confianza, pero sólo en la medida que se les considere como indicios confiables de la existencia de una voluntad común.

Con relación a la teoría de la responsabilidad, la teoría de la confianza representa dos cambios importantes. Un cambio de sujeto, pues ya no se estima el valor de la declaración en la persona del declarante, sino la manera como esa declaración es apreciada por el destinatario. Un cambio de objeto, desde que lo que da lugar a la celebración del contrato no es la comprobación de la coincidencia de las declaraciones, sino la confianza en que existe una coincidencia de voluntades.

Contrariamente a lo que algunos tratadistas sostienen, la teoría de la confianza se acerca más a la teoría de la voluntad que a la de la declaración, pues si bien la declaración es uno de los elementos para generar la confianza, ésta no recae en el sentido de la declaración ni en su imputabilidad al declarante, sino en la posibilidad razonable de que la declaración sea portadora de una voluntad que va a ser común.

Ante la necesidad de tomar posición frente a este problema, me inclino por la teoría de la confianza. Las razones que más han pesado en mi ánimo son las siguientes:

- a).- Pienso que el contrato es un concurso de declaraciones de voluntad. De la misma manera como una coincidencia de declaraciones y una paralela discrepancia de voluntades no pueden dar lugar a la formación del contrato, tampoco pueden darlo una coincidencia de voluntades y una paralela discrepancia de declaraciones. Ambos elementos (voluntad y declaración) tienen un valor igual.
- b).- Si bien la coincidencia de declaraciones es un hecho fácil

de apreciar, no ocurre lo mismo respecto a la coincidencia de las voluntades, por existir éstas en el fuero interno de las personas. Es necesario, por ello, recurrir a un medio que razonablemente permita inferir la realidad de una voluntad común.

- c).- La mayoría de los ordenamientos de Derecho privado descansan en el principio de que los contratos deben celebrarse de buena fe (nuestro Código civil agrega que los contratos también deben negociarse de buena fe), de tal manera que las partes tienen el derecho de exigírsela recíprocamente.

Si de buena fe, esto es confiando en la existencia de una voluntad común, una de las partes emite su declaración conforme a esa voluntad y la otra parte la recibe dándole el mismo sentido, el principio de la buena fe avala esa declaración y le da valor vinculatorio.

- d).- La teoría de la confianza, por ello, basándose en un respetable principio jurídico, sustituye la certidumbre de la existencia de la voluntad común, inalcanzable la mayoría de las veces, por una creencia de buena fe en dicha existencia, a lo cual debe otorgársele pleno respaldo.
- e).- Es verdad que si la confianza no es fundada, el contrato se celebraría sin la existencia de una verdadera voluntad común, pero éste es un sacrificio que debe hacerse si se desea que el contrato juegue su verdadero rol en una sociedad dominada cada vez más por la necesidad de celeridad y firmeza en las transacciones. Desde luego, si posteriormente se acreditara que la voluntad común no corresponde a la declaración o circunstancia que ha despertado la confianza, el contrato perdería validez.

### ***Posición del Código civil.-***

El artículo 168 del Código civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

VIDAL<sup>(47)</sup>, basándose en dicho artículo, dice que el Código ha definido una posición en el sentido que las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista.

En el área contractual, el artículo 1361 del Código civil dispone 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.

Comentando dicho artículo y coordinándolo con el artículo 168 antes citado, ARIAS SCHREIBER<sup>(48)</sup> considera que el Código civil ha optado por una fórmula distinta a la clásicas, que "consiste en que si bien su punto de partida está en la teoría o sistema de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria, a la de la voluntad y la figura, en realidad, se invierte". Agrega que con "esta metodología se conservan las ventajas del sistema declarativo y, en concreto, su seguridad, pero se deja también el camino para que el intérprete encuentre la voluntad auténtica del declarante y no se caiga en el vacío de un acto o negocio jurídico en el que, faltando el elemento volitivo, ese acto o negocio no sea válido".

Personalmente me inclino por la tesis de ARIAS SCHREIBER, pues pienso que el artículo 1361 del Código civil, si bien podrá pensarse que se inspira en el principio de la declaración, su segundo párrafo desvirtúa esta impresión. En efecto, si este segundo párrafo establece una presunción de que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes, esto quiere decir que si se demuestra que la declaración expresada no responde a la voluntad común, ésta debe primar sobre aquélla y, por lo tanto, la declaración no vale.

Sin embargo, estimo que, quizá, no se ha concedido la suficiente importancia a la última parte del artículo 168, que se refiere al principio de la buena fe (la cual referencia, según VIDAL, no atenúa el criterio objetivista), ni al artículo 1362, que establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

El principio de la buena fe o las reglas de la buena fe, que en el fondo vienen a ser lo mismo, dan lugar a un enfoque distinto del problema del consentimiento. La buena fe, entendida en su concepto de buena fe-creencia, que es el sentido que debe dársele tratándose de la concertación de los contratos, implica apariencia jurídica, creer razonada y diligentemente en lo que surge de la apariencia<sup>(49)</sup>, aunque sin supervalorarla, porque existe una dificultad invencible de poner de resalto la verdad jurídica<sup>(7)</sup>. "El contrato que hoy y en cualquier sociedad adelantada representa la mayor parte del derecho, dice COGLIOLO<sup>(50)</sup>, presupone cierta confianza y buena fe en la palabra dada".

Si el Código civil peruano dispone que los contratos deben celebrarse de buena fe, está admitiendo que ante la dificultad de conocer las voluntades internas de las partes, cuya coincidencia da lugar a la formación de la voluntad común, es legítimo recurrir a la apariencia, a lo que se ofrece a nuestro entendimiento, para celebrar el contrato, lo que significa acoger la teoría de la confianza, que precisamente autoriza a los sujetos a dar como cierto a lo que presenta visos razonables de realidad.

Obsérvese que, dado que la teoría de la confianza busca dar valor a la voluntad común, tratando de encontrarla en lo que

---

(\*) Tratando sobre la protección a la confianza nos dice TRABUCCHI<sup>(51)</sup>: "Podemos decir que el legislador moderno ha distinguido algunos tipos de negocios en los cuales predomina la tesis de la búsqueda de la voluntad (el matrimonio, el testamento); y como regla general, para todos los otros negocios, el legislador se ha inspirado en el principio de la confianza.

Confianza no quiere decir que se supervalore la apariencia, sino más bien protección de la buena fe. Hoy, el principio de la buena fe ha llegado a ser general en el derecho; es un requisito propio del "obrar" humano, como se ha dicho; el que obra de buena fe, fiándose de cuánto aparece según las manifestaciones de otro, debe ser protegido. Pero buena fe no es supina ignorancia, así como confianza no es ciega entrega. Dichos principios, persiguen únicamente la salvaguarda del tercero que haya sido diligente en el conocimiento del negocio y sus circunstancias".

las apariencias indican, el artículo 1362 del Código civil, que admite dicha teoría a través de la buena fe-creencia, coincide con la presunción contenida en el segundo párrafo del artículo 1361, que concede a la declaración una apariencia de responder a la voluntad común.

#### 4).- DISENTIMIENTO.-

El problema del disentimiento o disenso (al cual llamaré en adelante "el disentimiento", aún cuando la expresión "disenso" se utiliza también mucho por la doctrina) es uno de los más difíciles del Derecho contractual, especialmente por estar muy relacionado con las consecuencias, que acabamos de estudiar, de la divergencia entre la declaración y la voluntad.

Para la cabal comprensión de este problema puede sernos de gran ayuda el colocarnos inicialmente en el campo del acto jurídico unilateral para, de allí, pasar al campo del contrato.

De conformidad con el inciso 1. del artículo 219 del Código civil, el acto jurídico es nulo cuando falta la manifestación de voluntad del agente. Esto es congruente con el artículo 140, que indica que el acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Evidentemente, si no hay manifestación de voluntad no hay acto jurídico.

Por su lado, el inciso 2. del artículo 221 del mismo Código establece que el acto jurídico es anulable por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. Estos son los llamados vicios de la voluntad, que se presentan cuando, por las circunstancias indicadas en dicho inciso, no existe correlación entre la voluntad del agente y la manifestación de la misma.

Para los efectos del punto que estamos tratando, interesa estudiar exclusivamente el caso del error, que puede definirse como una falsa representación del agente respecto del acto jurídico que está celebrando.

La doctrina distingue entre el error vicio (también llamado error motivo o error propio) y el error obstativo (denominado asimismo error obstáculo o error impropio).

El error vicio ocurre cuando la voluntad del agente se forma equivocadamente, por no corresponder a la realidad. El agente cree que quiere algo, cuando realmente, por error o ignorancia, quiere algo distinto. Por ejemplo, su propósito es legar el caballo "Jupiter" pero cree que este caballo se llama "Neptuno", y así lo manifiesta.

En el error vicio la manifestación del agente corresponde a su voluntad. Debido a su error, considera que quiere legar "Neptuno" (al que toma equivocadamente por "Jupiter", que es el caballo que realmente desea legar) y manifiesta esta voluntad (dice que quiere legar "Neptuno"). La voluntad, pues, se forma viciosamente y se manifiesta correctamente, por lo cual se dice que es un error de la voluntad.

El error obstativo se presenta cuando la voluntad del agente se forma correctamente, por corresponder a la realidad, pero se manifiesta equivocadamente. Quiere legar el caballo "Jupiter" (no lo confunde con el caballo "Neptuno"), pero en el momento de exteriorizar su voluntad incurre en un *lapsus* y manifiesta que quiere legar "Neptuno".

En el error obstativo, por lo tanto, la manifestación no corresponde a la voluntad. Esta se forma correctamente pero se manifiesta viciosamente, lo que determina que se le denomine error en la manifestación o en la declaración.

La distinción entre error vicio y error obstativo ha dado pie a un sector de la doctrina para otorgarles distintos regímenes de ineficacia. En el caso del error vicio se considera que la voluntad no falta, sino que simplemente está viciada, ya que el agente ha querido lo que ha declarado, por lo cual no hace nulo al acto. Del error obstativo se piensa, en cambio, que es causa de nulidad del acto, porque falta la voluntad del agente<sup>(52)</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico ha seguido un derrotero distinto. El artículo 201 del Código civil establece que el error (se refiere al error vicio) es causa de anulación del acto jurídico. En cuanto al error obstativo, el artículo 208 dispone que le son aplicables las disposiciones sobre el error vicio (cuando aquél se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad).

En los tres casos que se han examinado (falta de manifestación de voluntad, error vicio y error obstativo), la invalidez del acto jurídico es imputable exclusivamente al propio agente. En el primer caso, el agente no manifiesta su voluntad (puede tenerla internamente o no tenerla). En el segundo y tercer casos, la voluntad del agente (siempre existe) se forma, en un caso, o se manifiesta, en el otro caso, viciosamente.

Estamos acostumbrados, pues, a que en el campo del acto jurídico, la falta de manifestación de voluntad determina la nulidad del acto y que el error sólo da lugar a su anulabilidad. Nos sorprendería, pues, que en el campo del contrato, que es una especie del acto jurídico, el error produjera un efecto distinto.

Sin embargo es así, debido fundamentalmente a que tratándose del contrato hay no menos de dos agentes y, por lo tanto, no menos de dos voluntades y no menos de dos manifestaciones, lo que determina que no sólo haya que apreciar cada manifestación de voluntad por separado sino toda ellas en conjunto. Para facilitar la comprensión del problema conviene ubicarlo en un contrato entre sólo dos partes, que llamaremos "A" y "B".

Este contrato, en esquema, se forma por dos declaraciones unilaterales de voluntad, la oferta de "A" y la aceptación de "B", que, uniéndose, dan lugar a la declaración conjunta de la voluntad común de "A" y "B".

Si se trata de un contrato en que la declaración de voluntad contenida en la oferta de "A" coincide efectivamente con la declaración de voluntad contenida en la aceptación de "B", pero, ambas,

oferta y aceptación, adolecen del mismo error, existe consentimiento efectivo, aunque esté viciado por error. En este caso se concluye el contrato, pero éste es anulable por error de ambas partes.

El problema se presenta cuando, por error, la declaración de voluntad contenida en la oferta de "A" no coincide con la declaración de voluntad contenida en la aceptación de "B".

Podría pensarse que tanto la oferta de "A" como la aceptación de "B", en su condición de declaraciones unilaterales de voluntad, están sujetas a los efectos del error en este tipo de declaraciones (la anulación). Empero, debe tenerse presente que la aceptación de "B", haciendo suya la oferta de "A" y manifestando su conformidad con ella, da lugar a la declaración conjunta de "A" y "B", de tal manera que un error, sea propio (vicio) o impropio (obstativo), de la aceptación determina que ésta no sea, en realidad, conforme con la oferta y que, por ello, no surja la declaración conjunta de voluntad, sea inexistente.

Como la declaración conjunta de la voluntad común constituye el consentimiento, el cual ocupa en los contratos el lugar de la manifestación de voluntad en los actos jurídicos, la inexistencia de dicha declaración conjunta da lugar a la falta de consentimiento, que por implicar la falta de manifestación de voluntad, está sancionada con nulidad (inciso 1. del artículo 219 del Código civil).

Hemos visto que el consentimiento (declaración propia del contrato) es la integración (mediante la coincidencia) de las declaraciones de voluntad de "A" y "B". Se dice que el disentimiento es la falta de esa coincidencia. Hay que agregar, sin embargo, que esta falta de coincidencia debe ser involuntaria, esto es que las partes deseen celebrar el contrato y, en tal sentido, sus declaraciones de voluntad están dirigidas a ello, pero que, por algo que escapa a su deseo, no se produce la coincidencia de estas declaraciones, o sea la declaración conjunta de la volun-

tad común. Este algo es generalmente, aunque no necesariamente, el error<sup>(\*)</sup>.

Por ello, si los sujetos ("A" y "B") no han tenido el propósito de celebrar un contrato y simplemente uno de ellos hace una oferta (ofrece vender el caballo "Jupiter") y el otro, sin equivocarse, declara una voluntad que no tiene relación con el contrato propuesto (por ejemplo, desea comprar el caballo "Neptuno"), no hay disentimiento. Solo son dos declaraciones unilaterales de voluntad que no están encaminadas a la celebración de un contrato.

Para situarnos en el campo del disentimiento es necesario, por lo tanto, que exista una vocación de contrato, una intención de ponerse de acuerdo, que por razones no queridas por los sujetos, generalmente por error, no llega a plasmarse.

En el disentimiento el error juega un rol muy particular porque su presencia no vicia, como ocurre en el acto jurídico, la declaración de voluntad de la parte que incurre en el error, sin eliminar esta declaración, sino que impide que exista una declaración conjunta de voluntad común. Si, por ejemplo, "B" entiende equivocadamente la oferta de "A", su aceptación no recoge y hace suya la verdadera voluntad de "A" ni, por lo tanto, esta voluntad se incorpora a la aceptación de "B", con lo cual, tal aceptación no coincide con la oferta de "A" (ausencia de declaración conjunta), ni existe una voluntad común ("A" no quiere lo mismo que "B"). Similarmente, si "A" al conocer la declaración de "B" entiende equivocadamente esta declaración, creyendo que contiene una aceptación, no existe tampoco una declaración conjunta (la oferta de "A" no coincide con la declaración de "B", aunque "A" crea que sí) ni una voluntad común ("A" no quiere lo mismo que "B").

---

(\*) MESSINEO<sup>(53)</sup> considera que en el caso del disenso evidente éste puede nacer también de una situación objetiva negativa que determine que las declaraciones de voluntad no alcancen a ser conformes y a dar lugar a la voluntad común, por lo cual el resultado negativo no se origina siempre en un error.

Se ha dicho que, en realidad, el disentimiento se produce por un error que recae, no en la propia declaración de la parte, sino en la interpretación por una de las partes de la declaración de la otra, dándole un sentido que no tiene (\*), lo que determina la existencia de un engaño que impide el consentimiento, acarreado la nulidad del contrato (\*\*). Esto es cierto pero no completo, por cuanto puede darse también un disentimiento cuando "B" entiende correctamente la oferta de "A" y quiere aceptarla, pero comete un error obstativo y declara algo distinto, que a su vez es entendido correctamente por "A". Pese a no haber habido errores de interpretación, no se habrá producido una declaración conjunta de voluntades, cuyo efecto es el disentimiento (no se olvide que la coincidencia de las declaraciones es un requisito indispensable para que exista el consentimiento).

Quizá la manera más clara de entender la diferencia entre error y disentimiento es, a mi juicio, considerar que hay error cuando éste (sea vicio u obstativo) recae en la oferta, que es una

---

(\*) Juan Guillermo LOHMANN<sup>(54)</sup> dice al respecto: "Es indudable que el disenso tiene características propias que lo distinguen del error obstativo, sólo que en el error la divergencia está entre la voluntad y la declaración tal como en realidad se hizo y en el disenso la divergencia entre voluntad y declaración está en la forma que la declaración ha sido percibida. En un caso el error está en la declaración propia; en el disenso hay error por la declaración ajena, que hace aparecer una no existente concordancia entre las declaraciones de las partes. La existencia de un error en la declaración debe determinarse antes de comprobar la existencia de un error vicio.

(\*\*) Los MAZEAUD<sup>(55)</sup>, refiriéndose al error impediendo, que es el que impide el acuerdo de voluntades, dicen que "este acuerdo supone dos voluntades concordantes, complementarias; ahora bien, los dos contratantes no se han entendido; cada uno se ha engañado no sobre lo que él quería, sino sobre lo que quería el otro contratante; el "error impediendo" es un "diálogo entre sordos". Por eso hay que ver en él algo más que un vicio del consentimiento; impide el consentimiento, el acuerdo de las voluntades; en realidad, existe una ausencia de consentimiento, que lleva consigo la nulidad absoluta del contrato".

declaración unilateral de voluntad del oferente, y que hay disenso cuando el error (sea vicio, por entender equivocadamente el aceptante la oferta, u obstativo, por incurrir el aceptante en un *lapsus*) recae en la aceptación, que es una declaración conjunta de voluntad del oferente y del aceptante (que debe manifestar la voluntad común de ambos), o en cómo es entendida la aceptación por el oferente.

Efectivamente, en tanto la oferta no es aceptada, no llega a formar parte del contrato y debe ser juzgada simplemente por lo que es, o sea una declaración unilateral de voluntad. Los efectos de sus vicios son los propios de esta clase de declaración. En cambio, cuando la oferta es aceptada, surge una declaración conjunta, distinta de las declaraciones unilaterales de oferta y aceptación, que sólo cobra existencia como contrato cuando tiene la naturaleza de consentimiento, o sea de conformidad de voluntades y de declaraciones. El vicio que surja a partir de la aceptación da lugar a que no se forme el consentimiento, lo que determina, a su vez, la nulidad del contrato.

En estas condiciones, el disenso puede ser *manifiesto*, cuando las declaraciones son realmente disconformes (no hay evidentemente declaración conjunta), o puede ser *oculto*, cuando las declaraciones son aparentemente coincidentes pero realmente disconformes (parece existir una declaración conjunta pero llega a descubrirse que no la hay). También hay disenso oculto, al menos en las teorías de la voluntad y de la confianza, cuando las declaraciones son realmente coincidentes pero las voluntades son disconformes (no hay voluntad común)<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) MESSINEO<sup>(56)</sup> expresa que "en buena sustancia, el disenso, como tal, está indirectamente, pero seguramente, comprendido entre las causas de nulidad; en verdad, ello se concreta en la carencia de aquel acuerdo entre las partes (común voluntad, o consenso), del cual el artículo 1325 hace uno de los requisitos (y, por casualidad, el principal) del contrato". Agrega que "el acuerdo de las partes (o consenso, o común voluntad) no puede constar sino de declaraciones de voluntad conformes, dando lugar así a que el acuerdo de las partes es requisito esencial del contrato; si las voluntades no son conformes se tiene, no el consenso, sino el disenso".

Tomando esto en consideración, conviene estudiar la influencia del error en estas tres declaraciones de voluntad (la oferta de "A", la aceptación de "B" y el consentimiento), a través de los siguientes casos:

- 1).- La oferta de "A" puede adolecer tanto de error vicio (ofrece vender el caballo "Neptuno", al que toma equivocadamente por "Jupiter", que es el caballo que realmente desea vender) como de error obstativo (ofrece vender el caballo "Neptuno", no obstante que, en realidad, desea vender el caballo "Jupiter", al que por un *lapsus* denomina en su oferta "Neptuno").

En ambos casos, la oferta de "A", antes de ser aceptada por "B", es anulable, en aplicación de los artículos 201 y 208 del Código civil, por haber recaído el error en la declaración unilateral de voluntad de "A".

- 2).- Supóngase ahora que "A" declara correctamente su voluntad y ofrece vender el caballo "Jupiter". "B" entiende bien la oferta de "A" y como efectivamente desea comprar el caballo "Jupiter", declara que acepta, pero debido a un *lapsus* manifiesta que acepta comprar "Neptuno".

Dado que el consentimiento es la declaración conjunta de una voluntad común, si bien en el presente caso existe una voluntad común de "A" y "B" (ambos desean celebrar el contrato de compraventa del caballo "Jupiter"), no existe una declaración conjunta, pues "A" ha declarado que desea vender "Jupiter" y "B" ha declarado que desea comprar "Neptuno".

Se presenta, pues, un caso de falta de coincidencia de las declaraciones de voluntad, o sea un disentimiento manifiesto, que da lugar a la nulidad del contrato (que, en realidad, es inexistente, aunque nuestro Código trata la inexistencia como nulidad), por aplicación del inciso 1, del artículo 219 del Código civil. Recuérdese que las cuatro teorías sobre los efectos de la discrepancia entre la voluntad y la declara-

ción exigen la existencia de una declaración de voluntad, aun cuando varíen los efectos de la discrepancia, de tal manera que la falta de declaración conjunta determina la nulidad del contrato en las cuatro teorías.

Podría objetarse que, en realidad, hay un error observativo de "B" (declara que quiere comprar "Neptuno" cuando verdaderamente quiere comprar "Jupiter") que determinaría la anulación del contrato y no su nulidad, pero debe tenerse presente que para que un contrato sea anulable es preciso que se haya celebrado, lo cual no ocurre en el presente caso en el que la falta de coincidencia de las declaraciones de voluntad ha determinado que no exista declaración conjunta y que, por lo tanto, el contrato sea nulo (inexistente) por no haber declaración de voluntad.

- 3).- Otra posibilidad es que "A" declare correctamente su voluntad y ofrezca vender el caballo "Jupiter", pero "B" entienda equivocadamente esta declaración y cree que se le está ofreciendo la venta del caballo "Neptuno", que es el que desea comprar. La aceptación de "B" puede manifestarse de dos maneras: diciendo que acepta comprar el caballo "Neptuno" o diciendo simplemente que acepta.

La mayoría de la doctrina considera que, en ambos casos, se ha producido un disentimiento, que en el primero sería manifiesto y en el segundo oculto.

En el primer caso falta, sin duda, la declaración conjunta de voluntad ("A" ofrece vender el caballo "Jupiter" y "B" acepta comprar el caballo "Neptuno"), lo que determina que haya disentimiento manifiesto y se produzca la nulidad del contrato (inciso 1. del artículo 219 del Código civil).

El segundo caso es más discutible, pues existe una declaración conjunta ("A" ofrece vender el caballo "Jupiter" y "B" dice que acepta) pero falta una voluntad común ("A" desea vender el caballo "Jupiter" y "B" desea comprar el caballo "Neptuno"). Obsérvese que "B" no se equivoca al declarar

que acepta, pues él cree que mediante esta declaración está aceptando comprar el caballo "Neptuno". Lo que ocurre es que la voluntad de "B" se formó equivocadamente al entender mal la oferta de "A".

El fundamento doctrinario para declararlo disentiendo oculto descansa en que la declaración conjunta es sólo aparente (parece que "B" acepta comprar el caballo que "A" le ofrece, o sea el caballo "Jupiter") pero en realidad no existe porque el verdadero sentido de la declaración de "B" (el que él deseó darle) es que aceptaba comprar el caballo "Neptuno" y su declaración, si bien falta de claridad, no está en desacuerdo con ese sentido. En estas condiciones, en cuanto las partes se percaten que no ha existido declaración conjunta, el contrato será nulo por falta de consentimiento (inciso 1. del artículo 219 del Código civil).

La única objeción que puedo hacer a este razonamiento es que, en realidad, "B" ha incurrido en un error vicio que ha determinado que su declaración de voluntad sea en el sentido de querer comprar "Neptuno", por lo cual habría que dar a esta declaración, que no ha llegado a ser la declaración conjunta de "A" y "B" por la falta real de coincidencia, el tratamiento correspondiente al error en la declaración unilateral de voluntad, o sea la anulación (inciso 2. del artículo 221 del Código civil). Sin embargo, mi objeción choca contra el argumento, que me parece de mayor fuerza, que por este camino se llegaría, mediante el sencillo expediente de abstenerse de pedir la anulación del contrato, a dar validez a un contrato en el cual no existe consentimiento real (por la falta efectiva de coincidencia entre la declaración de "A" y la de "B" y la inexistencia de la voluntad común). En realidad, el error en la declaración individual de "B" sólo puede tener efecto como tal en un contrato válido, aunque susceptible de anulación, y no en un contrato inválido (nulo) por falta de consentimiento.

- 4).- Puede ocurrir también que "A" desee vender y ofrezca efectivamente vender el caballo "Jupiter" y que "B", entendien-

do equivocadamente la oferta de "A", crea que se le ofrece el caballo "Neptuno", que es el que desea comprar, pero al momento de declarar su aceptación incurre en un error obstativo y declara que acepta comprar "Jupiter".

Se tendrá, entonces, una declaración conjunta ("A" ofrece vender "Jupiter" y "B" acepta comprar "Jupiter") pero no una voluntad común ("A" desea vender "Jupiter" y "B" desea comprar "Neptuno"). Sin embargo, en este caso, a diferencia del caso del disentimiento oculto en el cual no existía, en realidad, declaración conjunta, sí existe esta declaración pues ambas partes declaran exactamente lo mismo: celebrar el contrato de compraventa del caballo "Jupiter", aun cuando no deseen, en realidad, hacerlo.

La solución que se da a este caso varía según se trate de la teoría de la declaración o de la teoría de la voluntad.

Para la teoría de la declaración el contrato se ha celebrado, por existir una declaración conjunta, aun cuando es susceptible pedir su posterior anulación por error, ya que esta declaración no corresponde, debido al error de "B", a la voluntad real de las partes.

La teoría de la voluntad asume una posición distinta. Para ella, el disentimiento oculto se produce cuando existe un error en la interpretación de la declaración de voluntad de la otra parte. Este error puede ser cometido por el destinatario, si es que entiende equivocadamente la oferta del oferente; o bien por el oferente, si es que entiende equivocadamente la declaración del destinatario. En ambos casos, no existe voluntad común y, por lo tanto, no hay consentimiento, desde que éste consiste no sólo en una coincidencia de declaraciones sino también en una coincidencia de voluntades. El contrato es nulo.

- 5).- Finalmente, podría darse el caso que "A" deseara vender el caballo "Jupiter", pero por equivocación ofrece vender el caballo "Neptuno". "B" entiende equivocadamente la ofer-

ta de "A", pues cree que se le está ofreciendo el caballo "Jupiter", que es el que realmente desea comprar, pero incurre en un error obstativo y declara que acepta comprar "Neptuno".

Se habría producido, pues, una declaración conjunta ("A" ofrece vender "Neptuno" y "B" acepta comprar "Neptuno") y una voluntad común ("A" desea vender "Jupiter" y "B" desea comprar "Jupiter"), pero la declaración conjunta no coincide con la voluntad común.

Para la teoría de la declaración se habría celebrado el contrato de compraventa del caballo "Neptuno" (por existir una declaración conjunta en ese sentido), pero susceptible de ser anulado por error. Obsérvese que la teoría de la declaración hace prevalecer la declaración sobre la voluntad. Para la teoría de la voluntad, el contrato de compraventa del caballo "Neptuno" sería nulo (por no existir una voluntad común en ese sentido). Obsérvese que para la teoría de la voluntad no habría existido un contrato de compraventa del caballo "Jupiter", porque no hace prevalecer la voluntad sobre la declaración, sino únicamente quita valor a la declaración cuando no coincide con la voluntad.

- 6).- Una situación distinta ocurre cuando la coincidencia o discrepancia entre la declaración y la voluntad es sólo aparente.

Generalmente esto se debe a que una palabra tiene dos o más significados. Por ejemplo, 'A' ofrece vender el caballo "Jupiter" por l/.100,000 y "B" acepta comprar dicho caballo por S/.100'000,000. Si bien aparentemente no existe coincidencia de declaraciones, porque las cifras son distintas, en realidad las declaraciones coinciden desde que l/.100,000 equivalen a S/.100'000,000.

Sucede lo mismo cuando se utiliza una jerga. MESSINEO cita también los casos del tenor equívoco de la declaración del aceptante, de la insuficiente atención que presta el oferente a la aceptación, del nuncio del aceptante que refiere al oferente de manera inexacta el

contenido de la declaración de aquél, de la oficina telegráfica que proporciona al oferente una versión errada de la declaración del aceptante.

Se trata, pues, de situaciones de disentimiento aparente (que, no obstante, da lugar a la nulidad provisional del contrato) pero de consentimiento efectivo (que convalida posteriormente el contrato)<sup>(\*)</sup>.

Los casos estudiados en los puntos 1), 2), 3) y 6) tienen igual solución cualquiera que sea la teoría sobre la discrepancia entre la voluntad y la declaración que se siga (la de la voluntad, la de la declaración, la de la responsabilidad y la de la confianza). Para solucionar los casos mencionados en los puntos 4) y 5) se ha recurrido a las teorías tradicionales de la declaración y de la voluntad. Conviene analizar estos últimos casos a la luz de la teoría de la confianza, que es la que informa, a mi entender, el Código civil de 1984.

En el caso 4) el oferente "A" recibe y conoce la aceptación de "B" en el sentido que desea comprar el caballo "Jupiter", que coincide con la oferta de "A". Depositando su confianza en esta declaración de "B", "A" cree que ella refleja la voluntad de "B", porque no hay otra circunstancia que destruya esta confianza, lo que lo lleva a pensar que existe una declaración conjunta ("A" ofrece vender "Jupiter" y "B" acepta comprar "Jupiter") de una voluntad común ("A" desea vender "Jupiter" y "B" desea comprar "Jupiter"), que determina, según la teoría de la confianza, que se haya celebrado el contrato de compraventa del caballo "Jupiter".

---

(\*) Refiriéndose a lo que él llama pseudo-disenso (o ficticio o aparente) dice MESSINEO<sup>(57)</sup> que la consecuencia (aunque sólo provisoria) del disenso ficticio es la carencia de efectos del contrato (nulidad). Decimos, agrega, que tal consecuencia puede ser solamente provisoria, teniendo presente la posibilidad de que en un momento sucesivo se descubra, por uno u otro de los interesados, o por un tercero, el error. Cuando una de las partes se apercibe del error y aclara el equívoco, el comprobado consentimiento toma el lugar del disenso ficticio.

Posteriormente, al darse las partes cuenta que "B" deseaba, en realidad, comprar el caballo "Neptuno", desaparece el requisito de la voluntad común ¿Qué efecto debe tener la inexistencia de esta voluntad común? Caben tres posibles soluciones.

La primera sería mantener la validez del contrato celebrado a base de la confianza depositada en la declaración de "B", o sea la compra-venta del caballo "Jupiter". Sin embargo, esta solución importa que se prescinda de la efectiva voluntad común, que constituye el principal sustento de la teoría de la confianza, pues ella descansa precisamente en que las circunstancias (constituídas en nuestro caso por la declaración de "B") permiten dar por cierta la existencia de la voluntad común. Sería absurdo mantener el contrato si desaparece el supuesto que lo motivó.

La segunda solución consistiría en permitir que el contrato de compraventa celebrado sea impugnado por el error observativo incurrido por "B" al declarar unilateralmente que aceptaba comprar el caballo "Jupiter", cuando realmente deseaba comprar el caballo "Neptuno". Empero, debe tenerse presente que la declaración unilateral de "B" se convirtió en la declaración conjunta de "A" y "B" al coincidir con la oferta de "A", de tal manera que el error en esta declaración (que determina su inexistencia) no causa, como el error en la declaración individual, la anulación del acto, sino la nulidad del contrato por disenso, o sea por falta de declaración de voluntad (inciso 1. del artículo 219 del Código civil).

La tercera solución sería considerar nulo el contrato de compraventa por no existir una voluntad común, que determina que no se forme el consentimiento (coincidencia de declaraciones de voluntad). Sucedería así que el contrato de compraventa fuera inicialmente válido (por aplicación de la teoría de la confianza) pero posteriormente nulo (por descubrimiento de la falta de voluntad común). Esta solución sería conforme a la teoría de la confianza, tal como la acoge el Código civil peruano, que sólo da a la declaración una presunción *juris tantum* de corresponder a la voluntad común (ar-

título 1361 del Código civil), que es susceptible de prueba en contrario por quien niega la coincidencia. Si se destruye la presunción, queda evidente la inexistencia de la voluntad común, con lo cual debe declararse la nulidad del contrato, pues precisamente la teoría de la confianza descansa en el supuesto de existencia de dicha voluntad. Desde luego, la carga de la prueba de la falta de coincidencia recae en quien la invoca, de tal manera que el contrato de compraventa del caballo "Jupiter" sería definitivamente válido si no se llega a producir la prueba.

En cuanto al caso 5), es evidente que "A", quien desea vender el caballo "Jupiter", si deposita su confianza en la declaración de "B", quien dice que acepta comprar el caballo "Neptuno", percibirá de inmediato que no existe voluntad común, lo cual dará lugar a la nulidad del contrato de compraventa.

Resumiendo, pueden darse las siguientes situaciones, que descansan todas en el supuesto que las partes quieren celebrar el contrato, pero debido a un error no lo logran:

- Declaraciones realmente coincidentes ("A" ofrece verdaderamente vender "Jupiter" y "B" acepta verdaderamente comprar "Jupiter") que transmiten voluntades realmente coincidentes ("A" quiere verdaderamente vender "Jupiter" y "B" quiere verdaderamente comprar "Jupiter"): hay *consentimiento efectivo*.
- Declaraciones realmente disconformes ("A" ofrece verdaderamente vender "Jupiter" y "B" acepta verdaderamente comprar "Neptuno") que transmiten voluntades realmente coincidentes ("A" desea verdaderamente vender "Jupiter" y "B" desea verdaderamente comprar "Jupiter"): hay *disentimiento manifiesto*.
- Declaraciones aparentemente coincidentes pero realmente disconformes ("A" ofrece verdaderamente vender "Jupiter" y "B" declara que acepta, aunque en realidad se está refiriendo a "Neptuno") que transmiten voluntades realmente

disconformes ("A" desea verdaderamente vender "Jupiter" y "B" desea verdaderamente comprar "Neptuno"): *hay disentimiento oculto*.

- Declaraciones realmente coincidentes ("A" ofrece verdaderamente vender "Jupiter" y "B" acepta equivocadamente comprar "Jupiter") que transmiten voluntades realmente disconformes ("A" desea verdaderamente vender "Jupiter" y "B" desea verdaderamente comprar "Neptuno"): *hay consentimiento manifiesto provisional susceptible de convertirse en disentimiento oculto definitivo*.
- Declaraciones aparentemente coincidentes pero realmente disconformes ("A" ofrece equivocadamente vender "Neptuno" y "B" acepta equivocadamente comprar "Neptuno") que transmiten voluntades realmente coincidentes entre sí pero discrepantes de la declaración ("A" desea vender "Jupiter" y "B" desea comprar "Jupiter"): *hay disentimiento manifiesto*.
- Declaraciones aparentemente disconformes pero realmente coincidentes ("A" ofrece vender por 1/1,000 y "B" acepta comprar por S/.1'000,000) que transmiten voluntades realmente coincidentes ("A" desea vender por la misma cantidad que "B" desea comprar): *hay disentimiento aparente*, que da lugar a la nulidad provisional del contrato, pero *consentimiento efectivo*, que convalida posteriormente el contrato.

Todos los pronunciamientos hechos en la relación que antecede lo han sido a base de la teoría de la confianza, que según entiendo inspira nuestro Código civil, la cual sanciona con nulidad tanto el disentimiento manifiesto como el oculto.

## 5).- EL PRINCIPIO DEL CONSENSUALISMO.-

Se ha visto en la reseña histórica del contrato hecha al comentar el artículo 1351, que el formalismo inicial de los Derechos romano y germánico fue cediendo gradualmente paso al

principio del consensualismo, según el cual los contratos se concluyen mediante el consentimiento. Esta evolución fue determinada fundamentalmente por la influencia del Derecho canónico, por las necesidades prácticas del tráfico comercial y por la doctrina del Derecho natural.

El primer y tercer factores obedecen a razones teóricas, de carácter predominantemente intelectual, que ponen de manifiesto el valor del consentimiento como elemento suficiente para la formación del contrato. En cuanto al segundo factor, que posiblemente es el que ha tenido mayor peso, se ha dicho que "la ley de los mercaderes impuso el respeto a la palabra dada, menos por una idea moral que por razón de la necesidad práctica de dejar de lado las formas para concluir rápidamente los negocios"<sup>(58)</sup>.

Empero, no debe pensarse que el principio del consensualismo determina la prescindencia total de la forma, entendida ésta como el molde en que la voluntad se vacía y se hace sensible a los demás, adquiriendo así un sentido, mediante su exteriorización<sup>(59)</sup>. En estas condiciones, si para la existencia del consentimiento se requiere la exteriorización de la voluntad común a través de su declaración conjunta, es evidente que todo consentimiento, para serlo verdaderamente, requiere de una forma, que es aquella mediante la cual se hace la declaración conjunta (verbal, escrita, por signos, comportamientos, etc.).

Empero, en un sentido técnico jurídico estricto se habla de contratos formales, que son los que tienen una forma taxativamente fijada por el ordenamiento jurídico, y contratos no formales, en los cuales la adopción de la forma es libre<sup>(60)</sup>. Los contratos formales se subdividen, a su vez, en dos categorías: contratos formales *ad probationem* (determinada forma es exigida para la prueba del contrato) (\*) y contratos formales

---

(\*) Aunque es un tema más propio de la teoría general del acto jurídico que de la teoría general del contrato, conviene hacer una breve referencia a los alcances probatorios de la forma *ad-probationem*.

ad solemnitatem (determinada forma es exigida para la validez del contrato).

Es respecto a los contratos no formales que se hace referencia al hablar de los contratos consensuales, o sea los que se concluyen por el mero consentimiento, sin exigirse una forma determinada (aunque la forma existe obviamente en todos los casos). Debe observarse, sin embargo, que si bien es cierto que en los contratos formales *ad probationem* no existe libertad de forma, ya que debe adoptarse la que la ley o la convención establecen, esta forma no es constitutiva (no es necesaria para la existencia del contrato, sino únicamente para su prueba), de tal manera que los contratos formales *ad probationem* son, en realidad, contratos consensuales desde que para su conclusión sólo es necesario el consentimiento, a diferencia de los contratos formales *ad solemnitatem* en los que la formalidad es un requisito indispensable para la formación del consentimiento.

---

Sostienen algunos que la forma *ad-probationem* no excluye la posibilidad de acreditar la existencia del acto jurídico mediante otras pruebas. Al respecto, LOHMANN<sup>(61)</sup> dice que la idea de la formalidad "debe ser, sin embargo, matizada, pues yerra por exceso quien considere que por virtud de las formalidades establecidas *ad-probationem*, el negocio no puede ser probado por medios diferentes, es decir, por documentos posteriores, o por medios orales como la confesión o el testimonio o el juramento decisorio o por la simple ejecución del convenio. Pretender convencionalmente que el concurso de voluntades sólo puede ser probado, por ejemplo, con el documento que reproduzca el contrato, excluyendo cualquier otro medio probatorio, es ilegal, pues el ejercicio de los derechos puede tornarse ilusorio". En igual sentido se pronuncian TORRENTE-SCHLESSINGER<sup>(62)</sup>, GARCIA-AMIGO<sup>(63)</sup>, STOLFI<sup>(64)</sup>, de los MOZOS<sup>(65)</sup>.

Otros autores piensan, en cambio, que la forma *ad-probationem* determina que ella sea el único medio de prueba, quedando excluidos los demás. Son de esta opinión COVIELLO<sup>(66)</sup>, CASTRO<sup>(67)</sup>, MAZEAUD<sup>(68)</sup>, OSPINA<sup>(69)</sup>, MOSSET<sup>(70)</sup>, aunque algunos de ellos admiten que la jurisprudencia tiende a restar rigidez a este concepto. ALBALADEJO<sup>(71)</sup> considera que debe distinguirse entre la forma *ad-probationem* y el documento *ad-probationem*. La primera significa que no se admite la prueba del negocio si no se ha observado la forma

Para la debida claridad en la calificación contractual se va a denominar "contratos consensuales libres" a aquellos en que no se requiere una forma determinada y "contratos consensuales sujetos" a los que se les ha impuesto una forma para el exclusivo objeto de su probanza, no de su existencia.

En opinión de CARBONNIER<sup>(72)</sup>, el principio del consensualismo, entendido como el referido a los contratos consensuales libres, se ha establecido en beneficio de los individuos y no de la sociedad, ya que semejante criterio responde a un designio de rapidez, economía y particularmente libertad (mientras que la sociedad puede hallarse interesada en la exigencia de determinada exteriorización contractual, en cuanto que la inmaterialidad del contrato puede sustraerle a su supervisión). Sin embargo, pese al innegable valor de su simplicidad, este principio ha ido a su vez perdiendo terreno, también entre los individuos, debido, sobre todo, a un elemento que va adquiriendo cada vez mayor realce, como es la importancia de la seguridad. Actualmente se aprecia que

---

ad-probationem, de tal manera que si se puede probar por cualquier medio que el negocio se celebró con la forma prescrita, dicho negocio puede ser probado mediante otros medios distintos de la forma ad-probationem. En cambio, el documento ad-probationem significa que no se admite prueba si no es mediante el documento, que es o producto de haber observado la forma al celebrar el negocio o producto de haberlo recogido, después, documentalmente.

Realmente creo que si la ley impone una forma determinada es porque está obligando a que sea observada. La ley imperativa no da consejos sino órdenes. Por ello, cuando el artículo 144 del Código civil dispone que si la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba para la existencia del acto, está contemplando un supuesto de forma obligatoria, por lo que, en realidad, está ordenando la utilización de la forma y, en consecuencia, su inobservancia determina que el acto no pueda ser probado por otros medios. Carecería de sentido la forma ad-probationem obligatoria si su función pudiera ser sustituida por otros medios probatorios, pues ello equivaldría a sostener que la ley da un mandato sin contenido real y que puede ser dejada de aplicar.

Desde luego, creo también que, en caso de desaparición de la forma ad-probationem efectivamente observada, se puede probar por cualquier medio que se observó la forma y el contenido del acto.

aquella necesidad práctica de prescindir de formas predeterminadas no es tan decisiva, pues a su lado se encuentra otra, quizá más apremiante, de dejar un rastro claramente visible que permita acreditar la existencia y contenido de los contratos, a través de formas susceptibles de constatación, o sea recurriendo a la contratación consensual sujeta. Menudo servicio se haría al tráfico contractual si, en aras a la simplicidad y rapidez de las transacciones, no quedara evidencia tangible de ellas.

Por otro lado, el Estado se ha visto precisado a imponer la formalidad, tanto *ad solemnitatem* como *ad probationem*, con un doble propósito de control. En primer lugar, uno de carácter administrativo para comprobar el cumplimiento de determinadas normas obligatorias, especialmente en materia tributaria. En segundo lugar, un control orientado a la protección de los derechos del contratante débil, sobre todo en la contratación en masa.

Ambos factores (el de carácter individual y el de carácter estatal), han determinado que el principio puro del consensualismo, entendido como la sola necesidad del consentimiento para la formación del contrato (*solus consensus obligat*), haya perdido considerable aplicación, aun cuando continúa inspirando, con más o menos amplitud, la mayoría de los códigos modernos.

Se ha visto que el artículo 1352 de nuestro Código civil establece que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

La primera parte de este artículo consagra el principio del consensualismo, tanto en su versión de contratos consensuales libres como en la de contratos consensuales sujetos, de tal manera que basta la existencia de la declaración conjunta de una voluntad común (consentimiento) para que se concluya el contrato.

La única excepción que hace el artículo 1352 al principio del consensualismo es la de los contratos formales *ad solemnitatem*.

Como se verá más adelante, el sistema adoptado por el

artículo 1352, da lugar implícitamente a la supresión de los contratos reales, cuyos requisitos son el concurso del consentimiento y de la entrega del bien materia del contrato, solución cuya conveniencia analizaré con mayor detenimiento en el rubro respectivo de este comentario.

## 6).- LOS CONTRATOS SOLEMNES.-

Se ha visto que todo contrato requiere del consentimiento para su formación o conclusión. Sin embargo, el artículo 1352 establece una excepción respecto de aquellos contratos que, *además*, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad. Esta forma especial recibe el nombre de *ad solemnitatem*, para distinguirla de la formalidad *ad probationem*, que no es indispensable para la validez del contrato sino únicamente para su probanza. Por ello, tales contratos son llamados contratos *solemnes*.

Por mucho tiempo he entendido la fórmula del artículo 1352 en el sentido que los contratos solemnes están compuestos de dos elementos distintos, aunque indispensables ambos: el consentimiento y la solemnidad. Esta última sería, según palabras del Código, *además* del primero, o sea una especie de plus que la ley requiere en determinados casos.

Dentro de esta línea de pensamiento he llegado a afirmar<sup>(73)</sup> que ambos elementos debían darse conjuntamente, con lo cual reconocía implícitamente que uno tenía existencia separadamente del otro, de tal manera que, secuencialmente, el consentimiento podía preceder a la solemnidad, aún cuando no tenía efecto alguno hasta que ésta fuera cumplida.

Ultimamente me han surgido serias dudas sobre la veracidad de este planteamiento. Pienso que el consentimiento, como declaración de voluntad, no debe darse conjuntamente con la solemnidad sino a través de ella. Con otras palabras, en los contratos solemnes el consentimiento se solemniza, de tal manera que sólo existe consentimiento en la medida que se preste en

forma solemne. La solemnidad del acto jurídico (contrato) es la solemnidad de la declaración de voluntad (consentimiento).

Por ejemplo, si la solemnidad exigida por la ley es una escritura pública, el consentimiento no está contenido en la minuta, que en este caso simplemente representa una intención de contratar<sup>(\*)</sup>, sino que recién se forma, tiene existencia, cuando la declaración es hecha ante el notario y se incorpora a la respectiva escritura pública.

Si la solemnidad, como dice MESSINEO<sup>(74)</sup>, es establecida por la ley para llevar a las partes a reflexionar sobre la importancia del acto que se disponen a cumplir, estipulando el contrato; y se deciden después de maduro examen; es, por consiguiente, un medio indirecto de defensa de las partes contra su propia eventual ligereza. Resultaría absurdo que el consentimiento pudiera formarse a la ligera y cobrar posterior valor con el cumplimiento de la solemnidad, pues ello restaría sentido a los contratos solemnes.

Este enfoque puede traer problemas respecto al juego de la oferta y de la aceptación, cuya conjunción en la manera prevista por el artículo 1373 da lugar, como veremos, al consentimiento. Creo, sin embargo, que en los contratos solemnes la oferta y la aceptación que se expresan sin observar la solemnidad no dan lugar al consentimiento, porque éste requiere ser prestado dentro del marco de la solemnidad.

En los contratos entre presentes con comunicación inmediata el problema no tiene mayores consecuencias pues la oferta y la aceptación se dan en el momento de cumplirse la solemnidad, pero en el contrato entre ausentes sin comunicación

---

(\*) Desde luego, en los contratos consensuales, que se forman por la simple identificación de la oferta y la aceptación, el consentimiento puede constar de la minuta aún antes de ser elevada a escritura pública (por ejemplo, en un contrato de compraventa de un bien inmueble en que se otorga escritura pública para los efectos de su inscripción en los Registros Públicos).

inmediata se requiere que tanto la oferta como la aceptación guarden la solemnidad prescrita. Por ejemplo, si esta solemnidad fuera la escritura pública, la oferta y la aceptación deben declararse por escritura pública, debiendo llegar ambos instrumentos a conocimiento de sus respectivos destinatarios.

Una situación peculiar se presentaría en el contrato solemne entre ausentes con comunicación inmediata, como sería el contrato celebrado por teléfono, en el cual algún tipo de solemnidad, como la declaración hecha ante testigos, sería dable de cumplir por ambos contratantes.

El artículo 1352 del Código civil, a diferencia de la mayoría de la doctrina y de otros Códigos, no utiliza la expresión *forma solemne*, sino que habla de la *forma señalada* por la ley bajo sanción de nulidad. Conviene explicar la razón del empleo de este giro.

El artículo 1075 del Código civil de 1936 establecía que para la validez del acto jurídico se requiere observancia de la forma prescrita por la ley. El inciso 3º del artículo 1123 del mismo Código disponía, por su parte, que el acto jurídico es nulo cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa.

Ha constituido una constante incertidumbre para todos los que hemos utilizado dicho Código saber cuando la forma prescrita por la ley era *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Textos con redacciones muy parecidas como, por ejemplo, "la transacción se hará por escritura pública ..." y "la donación de inmuebles debe hacerse por escritura pública, ..." eran interpretados distintamente hasta por un mismo autor<sup>(75)</sup>, dando a la primera formalidad el carácter de *ad probationem* y a la segunda el carácter *ad solemnitatem*, sin visible razón para la diferenciación.

La Comisión Reformadora decidió acabar con la incertidumbre, estableciendo que sólo deben considerarse actos solemnes aquellos para los cuales la ley sanciona con nulidad la ausencia de la forma prescrita. En todos los demás actos jurídicos a los cuales la ley impone determinada forma, sin precisar la

sanción de nulidad, debe considerarse que la forma es *ad-probationem*.

Es por ello que el inciso 4. del artículo 140 del Código civil dispone que para la validez del acto jurídico se requiere observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, agregando en su artículo 144 que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba para la existencia del acto. Por su parte, el inciso 6. del artículo 219 establece que el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

Es inocultable que los legisladores, y aun los codificadores civiles, no se percatan con frecuencia de las importantes consecuencias de esta regla e imponen formas a determinados actos, como requisitos para su validez pero sin sancionar con nulidad su inobservancia, lo que determina que el acto, pese a la deficiencia de la forma prescrita, conserve su validez.

En estas condiciones, el artículo 1352 debe ser entendido en el sentido que los contratos solemnes no se perfeccionan por el solo consentimiento, sino que además requieren que éste (el consentimiento) se manifieste (exprese) solemnemente. Debe puntualizarse que la falta de la solemnidad determina la nulidad del contrato.

La solemnidad es usualmente el otorgamiento de escritura pública, porque con ello el legislador desea, como se ha dicho anteriormente, que los contratantes, al tener que suscribirla en presencia del notario, previa su extensión en el registro correspondiente, reflexionen sobre la importancia del acto que están realizando. Sin embargo, en otros casos la solemnidad puede consistir en que el contrato conste simplemente por escrito, como ocurre en el suministro celebrado a título de liberalidad (artículo 1605 del Código civil) o en la donación de bienes muebles de determinado valor (artículo 1624 del mismo Código).

Surge en estos últimos casos la duda respecto al significado de la exigencia del escrito, o sea si basta que exista el do-

cumento o es necesario, además, que sea firmado por los otorgantes. Las reglas del Código de Procedimiento Civiles (artículos 413 y 420), si bien se refieren con mayor propiedad a la formalidad *ad probationem* y no a la *ad solemnitatem*, dan a entender que el documento puede tener valor por sí mismo, a un si careciera de firma. La doctrina civil<sup>(76)</sup> se inclina por considerar que mediante la firma el firmante hace suyo el documento, porque revela la "voluntad de declarar" que es necesaria para la validez del acto jurídico. Pienso que esta opinión tiene sentido, porque la firma pone de manifiesto la conformidad con el documento, pero considero también que si es posible acreditar que el documento ha sido redactado por común acuerdo de los contratantes, la ausencia de firma no le quita valor como forma solemne.

Otro problema muy interesante es si la solemnidad puede ser exigida por analogía a casos no expresamente previstos por la ley. Por ejemplo, el artículo 831 del Código civil habla de las donaciones u otras liberalidades en favor de los herederos forzosos, entendidas estas últimas como las hechas en vida del causante<sup>(77)</sup> ¿Deberán estas liberalidades, si versan sobre inmuebles, constar de escritura pública por aplicación analógica del artículo 1625 del Código civil?

La respuesta estrictamente legal debe ser negativa, por cuanto el artículo 1352 considera que la forma solemne es una excepción al principio general de la consensualidad, de tal manera que por aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código civil, según el cual la ley que establece excepciones no se aplica por analogía, no puede exigirse la solemnidad de la escritura pública para las liberalidades de inmuebles distintas de las donaciones. Pese a la pertinencia de este razonamiento, debo advertir que parte de la doctrina<sup>(78)</sup> se inclina, sin embargo, por admitir una interpretación extensiva cuando se trata sustancialmente de la misma operación económica o del mismo supuesto (*vicenda*) jurídico.

También ha surgido la duda respecto a la formalidad necesaria para la regulación, modificación o extinción de la relación jurídica creada por un contrato solemne.

Un sector considerable de la doctrina<sup>(79)</sup> es de opinión que

la regulación, modificación o extinción debe hacerse con la misma solemnidad que se exigió para el acto de su creación. En cambio, LEON BARANDIARAN<sup>(60)</sup>, apoyándose en el parecer de SANCHEZ ROMAN, considera más razonable la posición contraria por entender que cuando la solemnidad está exigida como formalidad de la perfección, no lo está como solemnidad de la disolución del contrato, siendo sabido que todos los requisitos de carácter formal no se suplen por interpretación extensiva si la ley no lo establece expresamente.

Aun cuando la argumentación de SANCHEZ ROMAN es más purista, ya que efectivamente la solemnidad es una excepción, pues la regla general es la consensualidad, pienso que si la ley exige una solemnidad para la creación de una relación jurídica (como, por ejemplo, para el contrato de renta vitalicia oneroso) en atención a la peculiar naturaleza de ella, que debe ser rodeada de las mayores seguridades posibles, no resulta lógico que la regulación, modificación o extinción de dicha relación jurídica, que afectan de manera similar los derechos de las partes, puedan surtir sus efectos sin observar la misma solemnidad. Esta es la solución dada por la jurisprudencia italiana<sup>(61)</sup>, en el sentido que cabe la interpretación extensiva en base a la consideración que los contratos resolutivos en sentido amplio realizan igual *visicitud* (*vicenda*) que el contrato resuelto, sólo que en dirección inversa. También es la solución contemplada en el artículo 1413 del Código civil de 1984, aunque sólo para la modificación del contrato (no así su regulación o extinción).

Finalmente, conviene analizar si la solemnidad puede afectar tan solo a la declaración de uno de los contratantes o necesariamente a la de ambos. Debe tenerse presente que si bien, dada la posición adoptada en este trabajo, la aceptación constituye la declaración conjunta de la voluntad común, el carácter solemne de la aceptación no determinará por sí solo la solemnidad del contrato, sino que se requiere que la declaración de la oferta, que el destinatario hace suya mediante la aceptación, sea hecha también solemnemente.

No debe pensarse que este caso está contemplado en

el artículo 1378 del Código civil, según el cual no tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente. Aquí no se contempla la posibilidad de que la aceptación sea solemne, desde que la ley no sanciona con nulidad la falta de observancia de la forma, por lo cual la aceptación hecha con forma distinta a la requerida por el oferente no es nula (existe como declaración) sino simplemente ineficaz, esto es que no produce efectos como aceptación.

## 7).- LA "CONSIDERATION".-

Se trata este tema por cuanto, no obstante que la "consideration" no juega rol alguno en el Derecho contractual neolatino, tiene una importancia determinante en la formación del contrato según el régimen del Derecho anglosajón (*common law*), por lo cual considero prudente hacer un somero análisis de ella, a título ilustrativo.

En el Derecho anglosajón los contratos, atendiendo al criterio de su formación, se dividen en contratos *solemnes*, llamados contratos "*under seal*", que requieren la intervención de un funcionario y se extienden en un documento (equivalente al instrumento público de nuestro sistema legal), y contratos *consensuales*, conocidos como "*simple contracts*".

Los contratos "*under seal*" tienen pleno valor por el sólo hecho de haberse observado la formalidad, mientras que los "*simple contracts*", si bien prescinden de la forma, requieren apoyarse en un fundamento suficiente, llamado "*valuable consideration*", sin el cual la promesa contenida en el contrato no es exigible<sup>(82)</sup>.

Pese a la reluctancia de los autores anglosajones<sup>(83)</sup> para dar una definición de "consideration", ésta puede ser entendida como algo prometido o dado en cambio de una promesa. Para comprender bien este significado debe tenerse en cuenta que el contrato anglosajón contiene una promesa de una persona de hacer algo en favor de otra. La "consideration" viene a ser, pues, la contrapartida a cargo de quien es favorecido por

la promesa, consistente en hacerle otra promesa o ejecutar una prestación.

En tal virtud, la "consideration" puede ser clasificada en dos categorías: ejecutiva ("executory") y ejecutada ("executed"). La "consideration" es ejecutiva cuando la promesa contractual es hecha a cambio de una contra-promesa; es ejecutada cuando es hecha a cambio de la ejecución de un acto<sup>(84)</sup>.

La "consideration" debe hacerse previa o contemporánea a la promesa, pues si fuera posterior e independiente de ella sería juzgada como una mera expresión de gratitud o como un regalo, y no surgirá un contrato<sup>(85)</sup>.

Por esto, algunos doctrinarios<sup>(86)</sup> estiman que la "consideration" es un "*quid pro quo*", es decir lo que se da o promete a cambio de algo, aunque sólo sea nominalmente.

La doctrina moderna anglosajona<sup>(87)</sup> está propiciando el abandono de la "consideration", cuyo carácter anómalo está siendo paulatinamente reconocido, pues resta obligatoriedad a los actos gratuitos y a las modificaciones contractuales.

Algunos<sup>(88)</sup> estiman que la "consideration" llena el rol de la causa en el Derecho civil neolatino. Aparte de la dificultad de saber cual es exactamente el concepto de "causa" en este Derecho a que se refieren tales autores, dadas las innumerables posiciones que se han tomado al respecto<sup>(89)</sup>, no tendrían explicación los contratos cuya causa es practicar un acto de pura beneficencia (*causa donandi*).

Pienso que (en términos muy generales y reconociendo la existencia de excepciones) la mejor aproximación que puede hacerse, dentro de nuestra concepción neolatina del Derecho, al concepto anglosajón de la "consideration" es la del tradicional contrato bilateral, según el cual una de las partes sólo asume una obligación (el equivalente a la "promesa" en el Derecho anglosajón) si la otra parte asume una obligación recíproca (el equivalente a la "consideration").

## 8).- SUPRESION DE LOS CONTRATOS REALES.-

Tradicionalmente se han clasificado los contratos, atendiendo a los requisitos para su formación, en contratos consensuales, contratos solemnes y contratos reales.

Ya se ha estudiado cuáles son las características de las dos primeras clases. Conviene conocer cuáles son las de la tercera.

Existen dos tendencias doctrinales respecto al significado de la expresión "contrato real".

Para una de ellas el contrato real es aquél que tiene efectos reales, o sea que crea, traslada, modifica o extingue derechos reales, como contraposición directa al contrato obligacional, que es el que crea traslada, modifica o extingue derechos obligatorios<sup>(90)</sup>. En realidad, el carácter real proviene del efecto producido.

La otra tendencia considera que el contrato real es el que se constituye, además del consentimiento, con la entrega del bien materia del contrato, contraponiéndose así al contrato consensual en el que el consentimiento es suficiente para la conclusión del contrato. Ocurre aquí que el elemento real juega un rol en la fase formativa del contrato.

Puede observarse que el contrato real en la primera acepción (con efectos reales) puede constituirse bien sea mediante un contrato consensual, como sucede en los contratos de compraventa, permuta, suministro, etc. o bien mediante un contrato real en la segunda acepción (necesidad de la entrega), lo que pasa en algunas legislaciones con el contrato de prenda, anticresis, etc.

No es conveniente, por ello, que dos contratos con características tan distintas reciban una denominación igual, pues se presta a indudables confusiones, por lo cual en el presente trabajo, siguiendo el camino trazado por gran parte de la doctrina, se va a optar por llamar contrato real al que se concluye mediante el consentimiento manifestado a través de la entrega del bien materia del contrato, y contrato con efectos reales al destinado

a crear, trasladar, modificar o extinguir derechos reales.

En consecuencia, puede definirse el contrato real como aquél que requiere para su celebración que el acuerdo de voluntades se materialice mediante la entrega del bien en que recae el contrato (por ejemplo, el contrato de mutuo según el Código civil de 1936, cuyo artículo 1573 establecía que por el mutuo una persona entrega a otra cierta cantidad de dinero ...) Debe tenerse presente que en el contrato real la entrega no es la ejecución del contrato sino uno de los dos elementos formativos de éste (el otro es el consentimiento), de tal manera que la falta de uno de ellos, cualquiera que sea, da lugar a la inexistencia del contrato.

Desde luego, es necesario que los dos elementos constitutivos se den simultáneamente, pues no cabe que primero se dé el consentimiento y luego la entrega, o viceversa.

Sostienen algunos<sup>(91)</sup> que una vez celebrado el contrato real se considera existente desde el momento de efectuarse la entrega, aunque ésta haya precedido al consentimiento. Pienso que el contrato sólo puede nacer como tal cuando se dan indisolublemente unidos sus dos elementos constitutivos (consentimiento y entrega), de tal manera que cuando se cumplan estos dos requisitos (el consentimiento expresado mediante la entrega), será el momento de vigencia del contrato.

Debe tenerse presente, al respecto, que la entrega del bien materia del contrato efectuada simultánea o posteriormente a la celebración del contrato no determina necesariamente que estemos frente a un contrato real, pues existen numerosos contratos consensuales, como la compraventa, la permuta, la donación, etc. en los cuales la entrega del bien constituye simplemente la ejecución de la obligación (transferir la propiedad del bien) contraída mediante el contrato, o sea solvendi causa. En el contrato real no ocurre esto, pues el rol de la entrega es, como se ha visto, distinto, ya que juega una función en la fase formativa del contrato que, sin ella, no se concluye, o sea que tiene lugar *contrahendi vel obligandi causa*<sup>(92)</sup>.

Piensan algunos autores<sup>(93)(94)(95)</sup> que la entrega viene a ser, a su manera, una especie de forma, considerando que en el Derecho romano ella se traducía en una atenuación del formalismo, reemplazando las formas solemnes de las cuales dependía la formación de los contratos. En cierto modo esto es aceptable, pues debe tenerse presente que en los contratos reales la entrega tiene como finalidad principal dar fe de la celebración del contrato y no simplemente justificar el derecho a la restitución.

El artículo 1352 del Código civil establece, como se ha visto, que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Al no contemplar este artículo la posibilidad de que el contrato se perfeccione también con la entrega del bien materia del contrato, se ha producido, implícitamente, la supresión de los contratos reales<sup>(\*)</sup>.

Conviene estudiar si es conveniente o no esta supresión.

Como justificación de la conveniencia de mantener la categoría de los contratos reales, con particular referencia a los con-

---

(\*) Max ARIAS SCHREIBER<sup>(96)</sup>, comentando el artículo 1352 del Código civil, dice que "adicionalmente, mediante el procepto bajo comentario se consagra la supresión de los contratos reales, convirtiendo a los que tradicionalmente eran considerados dentro de esa categoría - mutuo, comodato y depósito-, en contratos consensuales o, en todo caso, con libertad de forma. Esta modificación tiene significativos beneficios prácticos, pues es un hecho que, entre el acuerdo a que llegan las partes y la entrega, transcurre un lapso muchas veces largo, que se traduce con frecuencia en situaciones dudosas o conflictivas. Se ha dado, pues, un paso trascendental, eliminando la entrega o tradición, como regla general. El acto de la entrega debe entenderse, en consecuencia, no como un elemento constitutivo o formal sino como parte del mecanismo en el cumplimiento de lo prometido".

tratos de mutuo, comodato y depósito, se aduce que la esencia de estos contratos es la entrega del bien, pues ello es lo que justifica la obligación de restitución que los caracteriza. Nadie puede estar obligado a restituir lo que todavía no ha recibido.

Siendo así las cosas, nada más natural que la entrega sea un requisito para la conclusión del contrato, pues de esta manera todas las obligaciones que derivan del mismo están plenamente formadas en el momento de celebrarlo, sin necesidad de ningún acto adicional<sup>(\*)</sup>.

Por otro lado, la categoría de los contratos reales traduce la importancia del desplazamiento del bien, expresando, como dice GHESTIN<sup>(97)</sup> una concepción menos intelectual, más concreta, y por eso más verdadera, de las relaciones contractuales.

Se agrega que si existe dificultad para efectuar la entrega en el momento de celebrar el contrato (de mutuo, de comodato, de depósito), tal dificultad puede ser fácilmente superada mediante la celebración de un contrato consensual preparatorio que obligara a las partes a la celebración de un contrato real definitivo, lo que está expresamente permitido por el Código civil peruano.

Quienes favorecen la supresión de la categoría de los contratos reales expresan, por su parte, que la obligación más importante de los contratos reales de mutuo, comodato y prenda no consiste en restituir el bien, sino la disponibilidad del mismo en el

---

(\*) Sobre el particular dice MESSINEO<sup>(98)</sup> que "si fuese cierto que la entrega es un elemento ulterior al contrato y este elemento debiera servir para perfeccionar, no el contrato, sino la obligación de restituir, tendríamos un caso en el que la obligación contractual encontraría las premisas de su nacimiento no sólo en el contrato, sino en algo extraño y posterior al contrato: lo que constituiría una anomalía inexplicable, frente al principio de que, siendo el contrato la fuente de la obligación (contractual) la obligación está virtualmente contenida, toda ella, en el contrato, sin que nada más sea necesario para hacerla nacer".

primer caso, su uso en el segundo caso y la custodia en el tercero, siendo la restitución únicamente la manera de dar por ejecutada la relación obligatoria creada por el contrato.

Por otro lado, la obligación de restituir el bien se presenta no sólo en el caso de los contratos reales sino también en contratos consensuales, tales como el arrendamiento, lo que pone de manifiesto que esta obligación puede nacer simplemente del consentimiento. Si la evolución histórica del contrato demuestra el anhelo de darle carácter principalmente consensual, no existe realmente razón alguna de importancia que impida abandonar la reliquia histórica del contrato real y alcanzar ese anhelo aún en los casos que exista obligación de restituir el bien materia del contrato.

En la necesidad de tomar partido frente a ambas posiciones, es necesario reconocer que la supresión de la categoría de los contratos reales facilita en apreciable grado la contratación moderna, evitando los inconvenientes de una doble contratación (el contrato consensual preparatorio y el contrato real definitivo) para alcanzar un resultado que es posible lograr mediante un solo contrato consensual definitivo.

Se ha otorgado, en mi opinión, exagerada importancia al rol que juega la obligación de restitución como fundamento de la existencia de los contratos reales. A pesar que el Código civil menciona en las definiciones de los contratos de mutuo (artículo 1648), comodato (artículo 1728) y depósito (artículo 1814) la obligación de devolución del bien, tal obligación no es el objeto principal de dichos contratos sino más bien el resultado final de los mismos. El objeto principal de tales contratos es la disponibilidad del bien (mutuo), su uso (comodato) o su custodia (depósito). Una vez logrado este objeto, recién surge la obligación de devolver. Es cierto que no puede haber obligación de restituir cuando no ha existido una entrega previa, pero ello puede obviarse estableciendo como *conditio juris* (requisito indispensable) en todos los contratos en que exista la obligación de restitución el que se haya efectuado la entrega, bien sea en la oportunidad de celebrarse el contrato o bien en una oportunidad distinta.

Por razón de la supresión de los contratos reales efectuada por el codificador de 1984, los contratos de mutuo, comodato y depósito han dejado de ser reales y unilaterales para convertirse en consensuales y de prestaciones recíprocas, pues ya no se exige la entrega del bien sino simplemente se estipula la obligación de entregarlo a cargo del mutuante, del comodante y del depositante.

Algunos han observado que pese a lo dispuesto por el artículo 1352 del Código civil, subsisten aún los contratos reales de prenda y de anticresis, pues los respectivos artículos que definen estos derechos reales (1055 y 1091) expresan que se requiere la entrega para la constitución de la garantía. Pienso que la exigencia de la entrega no está referida al contrato de prenda o al contrato de anticresis sino a la constitución de dichos derechos reales, de tal manera que las partes pueden obligarse mediante un contrato consensual a constituir la garantía, pero que ésta no existirá hasta que se efectúe la entrega.

RAMIREZ<sup>(99)</sup> opina que la dación en pago constituye un contrato extintivo de obligaciones de carácter real, pues la entrega del bien que sustituye a la prestación original debe ser entregada isócronamente al acuerdo. Pienso, inspirándome en JORDANO<sup>(100)</sup>, que debe distinguirse entre el acuerdo de las partes para que la cancelación se haga con una prestación diferente a la que debía cumplirse y la realización de este acuerdo mediante la entrega de la nueva prestación. El acuerdo entre las partes es un contrato consensual, que se perfecciona con el consentimiento, siendo la entrega de la prestación la manera de cumplir dicho contrato.

Debo hacer una consideración final. La supresión de la categoría de los contratos reales no significa que no sea posible celebrarlos como contratos atípicos, pues muchas veces resultará conveniente que la entrega del bien se haga en el momento de celebrar el contrato consensual, para que quede evidencia de ella y justifique el derecho a la restitución.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1352:

- (1) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 392.
- (2) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1947, Volumen II<sup>o</sup>, pág. 165.
- (3) MANRESA y NAVARRO, José María, "Comentarios al Código civil español", Reus S.A., Madrid, 1967, Tomo VII, Volumen 2<sup>o</sup>, pág. 367.
- (4) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 367. (1)
- (5) BESSONE, Mario, "Casi e questioni di Diritto privato", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, Tomo II, pág. 38.
- (6) TUHR, Andreas von, op. cit., Volumen II<sup>o</sup>, pág. 165. (2)
- (7) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 150.
- (8) "Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código civil", publicación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, pág. 6.
- (9) RISOLIA, Mario Amelio, "Soberanía y crisis del contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 94.
- (10) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen I, pág. 235.

- (11) ARTEAGA, Jesús María, ARTEAGA CARVAJAL, Jaime, "Curso de obligaciones", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1979, pág. 12.
- (12) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 217.
- (13) MUÑOZ, Luis, "Contratos y negocios jurídicos financieros", Editorial Universo, Buenos Aires, 1981, Tomo I, pág. 163.
- (14) TUHR, Andreas von, op. cit., Volumen III<sup>1</sup>, pág. 239. (2)
- (15) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo XI, pág. 122.
- (16) ALTERINI, Atilio Aníbal, "Curso de obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, Tomo II, pág. 386.
- (17) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Editores Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1981, pág. 90.
- (18) MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 116.
- (19) ZAGO, Jorge Alberto, "El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 35.
- (20) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 98.
- (21) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 90. (17)
- (22) ZAGO, Jorge Alberto, op. cit., pág. 35. (19)
- (23) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 379. (1)

- (24) PACCHIONI, Giovanni, "Dei contratti in generale", Casa Editrice Dott. A. Milano (S.A.), Padova, 1939, Volumen II, pág. 59.
- (25) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 119. (7)
- (26) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, Volumen I, pág. 46.
- (27) GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, Tomo II, pág. 13.
- (28) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editores, Milano, 1984, pág. 28.
- (29) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo III, pág. 118.
- (30) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 85. (17)
- (31) ALBALADEJO, Manuel, "El negocio jurídico", Librería Bosch, Barcelona, 1958, pág. 78.
- (32) TUHR, Andreas von, op. cit., Tomo II<sup>2</sup>, pág. 104. (2)
- (33) TOLA, Fernando, "Obligaciones, contratos, delitos y acciones", Primer fascículo, Lima, 1944, pág. 24.
- (34) PLANIOL Marcelo y RIPERT, Jorge, op. cit., Tomo VI, pág. 131. (15)
- (35) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 156. (7)
- (36) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 107.

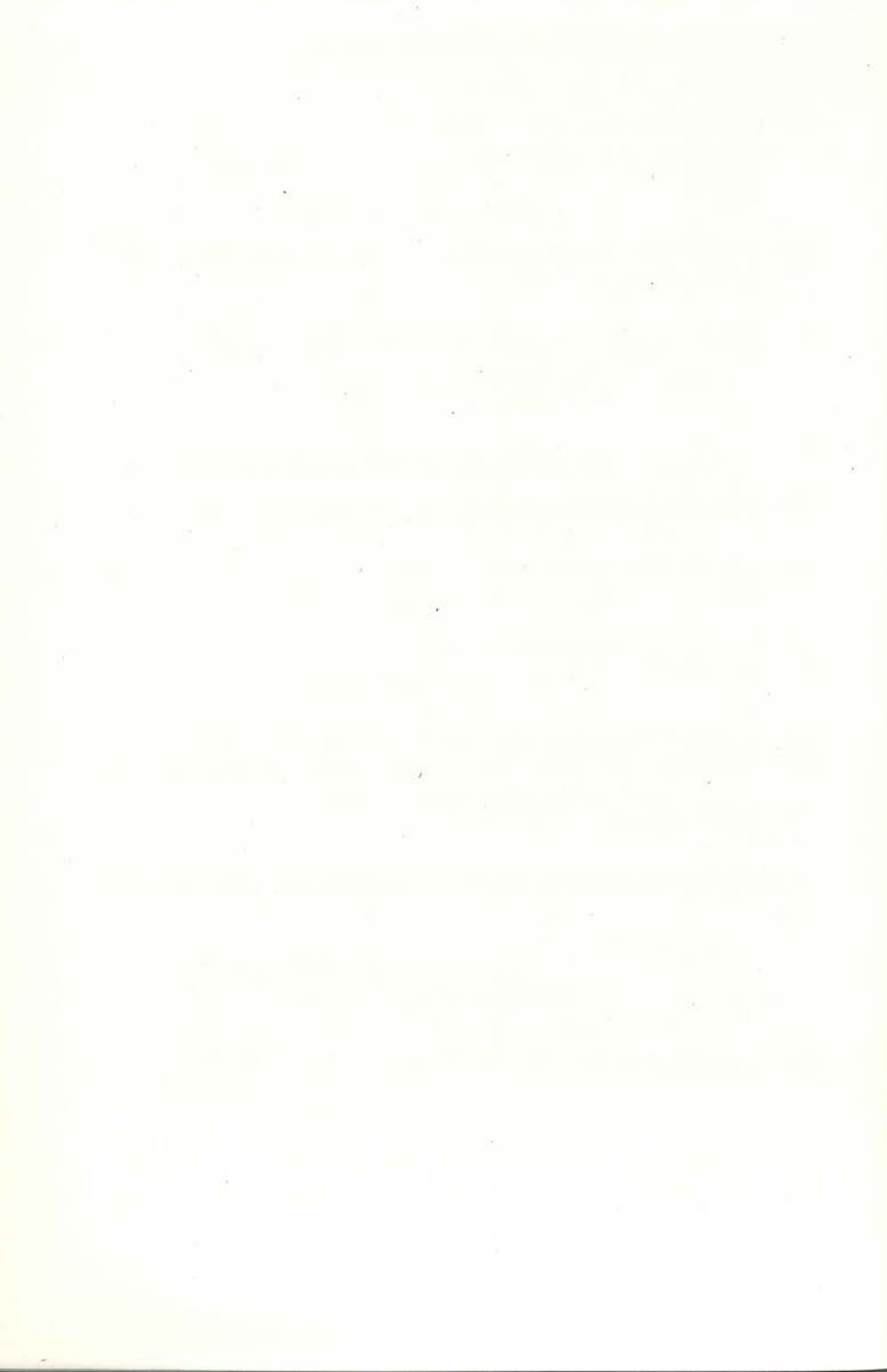
- (37) TUHR, Andreas von, op. cit., Tomo II<sup>2</sup>, pág. 160. (2)
- (38) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo I, Volumen II, pág. 284.
- (39) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., pág.154.
- (40) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, "Teoría general de los actos o negocios jurídicos", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 110.
- (41) Loc. cit.
- (42) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 171. (7)
- (43) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 370. (1)
- (44) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", Unione Tipografico- Editrice Torinese, Torino, 1975, pág. 244.
- (45) Loc. cit.
- (46) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 21. (28)
- (47) VIDAL RAMIREZ, Fernando, "Teoría general del acto jurídico", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 228.
- (48) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, Tomo I, pág. 89.
- (49) SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo III, pág. 384. (10)
- (50) COGLIOLO, Pedro, "Estudios acerca de la evolución del Derecho privado", Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1898, pág. 158.

- (51) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho civil", Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1967, Tomo I, pág. 208.
- (52) MORALES MORENO, Antonio-Manuel, "El error en los contratos", Editorial CEURA. Madrid, 1988, pág. 76.
- (53) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 210. (1)
- (54) LOHMANN LUCA de TENA, Juan Guillermo, "El negocio jurídico", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 362.
- (55) MAZEAUD, Henri, Lèon y Jean, "Lecciones de Derecho civil". Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Volumen I, pág. 184.
- (56) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo II, pág. 208. (1)
- (57) IBIDEM, Tomo II, pág. 211.
- (58) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, op. cit., Tomo IV, Vol. I, pág. 40. (26)
- (59) GASPERI, Luis de, "Tratado de Derecho civil", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, Tomo I, pág. 703.
- (60) MUÑOZ, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 136. (13)
- (61) LOHMANN LUCA de TENA, Juan Guillermo, op. cit, pág. 108. (54)
- (62) TORRENTE, Andrea y SCHLESSINGER, Piero, "Manuale de Diritto Privato", Giuffrè Editore, Milano, 1978, pág. 281.
- (63) GARCIA AMIGO, Manuel, "Instituciones de Derecho privado", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 712.
- (64) STOLFI, Giuseppe, "Teoría del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 212.

- (65) MOZOS, José Luis de los, "El negocio jurídico", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1987, pág. 418.
- (66) COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general del Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 562.
- (67) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 287.
- (68) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte Segunda, Volumen I, pág. 85. (55)
- (69) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, op. cit., pág. 237. (40)
- (70) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 228. (17)
- (71) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., pág. 305. (31)
- (72) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Vol. II, pág. 317.
- (73) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 94. (7)
- (74) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 145. (1)
- (75) LEON BARANDIARAN, José, "Comentarios al Código civil peruano - Obligaciones", EDIAR Soc. Anon. EDITORES, Buenos Aires, 1956, Tomo II, pág. 563; "Contratos en el Derecho civil peruano", Comisión Administradora del Fondo Editorial de la U.N.M.S.M., Lima, 1965, Tomo I, pág. 250.
- (76) TUHR, Andreas von, "Tratado de las obligaciones", Editorial Reus, Madrid, 1934, Tomo I, pág. 170.

- (77) ECHECOPAR GARCIA, Luis, "Derecho de sucesiones", Editorial Lumen S.A., Lima, 1946, pág. 286.
- (78) BIANCA, C. Massino, op. cit., pág. 281. (28)
- (79) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho civil y comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo IV, pág. 522; LAVALLE COBO, Jorge E., en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por BELLUSCIO, Augusto C., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 947.
- (80) LEON BARANDIARAN, José, op. cit., pág. 582. (75)
- (81) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 281. (28)
- (82) ESPERT SANZ, Vicente, "La frustración del fin del contrato", Editorial Tecnos, Madrid, 1968, pág. 50.
- (83) CORBIN, Arthur Linton, "Corbin on contracts", West Publishing Co., St. Paul, 1952, pág. 161.
- (84) FURMSTON, M. P., "Law of contract", Butterworths, London, 1981, pág. 161.
- (85) Loc. cit.
- (86) MERINO GUTIERREZ, Arturo, "Alteraciones monetarias y obligaciones pecuniarias en el Derecho privado actual", Servicio de Publicaciones, Oviedo, 1985, pág. 161.
- (87) FRIED, Charles, "Contract as promise", Harvard University Press, Cambridge, 1981, pág. 28; FARNSWORTH, E. Allan, "Contracts", Little, Brown & Company, Boston, 1982, pág. 20.
- (88) FURMSTON, M. P., op. cit., pág. 161.
- (89) CORBIN, Arthur Linton, op. cit., pág. 167. (83)

- (90) JORDANO BAREA, Juan B., "La categoría de los contratos reales", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pág.11.
- (91) MIRABELLI, Giuseppe, "Dei contratti in generale", UTET, Torino, 1980, pág. 52.
- (92) JORDANO BAREA, Juan B., op. cit., pág. 12. (90)
- (93) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 105. (20)
- (94) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 360. (12)
- (95) JORDANO BAREA, Juan B., op. cit., pág. 105. (90)
- (96) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, op. cit., Tomo I, pág. 99. (48)
- (97) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 367. (12)
- (98) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 106.(20)
- (99) RAMIREZ JIMENEZ, Nelson, "Excesiva onerosidad" en "Temas de Derecho contractual", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1987, pág. 247.
- (100) JORDANO BAREA, Juan B., op. cit., pág. 85. (90)



**Artículo 1353.-** *Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Sometimiento a reglas generales.
- 3.- Contratos nominados e innominados (típicos y atípicos).
- 4.- Clasificación de los contratos.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

La Ponencia original establecía en su artículo 7 que todos los contratos quedan sometidos a las reglas generales contenidas en este título, sin perjuicio de lo que se establezca en otros códigos o leyes propias.

La primera Ponencia sustitutoria consignó en su artículo 8 que todos los contratos de derecho privado, típicos o atípicos, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en este título, salvo en cuanto sean derogadas o resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Este texto fue conservado en la segunda Ponencia sustitutoria y, salvo el cambio de numeración del artículo (artículo 6), en la tercera Ponencia sustitutoria.

En la cuarta Ponencia sustitutoria se suprimió la dicción "sean derogadas o". La quinta Ponencia sustitutoria y el Anteproyecto no introdujeron modificación alguna.

En el primer Proyecto el artículo figura con el número 1375 y (recogiendo una sugerencia formulada por el Grupo de Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú formado por los señores OSSIO, CAVALIERI, SOLARI, CHUECA y ZAR) se cambia la frase "típicos o atípicos" por la de "inclusive los atípicos".

En el segundo Proyecto el artículo lleva el número 1320 y sustituye la palabra "atípicos" por la de "innominados".

## 2).- SOMETIMIENTO A REGLAS GENERALES.-

Se ha visto en el comentario a la Sección Primera del Libro VII del Código civil que esta Sección contiene la regulación de la teoría general del contrato, o sea las reglas aplicables al contrato considerado como categoría general y abstracta, que comprende todas las figuras del contrato.

El artículo 1353 plasma este concepto estableciendo que todos los contratos de derecho privado quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta Sección, de tal manera que, en principio, la teoría general del contrato comprende todo el ámbito de la contratación privada.

Sin embargo, el artículo 1353 establece una excepción a este principio, disponiendo que él no será aplicable en el caso que las reglas generales resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Esto tiene sentido, por cuanto cada contrato particular requiere, muchas veces, dadas sus peculiares características, de una regulación propia que no tiene necesariamente que coincidir y, es más, que puede estar en oposición, con las reglas generales relativas a todos los contratos. Se aplica entonces el principio de que la ley especial prima sobre la ley general, la cual queda limitada por la excepción contenida en la ley especial.

MESTRE<sup>(1)</sup> dice, por ello, que la teoría general sólo tiene vocación de aplicarse si el derecho de los contratos especiales

no la ha modificado o descartado. Piensa este autor que el imperio de la teoría general tiende a restringirse a medida que el legislador se oriente a reglamentar con el mayor detalle numerosos contratos, como el seguro, el transporte, los negocios bancarios, etc., pero advierte que, por otro lado, junto al caso de los contratos "superreglamentados", se desarrollan hoy día, con frecuencia cada vez mayor, contratos liberados de toda argolla legislativa particular (se refiere, sin duda, a los contratos atípicos) que no viven sino de la sola sabia de la teoría general.

Aunque resulte obvio, conviene observar que las reglas particulares de cada contrato que primen sobre las reglas generales deben, para ello, responder a los requisitos exigidos por el artículo 140 del Código civil para la validez del acto jurídico.

La excepción prevista en el artículo 1353 nos lleva al tema de la tipicidad y atipicidad de los contratos, que será tratado en el rubro siguiente.

### 3).- CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS (TÍPICOS Y ATÍPICOS).

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que precede, que tanto en la Ponencia original como en las cinco Ponencias sustitutorias y en el primer Proyecto se habla de contratos típicos y atípicos, y que sólo se empieza a hablar de contratos nominados e innominados, como términos sustitutorios, a partir del segundo Proyecto.

Conviene estudiar si este cambio es adecuado o no. El tema no es pacífico.

Considera un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato "nominado", entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una *actio* homónima.

La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código civil francés, cuyo artículo 1.107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código civil italiano de 1865.

Es el Código civil italiano de 1942 el que introduce un cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden "concluir contratos que no pertenezcan a los *tipos* que tienen una disciplina particular...". Se introduce así la denominación legislativa de contrato "típico".

Piensa COSTANZA<sup>(2)</sup> que esta nueva fórmula en el lenguaje legislativo paga el precio de la originalidad al incurrir en una cierta oscuridad terminológica. La expresión "contrato atípico", como opuesta a la de "contrato típico", es muy comprometedora, pues depende, sobre todo, de la multiplicidad de significados que puede tener el término "tipo". Este es un vocablo prestado del lenguaje de la lógica y usado prevalentemente en las ciencias naturales y sociales. No se tiene en cuenta que, para hablar de tipos contractuales y de contratos típicos y atípicos, es necesario sobre todo una toma de posición, a fin de evitar equivocaciones y malentendidos en orden al significado del término en cuestión.

SACCO<sup>(3)</sup>, por su parte, considera que el cambio de terminología es poco feliz, pues la doctrina ha acabado hace tiempo de referirse a la idea de la "tipicidad" como característica de la función que se eleva a causa del negocio jurídico; hablar de "tipicidad de los contratos" puede hacer creer que la asonancia de la palabra trae consigo un paralelismo de conceptos.

Otros aducen que el contrato que no tiene nombre depende a su vez del hecho de que el contrato no está sujeto a una disciplina propia. Esto ha llevado a MESSINEO<sup>(4)</sup> a decir que tener un nombre en el sistema de la ley no basta, por sí solo, para hacer de determinado contrato un contrato nominado, ya que hay numerosos contratos que, previstos pero no disciplinados por la ley, son innominados, en sentido técnico, y no ya nominados, por más que tengan un nombre en la ley.

Frente a esta posición se yergue la que sostiene que la distinción entre contratos típicos y atípicos no corresponde a la distinción romana entre contratos nominados e innominados. En el Derecho romano, la categoría de contratos innominados era admitida en la fase de formación del contrato. En el Derecho moderno la formación de los contratos típicos se justifica como aplicación de los principios de libertad de obligarse y de consensualismo<sup>(5)</sup>.

En la misma línea de pensamiento, OSSORIO<sup>(6)</sup> opina que la utilización del término contratos "innominados" para designar al gran número de convenciones que no encajan en ninguno de los tipos de contratos taxativamente regulados por el legislador, es imprecisa y puede inducir a error, pues muchos de estos contratos llegan a tener un nombre propio, no obstante lo cual siguen careciendo de una específica regulación legal, que es lo que caracteriza a los contratos típicos.

SPOTA<sup>(7)</sup>, comentando el artículo 1143 del Código civil argentino, que dice que "los contratos son nominados o innominados según la ley los designa o no bajo una denominación especial", afirma que la terminología empleada por el Código no es la que debemos usar, pues en la moderna doctrina ya no se habla de contratos nominados o innominados, sino de contratos típicos y contratos atípicos. Los contratos típicos son aquellos que encajan dentro de un "tipo legal", es decir, que ya tienen una regulación en la ley, que han sido precisados, disciplinados en cuanto a su contenido, sus efectos, sus exigencias formativas.

Sin dejar de reconocer el peso de las razones invocadas por los partidarios de la terminología de contratos nominados e innominados, creo que resulta más propio llamar "contrato nominado" al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y "contrato típico" a aquél que es regulado por el ordenamiento jurídico. Dentro de este razonamiento, tanto los "contratos típicos" como los "contratos atípicos", entendidos éstos como los que no tienen una disciplina legal propia, son también, por regla general, contratos nominados. En el curso de este trabajo se va a emplear, pues, la denominación de "contratos típicos" y "contratos atípicos", cuando se usa el criterio de la regulación.

### ***Definiciones.-***

El contrato típico puede ser definido, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, como aquel contrato que tiene una regulación legal propia que lo identifica respecto a los demás. Es, como dice GETE-ALONSO<sup>(8)</sup>, "la manera de ser" del contrato, en el sentido que "la ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y datos peculiares, y al conjunto, así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria".

Por contraposición, es contrato atípico el que, no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aun recepción legislativa mediante una disciplina particular. El contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad que les concede el artículo 1354 del Código civil, crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones.

Estos conceptos corresponden a la tipicidad legal o legislativa, pero puede existir también una tipicidad social, según se estudiará enseguida.

### ***Tipicidad legal y tipicidad social.-***

La tipicidad legal no puede generarse, al menos nunca lo ha sido, de manera espontánea. Es inadmisibles que el legislador considere, de pronto, que debe crear un contrato y lo regule en el ordenamiento legal, sin otro sustento que su convicción personal. La realidad es que la tipicidad legal se nutre de contratos creados por los particulares al margen de la ley, con características propias y distintas de los tipos legislativos.

Pero no es suficiente que se creen estos contratos en forma aislada, esporádica, sino además que posean una reiteración, frecuencia y uniformidad que determinen que la doctrina o la jurisprudencia los reconozcan como correspondientes a una realidad socio-económica.

Se atribuye a BETTI<sup>(9)</sup> el haber otorgado a los contratos que reúnen estas condiciones una tipicidad especial, que subentra en la tipicidad legislativa, la cual podría ser llamada "tipicidad social". De allí el concepto se difundió gracias, especialmente, a la labor de GRASSETTI<sup>(10)</sup>, CASTRO<sup>(11)</sup>, JORDANO<sup>(12)</sup>, GETE-ALONSO<sup>(13)</sup> y LAVALLE<sup>(14)</sup>.

La tipicidad social es, pues, el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, que encuentra su base en la costumbre, de contratos perfectamente identificables, que crean (regulan, modifican o extinguen) obligaciones especiales adecuadas a la finalidad de cada tipo de contrato, el cual determina que se apliquen reglas comunes a todos los contratos de un mismo tipo, aun cuando cada uno de estos contratos no contenga una regulación completa.

Así, por ejemplo, el contrato de *leasing* (arrendamiento financiero), antes de su reconocimiento legal en el Perú por el Decreto Legislativo No 212, era utilizado con bastante frecuencia, reconociéndosele naturaleza y efectos propios. Algo similar ha ocurrido con el contrato de tarjetas de crédito bancarias, hasta su regulación por la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros No 790 - 78 - EF/97 de 31 de octubre de 1978. Otros contratos igualmente utilizados e individualizados, como el de *joint-venture*, el de tarjetas de crédito no bancarias, el de *factoring*, el de *franchising*, no han recibido, en cambio, reconocimiento legal.

Los efectos de la tipicidad social son similares a los de la tipicidad legal. Basta que resulte claramente del contrato la voluntad de las partes de celebrar un contrato típico social, para que sean aplicables a dicho contrato las reglas propias que la doctrina y la jurisprudencia han reconocido a ese tipo contractual.

La tipicidad social es el preámbulo o antesala de la tipicidad legal pues, por regla general, la ley espera que un contrato determinado adquiera, a base de su reiteración y frecuencia, una difusión que merezca su incorporación a la contratación típica legal. En el caso del Código civil de 1984, ello ha ocurrido con los contratos de suministro, hospedaje, secuestro y compromiso arbitral (el compromiso arbitral, si bien estaba contemplado en el

Código de Procedimientos Civiles, no estaba regulado como figura contractual).

Es conveniente poner de manifiesto que los contratos típicos sociales son generalmente contratos nominados, pues las prácticas les otorga un nomen juris para distinguirlos de los otros tipos.

### **La atipicidad.-**

Se ha visto, conjugando lo expuesto en los sub-rubros "Definiciones" y "Tipicidad legal y tipicidad social" que, por contraposición al contrato típico, es contrato atípico el que carece de disciplina particular, tanto legal como social (doctrinaria o jurisprudencial).

Aplicando rígidamente este concepto, se llegaría a que sólo es contrato atípico aquél que se encuentra huérfano de toda regulación externa, de tal manera que todo el contenido y efectos contractuales no sólo son originales sino también completos. Esto determinaría, a su vez, que tal contrato, además de su disciplina propia, únicamente estaría regulado supletoriamente por las pautas de los contratos en general (artículo 1353 del Código civil).

Este es el que la doctrina<sup>(15)</sup> llama contrato atípico puro, o sea que no está influenciado por tipicidad alguna (legal o social). Estos contratos podrían ser calificados de autosuficientes.

En principio, los contratos atípicos puros, siempre que reúnan los requisitos necesarios para ser contratos (artículo 140 del Código civil), son tan obligatorios como los contratos típicos, pues les es plenamente aplicable la regla contenida en el artículo 1361 del Código civil. Esto es así por cuanto, como dice acertadamente MESSINEO<sup>(16)</sup>, en materia contractual impera un principio opuesto a aquél que rige para los derechos reales; no se impone el *numerus clausus*, sino, por el contrario, se concede *libertad de creación*.

Si bien es cierto que la inteligencia humana puede crear un contrato con características propias y absolutamente peculiares, de tal manera que no puede descartarse la existencia de con-

tratos atípicos puros, la tipicidad legal y la social no son secas, estériles, sino que, por el contrario, tienen tal riqueza que es difícil que no ofrezcan a los contratantes disciplinas total o parcialmente adecuadas a sus necesidades. Esto ha dado lugar, en la práctica, a que sea más fácil recurrir a determinadas reglas de un contrato típico para adaptarlas al contrato particular que las partes desean celebrar, que inventar nuevas reglas totalmente originales.

Por ello, dice SACCO<sup>(17)</sup> que el contrato atípico, al cual se aplican únicamente las reglas generales, no ha hecho aparición aún en un despacho judicial.

De otro lado, puede ocurrir que, por ignorancia o descuido de las partes, un contrato atípico no contenga todos los elementos necesarios para su debida aplicación, lo que obligará a buscar qué reglas de los contratos típicos son adecuadas para colmar la laguna.

La necesidad o utilidad de recurrir a las reglas de los contratos típicos ha determinado la existencia de contratos que, no siendo total o parcialmente típicos, se nutran de elementos de los contratos típicos legales o sociales. Estos contratos pueden ser llamados contratos atípicos híbridos, desde que no son totalmente típicos ni totalmente atípicos, sino que reúnen elementos de ambas categorías.

Sin embargo, no debe entenderse que la sola existencia en un contrato de ciertas reglas atípicas da lugar a que nos encontremos frente a un contrato atípico híbrido. Ocurre con frecuencia que se introducen en un contrato típico (legal o social) determinadas pautas que no son propias de ese contrato pero que no llegan a desnaturalizarlo como contrato típico, es decir no alteran o sustituyen sus elementos esenciales (*essentia negotii*)<sup>(18)</sup>. Por ejemplo, si mediante un contrato una parte se obliga a transferir a la otra la propiedad de un bien a cambio de títulos representativos de obligaciones dinerarias (que no fueran títulos-valores), podría decirse, con amplitud de criterio, que no se ha desnaturalizado el contrato de compraventa; mientras que si la obligación del adquirente constituye la prestación de un servicio, no hay duda que se trataría de un contrato atípico híbrido.

### ***Disciplina de los contratos atípicos híbridos.-***

La atipicidad híbrida puede presentarse bajo varias modalidades, según sea el grado de vinculación entre las reglas típicas y las atípicas de un contrato.

Siguiendo a DIEZ-PICAZO<sup>(19)</sup> los contratos atípicos que yo llamo híbridos pueden clasificarse en: *contratos mixtos*, *contratos coligados* y *contratos complejos*.

Son contratos *mixtos* aquéllos que, dentro de un único contrato, existen elementos propios de otros tipos de contratos. La categoría más usual del contrato mixto es el *contrato combinado*, en el cual uno de los contratantes se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a distintos contratos típicos, y el otro promete una prestación unitaria. Uno de los ejemplos clásicos del contrato combinado era, antes de la vigencia del Código civil de 1984 que lo incorporó como contrato típico, el contrato de hospedaje, en el cual existen elementos propios del contrato de arrendamiento (el uso de la habitación), de suministro ( la provisión de alimentos) y de depósito (la custodia del equipaje), a cambio de una sola prestación (el pago de la tarifa).

La clasificación de los contratos atípicos en "contratos mixtos" puede dar lugar a pensar que sólo los contratos atípicos pueden ser mixtos. PUIG BRUTAU<sup>(20)</sup> cita sobre el particular, al civilista español DUALDE, quien opina que "todos los contratos son mixtos, tanto los típicos como los atípicos", pues todos se componen de una mixtura de prestaciones que en un caso encuentra regulada por la ley y en el otro obedece a la creación de los contratantes.

*Contratos coligados* son los constituídos por la yuxtaposición de varios contratos, distintos entre sí, que se unen para alcanzar una finalidad determinada. Por ejemplo, el contrato de mutuo con constitución de garantía hipotecaria.

Se denominan *contratos complejos* o de *doble tipo* aquéllos en que el contenido total del contrato encaja en dos o más con-

tratos típicos, de tal manera que no hay una yuxtaposición de contratos típicos sino una fusión de los mismos, como ocurre en el caso de la cesión de uso de un departamento habitacional a cambio de servicios de portería.

También puede ocurrir, aunque este caso no está considerado por DIEZ-PICAZO, que en un contrato típico determinado se introduzcan elementos de carácter atípico, como sucedería si se cede el uso de un bien a cambio de la prestación de servicios turísticos, o de asesoría gerencial.

Tampoco debe descartarse la posibilidad de que un contrato atípico contemple no sólo las cuatro fórmulas tradicionales de *doy para que des*, *doy para que hagas*, *hago para que des* y *hago para que hagas*, sino también una nueva fórmula, más comprensiva, de *doy y hago para que des y hagas*<sup>(21)</sup>.

Estas diversas posibilidades pueden presentarse en base del principio de la libertad de contratación que permite a las partes vincularse obligatoriamente entre ellas de las maneras que más se compadezcan con sus intereses. El Código civil portugués de 1966 ha recogido muy acertadamente este principio al establecer en su artículo 405 que dentro de los límites de la ley, las partes tienen la facultad de fijar libremente el contenido de los contratos, celebrar contratos diferentes a los previstos en este código e incluir en éstos las cláusulas que deseen, agregando que pueden también reunir en el mismo contrato reglas de dos o más negocios, total o parcialmente regulados por la ley.

Sin embargo, el ejercicio del principio de la libertad contractual a través de las modalidades anteriormente indicadas da lugar a que surjan dos dudas.

Una primera relacionada con determinar si estamos en presencia de un solo contrato atípico híbrido o si se trata de varios contratos unidos entre sí. Tal como dice DIEZ-PICAZO, en los casos de los contratos mixtos y en el de los complejos hay suficientes elementos de juicio para pensar que se trata de contratos únicos, con variedad de prestaciones. La solución no es tan

fácil en el caso del contrato coligado, desde que, si bien existe una unidad de intereses, éstos pueden alcanzarse también mediante contratos separados, aunque sean contextuales. Discrepando de DIEZ-PICAZO, me inclino a pensar que se trata de contratos distintos, aunque su coexistencia obedezca a un propósito común y voluntariamente inseparable. El último caso habría que juzgarlo aplicando las mismas reglas de los tres casos anteriores, según el rol que jueguen entre sí las respectivas prestaciones.

La segunda duda recae en la disciplina normativa aplicable para resolver los conflictos que pueden presentarse en la interpretación y ejecución de los contratos atípicos híbridos, ya que la coexistencia de elementos propios de contratos diferentes no permite saber con certeza la regulación aplicable.

Para resolver esta cuestión la doctrina ha planteado dos soluciones: la *teoría de la absorción* y la *teoría de la combinación*.

La *teoría de la absorción* es la más antigua y parte de la base de que en un contrato atípico híbrido siempre habrá un elemento preponderante que absorbe a los secundarios y que, podría decirse así, los adecúa a su finalidad. Según la teoría que comentamos, debe buscarse la correspondencia de este elemento preponderante del contrato atípico con el elemento preponderante de un contrato típico y aplicar a todo el contrato atípico las reglas de este contrato típico. Por ejemplo, podría considerarse que en un contrato de hospedaje (cuando era atípico legal) el elemento preponderante es el arrendamiento del departamento habitacional, por lo cual se aplicaría a todo el contrato de hospedaje, no obstante su complejidad, las reglas del contrato de arrendamiento.

No tardó en percibirse que es difícil determinar cuál es el elemento determinante de un contrato atípico híbrido, pues en gran número de casos todos sus elementos juegan un rol orgánico para la obtención de una finalidad específica, que es propia del contrato atípico, lo que precisamente ha llevado a las partes a celebrar el contrato atípico y no a ceñirse simplemente a las reglas de un contrato típico.

En el mismo orden de ideas, la teoría de la absorción pondría a la sombra y restaría importancia a aquellos elementos, aunque sea secundarios, que dan al contrato atípico su rasgo característico<sup>(22)</sup>.

En un intento de superar los inconvenientes de la teoría de la absorción, se ha formulado la *teoría* de la *combinación*, según la cual el intérprete intentaría identificar los elementos propios del contrato innominado, haciendo, como dice MESSINEO, un "alfabeto contractual", y buscaría si estos elementos existen en uno o varios contratos típicos, hecho lo cual se aplicaría al elemento del contrato atípico la disciplina del respectivo elemento del contrato típico. Por ejemplo, en el citado caso del contrato atípico de hospedaje, se aplicaría a la cesión de uso del departamento habitacional la disciplina del contrato de arrendamiento, a la provisión de alimentos la disciplina del contrato de suministro y al cuidado del equipaje la disciplina del contrato de depósito.

Se dice que mediante esta teoría se obtendría una mayor flexibilidad pues se podría clasificar los elementos y hacer de ellos una combinación que permitiría alcanzar el resultado que se busca.

Si bien esta teoría constituye un avance con relación a la teoría de la absorción, no deja de presentar serias objeciones, pues no toma en consideración que el contrato no es una mera acumulación de elementos distintos entre sí, que juegan siempre el mismo rol, sino que todos estos elementos se reagrupan, perdiendo muchas veces su propia identidad o significación aislada, para integrarse, quizá con un rol diferente, en un contrato original que, precisamente por ser atípico, no busca ser una nueva versión del contrato típico.

DIEZ-PICAZO<sup>(23)</sup> piensa que la teoría de la combinación es aplicable a los llamados *contratos coligados*, por cuanto la yuxtaposición no hace perder a cada contrato su naturaleza jurídica, y a los *contratos mixtos* pues, aunque en ellos se crea una unidad orgánica, confluyen elementos pertenecientes a diferentes tipos contractuales; pero que la teoría de la absorción es

más apropiada para los *contratos complejos* y para todos aquellos contratos atípicos en que puede establecerse un elemento preponderante.

En cambio, MESSINEO<sup>(24)</sup> considera que puede aplicarse la solución ecléctica de acoger ambas teorías y seguir el criterio de emplearlas según las varias combinaciones de elementos, pero que, en el fondo, el único método seguro es *regresar al viejo, pero fecundo, principio de la analogía*.

Opina OSSORIO<sup>(25)</sup> que la dificultad de aplicar el criterio analógico es frecuentemente insuperable, sobre todo cuando el contrato atípico ofrece similitud con diversos contratos típicos, por lo cual sugiere que, sin perjuicio de manejar con tacto las tres teorías (la de la absorción, la de la combinación y la de la aplicación analógica), debe tenerse presente que el ordenamiento jurídico ofrece otros recursos a los cuales ha de acudir con carácter primordial para suplir la ausencia de normas legales taxativamente aplicables a los contratos atípicos, que, trasladados al Derecho civil peruano, son:

- Los principios generales del derecho (artículo VIII del Título Preliminar del Código civil);
- Las normas generales de contratación (artículo 1353 del Código civil);
- La voluntad de los contratantes (pone como ejemplo una norma similar a la contenida en el artículo 1531 del Código civil, según la cual, en el caso de que el precio de una transferencia se fije parte en dinero y parte en otro bien, se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes).

Creo que la posición de OSSORIO, pese a ser la menos precisa y colocar al intérprete en una situación de mayor incertidumbre, es la que, en el fondo, permite solucionar el problema con mayores probabilidades de acierto. Debe tenerse presente que, por lo mismo que nos encontramos en un campo, como es el de la

atipicidad, en el que la creatividad e imaginación de las partes son los ingredientes determinantes del contrato, la solución de contar con los mayores elementos de juicio para encontrar el verdadero sentido que se ha querido dar a cada uno de los elementos del contrato atípico es posiblemente el mejor camino.

Hay que tomar en consideración que en los contratos típicos el intérprete debe dar por cierto que el legislador los ha regulado ciñéndose a todos los principios que el ordenamiento jurídico respeta, por lo cual no tiene que preocuparse de comprobar la validez del contrato en cuanto a su finalidad. Ello no ocurre necesariamente en los contratos atípicos, en los cuales son las partes las que introducen los elementos que ellas consideran convenientes para velar por sus intereses particulares, los cuales pueden encontrarse reñidos con los intereses merecedores de tutela según dicho ordenamiento. Por ello, el artículo 1322 del Código civil italiano sólo admite que las partes puedan concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, cuando ellos vayan dirigidos a realizar tales intereses.

En los contratos atípicos (puros e híbridos) la labor del intérprete es, pues, más complicada que en los contratos típicos, ya que no sólo debe determinar las reglas aplicables a cada contrato sino también comprobar que mediante ellos se van a alcanzar intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico<sup>(\*)</sup>.

#### 4).- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.-

Siguiendo el ejemplo del Código NAPOLEON, muchos Códigos del siglo XIX (entre los que cabe citar, por su afinidad a nuestro sistema jurídico, el italiano de 1865, el argentino, el

---

(\*) En el Derecho peruano debe tenerse presente que, como se verá más adelante al comentar el artículo 1354 del Código civil, el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución dispone que los contratos (tanto los típicos como los atípicos) deben tener fin lícito.

chileno y los que se inspiraron en él) consignaron clasificaciones de los contratos, especialmente tratándose de los llamados contratos unilaterales y bilaterales, gratuitos y onerosos, conmutativos y aleatorios, formales y consensuales.

El Código civil peruano de 1984, siguiendo la línea de los Códigos modernos, se ha apartado de este camino y no contiene normas sobre la clasificación de los contratos.

Siendo el presente trabajo un comentario de la Sección Primera del Libro VII del Código civil, parecería que no debo intentar hacer una clasificación de los contratos. Sin embargo, considero que si no lo hiciera sería difícil, en algunos casos, saber efectivamente a qué contratos se aplican determinadas reglas de la parte general y, en otros más, comprender los cuestionamientos de la doctrina sobre la conveniencia de conservar ciertas distinciones entre contratos cuyos límites podrían haberse esfumado. Por otro lado, ante el surgimiento, cada vez más frecuente, de nuevas figuras contractuales, tanto típicas como atípicas, es conveniente saber en qué categorías quedan comprendidas para someterlas al régimen correspondiente.

Por ejemplo, si no se formula una clasificación contractual, ¿cómo saber a qué contratos se aplican la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de término, la resolución por incumplimiento y la teoría del riesgo? ¿cómo establecer si es posible que en un contrato determinado funcione la teoría de la imprevisión? ¿cómo determinar en qué contratos opera la rescisión por lesión? ¿cómo, en fin, distinguir la naturaleza de las obligaciones surgidas de un contrato?

Estos cuestionamientos ponen de manifiesto que es preciso establecer criterios para catalogar los contratos atendiendo a sus características, porque si bien el contrato en general es en sí una categoría abstracta, dentro de la cual caben todas las posibilidades contractuales, bajo este manto pueden celebrarse infinidad de órdenes (por no decir tipos, que tiene un significado diferente) de contratos, destinados a satisfacer necesidades diferentes y, en tal sentido, producir efectos también diferentes.

Tales consideraciones han llevado a casi todos los doctrinarios civiles a formular clasificaciones contractuales. Pero al lado de este común denominador se presentan evidentes discrepancias respecto a los sistemas o métodos de clasificación. Desde la primitiva división romana de contratos de *buena fe* y de *derecho estricto* hasta el moderno punto de vista *técnico-jurídico*, se han propuesto numerosos criterios de clasificación, tales como el de la *causa* (BARASSI), el de la *finalidad* (WINDSCHEID), el del rol *preparatorio, principal y accesorio* (SANCHEZ ROMAN), el del *objeto* (PLANIOL, GIORGI), el de la *función económica* (MESSINEO).

Conjugando estos criterios entre sí y con otros que se han ido desarrollando a base de ellos, propongo hacer la clasificación de los contratos de Derecho privado atendiendo a los siguientes conceptos (siendo entendido que el hecho de incluir una figura en un grupo determinado no excluye la posibilidad de su pertenencia a otro, ya que cada clasificación obedece a circunstancias dispares<sup>(26)</sup>):

### ***Por la prestación.-***

Tradicionalmente el criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en *unilaterales* y *bilaterales*.

Es contrato unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas.

No se va a estudiar a fondo ahora esta clasificación por cuanto no ha sido tomada en consideración por el Código civil de 1984, el cual, siguiendo el modelo del Código civil italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral. Por ello, el tema será tratado con toda amplitud al comentar el artículo 1426.

### ***Por la valoración.-***

Según este criterio, los contratos se clasifican en *onerosos* y *gratuitos*, llamados también a *título oneroso* y a *título gratuito*.

Una parte importante de la doctrina tradicional, inspirándose quizá en la definición del contrato de beneficencia dada por el artículo 1.105 del Código NAPOLEON, considera que la esencia de esta clasificación radica en los sacrificios o ventajas que sufren o reciben las partes.

Así se dice que es contrato oneroso aquél en que cada una de las partes sufre un sacrificio cuya contrapartida es una ventaja que recibe, a diferencia del contrato gratuito, en el cual sólo una de las partes recibe una ventaja y sólo la otra sufre un sacrificio, no existiendo contrapartidas a la ventaja y al sacrificio.

Sin embargo, estos conceptos de sacrificio y ventaja no calzan con el lenguaje jurídico contractual, pues los contratos, si bien pueden tener como efecto la obtención de una ventaja o la asunción de un sacrificio, ello es un propósito subjetivo que no es tomado en cuenta para determinar la naturaleza del contrato. En efecto, el objeto del contrato es crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones a cargo de una o ambas partes (suponiendo el contrato entre dos partes), cuyo contenido son las respectivas prestaciones. Puede no materializarse una ventaja sin que, por ello, el contrato pierda su calidad de oneroso o gratuito.

No es conveniente, por lo tanto, fijar el concepto de la onerosidad y de la gratuidad a base de las ventajas o sacrificios que reciben o sufren las partes, cuya existencia o magnitud es difícil de determinar, sino en razón de las obligaciones que asumen y de las prestaciones que deben ejecutar. De esta manera, es mucho más fácil conocer objetivamente cuando nos encontramos frente a un contrato oneroso o a uno gratuito.

Siguiendo esta línea de pensamiento puede decirse que es contrato oneroso aquél en que cada una de las partes tiene a su cargo una prestación (que puede ser a favor de la otra o de un

tercero), de tal manera que, en realidad, a la prestación de una parte corresponde una contraprestación de la otra. Tal como dice LACRUZ<sup>(27)</sup>, "para que el contrato tenga carácter oneroso no es preciso que se entrecrucen dos prestaciones simultáneas, sino que cada prestación tenga su correspondencia en otra".

En el contrato gratuito, en cambio, sólo una de las partes se obliga a ejecutar una prestación, sin derecho a una contraprestación<sup>(\*)</sup>.

Cabría objetar que por este camino se va a llegar a la confusión de los contratos onerosos y gratuitos con los contratos bilaterales y unilaterales, pues la tradicional diferencia entre ambos grupos radica, precisamente, en que los contratos gratuitos y onerosos se distinguen por crear ventajas (en favor de una o de ambas partes) y los contratos unilaterales y bilaterales por asumir prestaciones (a cargo de una o de ambas partes).

Sin embargo, como se estudiará con mayor detenimiento al comentar el artículo 1426 del Código civil, el criterio válido para establecer la disparidad entre los dos grupos es la reciprocidad, que juega un rol determinante en los contratos unilaterales y bilaterales y no así en los contratos gratuitos y onerosos. El uso de la prestación en vez de la ventaja para determinar la naturaleza de los contratos gratuitos y onerosos no atenta contra la esencia de estos contratos.

Como toda prestación tiene un valor patrimonial (recuérdese que el contrato crea una relación jurídica patrimonial), surge el problema de determinar si en el contrato oneroso debe existir una equivalencia de las prestaciones (deben ser de igual valor) o es permitida cierta desigualdad, querida por las partes, sin que se pierda el carácter oneroso del contrato.

---

(\*) Muy expresivo es el prólogo de la Quinta Partida de Alfonso el Sabio<sup>(28)</sup> que llama a estos contratos de gracia y amor.

Este problema no ha pasado desapercibido, por cierto, a la doctrina. Para resolverlo se ha hecho necesario adoptar una previa toma de posición, en el sentido de establecer si el carácter del contrato es único o no.

Afirman algunos<sup>(29)</sup> que un mismo contrato puede ser oneroso hasta cierta medida y gratuito por el resto, como ocurriría en el caso de la donación con cargo, que sería un contrato oneroso hasta la concurrencia del cargo y en lo demás se transforma en gratuito. Tal era el criterio del artículo 1352 del Código civil de 1936.

Consideran otros<sup>(30)</sup> que si bien la donación modal es un contrato fundamentalmente gratuito por cuanto el elemento oneroso no tiene la función de correlativo, existen otros casos, como el del contrato oneroso en el que una de las prestaciones sea reducida —con fines de liberalidad— a proporciones exiguas, eventualidad en la cual se constituye un contrato intermedio entre lo oneroso y lo gratuito.

Finalmente, hay quienes<sup>(31)</sup> estiman que el carácter del contrato es único: o es un contrato oneroso o es uno gratuito, rechazándose la posibilidad de que existan, en este aspecto, contratos mixtos, o sea contratos que sean onerosos hasta cierta medida y gratuitos por el resto.

Pienso, adhiriéndome a esta tercera posición, que la clasificación de contratos en onerosos y gratuitos es tajante, o se tiene un carácter o se tiene el otro, no cabiendo situaciones intermedias ni mixtas. Lo que puede ocurrir es que en un contrato, teniendo determinado carácter —gratuito u oneroso—, exista un cierto grado de onerosidad o gratuidad, sin que pierda por ello su carácter. Por ejemplo, en la donación modal hay un grado de onerosidad, constituido por el valor del cargo, que no da lugar a que el contrato deje de ser a título gratuito.

Creo que lo que determina el carácter oneroso de un contrato es la existencia de prestación y contraprestación, ambas en situación de principales, a cargo, respectivamente, de una

y otra parte, de tal manera que el contrato está articulado a base de ambas<sup>(\*)</sup>. Por el contrario, el contrato es gratuito cuando sólo existe una prestación principal a cargo de una de las partes, que tipifica el contrato, siendo irrelevante, para los efectos de la calificación, el que haya una contraprestación accesoria a cargo de la otra.

Por ello, los contratos de donación y comodato, que por definición son gratuitos, cambiarían de carácter si se estipulara una contraprestación principal a cargo del donatario o del comodatario, pues el contrato dejaría de ser de donación o comodato para convertirse en un contrato atípico oneroso.

Lo dicho no significa que un mismo tipo de contrato no pueda ser, en circunstancias alternativas, oneroso o gratuito, como ocurre en el caso del mutuo, que es oneroso cuando se pacta interés y gratuito cuando no, o en el del depósito, que tiene uno u otro carácter según sea remunerado o no. Debe tenerse presente que en ambos casos la contraprestación —el interés o la remuneración— tiene índole principal.

Esto es así porque el carácter gratuito u oneroso de un contrato puede ser esencial o natural. El carácter es esencial cuando es indispensable para la existencia del contrato, como, por ejemplo, la onerosidad en la compraventa y la gratuidad en la donación. No puede existir compraventa gratuita o donación onerosa.

En cambio, el carácter es natural cuando se entiende pertenecer al contrato, sin serle esencial, permitiendo el cambio voluntario de carácter sin modificarse la naturaleza del contrato. El mutuo es naturalmente oneroso, pero puede ser voluntariamente gratuito (si por convención no se abonan intereses) sin dejar de ser mutuo; el depósito es naturalmente gratuito, pero puede ser voluntariamente oneroso (mediante el pago convencional de una remuneración) sin dejar de ser depósito.

---

(\*) BIANCA<sup>(32)</sup> dice con acierto que "el contrato es a título oneroso cuando a la prestación principal de una parte corresponde una prestación principal a cargo de la otra".

Es necesario, al respecto, disipar las dudas que han surgido con motivo de que, según el Código civil de 1984, los contratos de mutuo, depósito y comodato han dejado de ser reales y, por consiguiente, unilaterales (como lo eran en el Código civil de 1936) para convertirse en consensuales. Se ha pensado que, dado que en las definiciones legales de estos contratos se habla de la obligación de entregar y de la obligación de devolver, la prestación y la contraprestación de dar, que son el contenido de estas obligaciones, tienen índole principal, lo que determinaría que dichos contratos, de acuerdo a la posición que definiendo, serían siempre onerosos.

Tal como lo he expresado en el rubro "Supresión de los contratos reales" del comentario al artículo 1352, el objeto principal de dichos contratos no es la entrega del bien sino la disponibilidad del mismo (mutuo), su uso (comodato) o su custodia (depósito), siendo simplemente la entrega el título que justifica la devolución del bien al término de la disponibilidad, del uso o de la custodia. En estas condiciones, lo que determina el carácter oneroso o gratuito del mutuo, el comodato y el depósito es, si frente a la obligación principal de permitir la disponibilidad, el uso o la custodia, existe una contraprestación también principal.

Esto se produce en el caso del mutuo oneroso (pago del interés) y en el depósito oneroso (pago de la remuneración), no así en el caso del comodato que, por ser esencialmente gratuito, no admite la ejecución de una contraprestación principal.

En todo caso, forzando la figura, existirían, por ejemplo en el caso del mutuo, dos obligaciones a cargo del mutuante, una la de entregar el bien y otra la de ceder la disponibilidad del mismo, y dos obligaciones del mutuuario, la de devolver otro bien y la de abonar intereses. Esto determinaría que el mutuo fuera siempre oneroso en cuanto a la obligación de entregar, que encuentra su correspondencia en la obligación de devolver; y oneroso o gratuito en cuanto a la obligación de ceder la disposición, que sólo tendría correspondencia (onerosidad) si se abonaran intereses.

Otro tema que ha despertado interés es el relativo al carácter oneroso o gratuito de las prestaciones de garantía. Los contratos que generan estas prestaciones han sido calificados de *incoloros* o *indiferentes* porque podrían ser calificados de onerosos o gratuitos según el punto de vista desde el cual se los mire<sup>(33)</sup>. Especialmente en lo relativo a la fianza, la mayoría de la doctrina que trata el tema opina que el contrato es, en principio, gratuito, pero que puede convertirse en oneroso si se pacta una remuneración a cargo del deudor o del acreedor, no siendo uniformes los pareceres sobre este último punto, pues algunos piensan que el contrato es oneroso si la remuneración la paga el acreedor y gratuito si la paga el deudor, mientras otros consideran que en ambos casos es oneroso.

Al respecto, debe tenerse presente que la fianza, según el artículo 1868 del Código civil es un contrato entre el fiador y el acreedor, de tal manera que este contrato será oneroso si el acreedor paga al fiador una remuneración por otorgar la fianza y será gratuito si no lo hace. Esto no es óbice para que en el caso de la fianza gratuita pueda existir un segundo contrato entre fiador y fiado, en virtud del cual éste se obligue a pagar una remuneración a aquél por celebrar el contrato de fianza y otorgarle, consecuentemente, su garantía.

Volviendo al tema del rol que juega la equivalencia de las prestaciones en el contrato oneroso, que ha motivado todo el desarrollo que precede, ARECHEDERRA<sup>(34)</sup> sostiene que en dicho contrato la equivalencia de las prestaciones puede ser establecida como regla, aunque aclara que el concepto de regla debe ser entendido no como norma legal sino como producto de la autonomía privada.

En estas condiciones, es necesario determinar cómo debe apreciarse la equivalencia de las prestaciones. Para ello, pueden tomarse en consideración dos aspectos o elementos, el objetivo y el subjetivo.

El aspecto objetivo es el que resulta del análisis exterior del contrato, o sea de la relación jurídica que crea y del valor de

las prestaciones que constituyen el contenido de dicha relación. Si de este análisis resulta que el valor de la prestación es equivalente al de la contraprestación, estamos incuestionablemente en presencia de un contrato oneroso.

Pero al lado del aspecto objetivo existe el aspecto subjetivo, que es el propósito de las partes de considerar como oneroso el contrato aun cuando no haya equivalencia de las prestaciones principales, siempre que entre ellas exista una situación de equilibrio que satisfice los intereses de las partes. Así, en una compraventa puede no coincidir el valor del bien con el importe del precio, no obstante lo cual las partes consideran que, por circunstancias afectivas o de otra índole, se satisfacen plenamente sus intereses.

Sin embargo, la distinción entre el aspecto objetivo y el subjetivo tiene importancia respecto a los intereses en juego. ARECHEDERRA<sup>(35)</sup> opina, con razón, que en la relación contractual considerada en su posible eficacia frente a terceros debe aplicarse un criterio objetivo para apreciar la onerosidad o gratuidad, mientras en la relación contractual "inter partes" el régimen de protección se dará a base de considerar la voluntad subjetiva de las partes respecto al carácter del contrato.

### ***Por el riesgo.-***

De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en *comutativos* y *aleatorios*.

Tradicionalmente se consideraba que el contrato comutativo era el contrato oneroso en el cual existía equivalencia entre las prestaciones. Ese es el sentido de la definición dada por el Diccionario de ESCRICHE<sup>(36)</sup>, influenciada, posiblemente, por el artículo 1964 del Código NAPOLEON, según el cual es comutativo el contrato cuando cada una de las partes se compromete a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que se da o se hace por ella.

Con el transcurso del tiempo se fue precisando la noción del contrato conmutativo, llegándose a la posición moderna de acuerdo con la cual "el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, al momento en que se celebrá, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja que puede correlativamente lograr"<sup>(37)</sup>.

Ya he expresado mis reservas a la utilización de los conceptos de "ventaja" y "sacrificio" para la clasificación de los contratos, por ser conceptos vinculados más bien a los efectos que pueden tener las obligaciones creadas por el contrato que a las características estructurales del mismo, que están organizadas alrededor de la obligación y de la prestación.

Por ello, me permito sugerir que se defina el contrato conmutativo como aquél en el que la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cual es el contenido de su prestación y el de la de la otra parte, si la hubiere.

Al lado opuesto del contrato conmutativo se encuentra el contrato aleatorio. Antes de intentar una definición del mismo, conviene estudiar los diversos alcances que la doctrina le ha dado.

Partiendo del concepto de que el contrato aleatorio es aquél en el cual la ventaja que las partes obtendrán del contrato no es apreciable en el momento de la perfección del mismo, porque ello depende de un acontecimiento incierto, la primera posición, sostenida, entre otros, por los MAZEAUD<sup>(38)</sup>, entiende que la nota característica de los contratos aleatorios está dada por la existencia de un azar (chance).

Al lado de esta posición puede constatar una nueva tendencia que identifica la nota característica y diferenciadora del contrato aleatorio en la incidencia que el evento incierto tenga sobre la existencia o sobre la determinación de una prestación<sup>(39)</sup>.

ALBALADEJO<sup>(40)</sup>, por su parte, se coloca en una tercera posición, de acuerdo con la cual el contrato es aleatorio cuando

las partes, al celebrarlo, asumen el riesgo de pérdida o de ganancia, bien sea mediante el establecimiento de una prestación no determinada concretamente o bien mediante el establecimiento de una prestación que se realizará o no eventualmente, según decida el azar (la suerte). Agrega ALBALADEJO que la indeterminación, o realización eventual, no tiene que alcanzar a ambas prestaciones, pudiendo afectar sólo a una, comprendiéndose que, aun en este caso, lo que es ganancia para una parte es pérdida para la otra.

Conjugando estos conceptos, el contrato aleatorio puede ser definido (siguiendo siempre el criterio de la prestación) como aquél en el que la existencia o la determinación del valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un factor incierto al momento de celebrarse el contrato, que puede alterar su contenido patrimonial. Este factor incierto es el riesgo o "alea" que ROGEL<sup>(41)</sup>, citando a BENAVENT, dice que equivale a buena o mala suerte, equivale a azar.

El azar se traduce, pues, en una particular y mayor incertidumbre sobre la existencia y sobre la medida de las prestaciones, que las partes desean conscientemente asumir, y que se ha tomado deliberadamente en consideración al momento de celebrarse el contrato para fijar las condiciones de éste. Si las partes no han percibido la existencia del azar, el contrato no es aleatorio aun cuando conlleve un azar.

En consecuencia, tal como dicen los MAZEAUD<sup>(42)</sup>, "sólo hay contrato aleatorio cuando las partes hayan querido correr un albur de ganar o perder, que hayan celebrado el contrato para correr ese albur".

Esto nos lleva a considerar que en todo contrato, sea conmutativo o aleatorio, puede existir un azar, pero hay que distinguir entre el azar en sentido técnico -que incide sobre la existencia y el contenido de la prestación- que es específico al contrato aleatorio, de la genérica "alea" económica -que radica en la variación de costo y valor de la prestación- que es propia de todo contrato de ejecución no inmediata<sup>(43)</sup>.

Cuando se trata de una aleatoriedad meramente económica, que deriva sea de la valuación de las partes, sea de las oscilaciones del mercado, y no de la estructura jurídica del contrato<sup>(44)</sup>, nos encontramos frente a la llamada "alea normal" del contrato, que es de cargo de cada uno de los contratantes cuando no supera los límites de la normalidad, la cual está sustraída a la disciplina propia de los contratos aleatorios.

En cambio, cuando se trata de un azar que es inherente a la estructura jurídica del contrato, en el sentido que éste se celebra tomándolo especialmente en consideración, aun cuando la ocurrencia del azar sea necesariamente extraña a la voluntad de las partes, entonces nos encontramos frente al azar específico de los contratos aleatorios. En otras palabras, se hace depender del azar, cualquiera que fuere la naturaleza de éste (física, jurídica), la existencia y cuantía de las prestaciones que constituyen el contenido de las obligaciones creadas por el contrato. De este azar específico tratan los artículos 1441 y 1447 del Código civil, bajo el nombre de "riesgo propio" del contrato aleatorio.

Resulta así que en un contrato aleatorio de duración, como por ejemplo el de renta vitalicia onerosa, puede existir el riesgo propio de este contrato, que es la duración de la vida del rentista, y a la vez el azar normal de los contratos onerosos, que está constituido por el equilibrio entre la prestación a cargo del rentista y el monto del capital que sirve de base para el cálculo de la renta.

Un tema que ha dado lugar a disparidad de criterios es el relacionado con la posición que ocupa la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios.

Gran parte de la doctrina (PLANIOL, MAZEAUD, PUIG BRUTAU, GOMES) la considera como una subdivisión de los contratos onerosos. Otros autores que admiten la clasificación de unilaterales y bilaterales (ALBALADEJO) la encuadran dentro de la categoría de los contratos bilaterales. Finalmente ciertos juris-

tas italianos(TORRENTE-SCHLESINGER, MESSINEO, BIANCA) la ubican como un carácter del contrato de prestaciones recíprocas.

Es cierto que MESSINEO<sup>(45)</sup> admite que el hecho de que el artículo 1872 del Código civil italiano prevea la posibilidad de la renta vitalicia constituida a título gratuito parece desmentir la tesis del contrato oneroso y también la del contrato de prestaciones recíprocas en cuanto la renta vitalicia gratuita es un contrato de una sola parte, pero agrega que la verdad es que estando regulada la renta vitalicia gratuita por las normas establecidas para la donación (el artículo 1872 del Código civil italiano dice que la renta vitalicia puede ser constituida también por donación), el carácter de aleatoriedad queda, cuando menos atenuado, si no francamente suprimido.

Este razonamiento de MESSINEO no puede aplicarse a nuestra realidad jurídica, pues el artículo 1924 del Código civil establece que la renta vitalicia puede constituirse a título oneroso o gratuito, por lo cual no es necesario recurrir al contrato de donación para constituir la renta vitalicia gratuita, sino que puede hacerse directamente mediante el contrato de renta vitalicia.

Dado que este contrato es esencialmente aleatorio<sup>(46)</sup>, no puede considerarse que en el régimen civil peruano los contratos conmutativos y aleatorios sean una sub-división del contrato oneroso o del contrato de prestaciones recíprocas, pues la renta vitalicia, siendo aleatoria, puede ser gratuita y, por ello, de prestación de una sola parte, lo que determina que la clasificación de contratos en conmutativos y aleatorios tenga carácter principal y no constituya una sub-clasificación.

Se ha afirmado repetidamente que en el contrato aleatorio el azar debe ser para ambos contratantes. Esta afirmación es correcta por cuanto, aun en los contratos aleatorios con prestación de una sola parte, como es el caso de la renta vitalicia gratuita o del sorteo gratuito, "el acontecimiento que aprovecha a uno de los contratantes, implica una pérdida para el otro; *no se concibe que el azar sea unilateral*"<sup>(47)</sup>.

Para terminar con el tema del contrato aleatorio, conviene diferenciarlo del contrato condicional, con el cual tiene cierta similitud por intervenir en ambos un azar.

A fin de percibir mejor la distinción debe tenerse presente que en el régimen civil peruano la condición no afecta la existencia del acto jurídico sino únicamente su eficacia, en el sentido que el acto jurídico, existiendo, no produce efectos hasta que se cumple la condición suspensiva o deja de producirlos cuando se cumple la condición resolutoria.

En el tema que examinamos, el contrato aleatorio es un contrato puro que es siempre eficaz, o sea produce sus efectos, con la única peculiaridad que la magnitud de estos efectos puede verse afectada por el azar específico del contrato, produciéndose un desequilibrio entre prestación y contraprestación. En el caso del contrato condicional, en cambio, la eficacia del contrato depende de la condición, pero el equilibrio contractual se mantiene, cúmplase o no la condición (por ejemplo, tratándose de una condición suspensiva, hasta que ésta no se cumpla no se ejecuta la prestación ni la contraprestación, pero si se cumple se ejecutan ambas, sin que, en una u otra hipótesis, se vea afectado el equilibrio del contrato)<sup>(48)</sup>.

Sin embargo, hay que reconocer, como dice MESSINEO<sup>(49)</sup>, una analogía entre el contrato aleatorio y el condicional, cuando el azar no consiste en deber más o menos, sino en deber o no deber.

### **Por la estructura.-**

Según este criterio, los contratos se clasifican en *simples* y *complejos*.

Es contrato *simple* aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial. Por ejemplo, la compraventa, que crea la obligación del vendedor de transferir la propiedad de una cosa y la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero.

En cambio, el contrato es *complejo* cuando agrupa varios

contratos distintos. Esta agrupación puede dar lugar, a su vez, a dos clases de contratos: los *contextuales* y los *vinculados*.

Son contratos *contextuales* los de forma escrita que, teniendo absoluta autonomía entre sí, figuran en un mismo documento. Por ejemplo, si en una sola escritura pública se celebran conjuntamente un contrato de constitución de sociedad anónima, uno de división y partición y uno de compraventa. Cada contrato, pese a esta agrupación física, sigue su suerte con entera independencia de los demás y queda sujeto a su propia disciplina jurídica, sin que las vicisitudes que ocurran a uno influyan en los otros.

Los contratos son *vinculados* cuando, conservando también su identidad propia, están unidos por algún vínculo de cualquier naturaleza (jurídico, económico, funcional, etc.), bien sea impuesto por el ordenamiento legal (vinculación necesaria) o bien por voluntad de las partes (vinculación voluntaria)<sup>(50)</sup>. Por ejemplo, un contrato de fianza está vinculado necesariamente a un contrato de comodato cuando garantiza la devolución del bien entregado al comodatario, desde que la ley le ha dado la calidad de accesorio, esto es que no puede existir si no existe el principal. En cambio, un contrato de constitución de sociedad anónima puede estar vinculado voluntariamente a un contrato de locación de servicios de gerencia, cuando las partes convienen en celebrar el segundo para la mejor ejecución del primero. En ambos casos, cada contrato materia de la vinculación queda regido por su propia disciplina jurídica, pero las vicisitudes de uno pueden afectar al otro. Así, la nulidad del comodato dará lugar a la invalidez de la fianza y la liquidación de la sociedad anónima dará lugar a la terminación del contrato de gerencia.

### **Por el área.-**

Esta clasificación obedece a concepciones tradicionales que dividían el Derecho privado en tres grandes campos, que eran el civil, el comercial y el de los derechos especiales. De acuerdo con ella, los contratos se clasifican en *civiles*, *comerciales* y *especiales*.

Son contratos civiles los que están regidos por el Código civil, tanto por estar disciplinados en él (contratos típicos civiles), como, no estándolo, por serles aplicables las disposiciones generales del contrato civil (contratos atípicos civiles).

Los contratos son *comerciales* cuando están regulados por el Código de comercio (contratos típicos comerciales). También lo son aquellos contratos atípicos que, por tener analogía o vinculación con los contratos típicos comerciales, quedan comprendidos en las disposiciones generales sobre los contratos de comercio (contratos atípicos comerciales).

Finalmente, son contratos especiales aquéllos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, la agricultura, la comunicación, las finanzas, etc. Estos contratos también pueden ser típicos (cuando están regulados legal o socialmente) o atípicos (cuando no lo están).

Respecto de estos contratos especiales, como usualmente las normas que los legislan no contienen disposiciones generales aplicables a todos ellos o a grupos de ellos, surge el problema de determinar si están comprendidos en las disposiciones generales de los contratos civiles o en las de los contratos de comercio. No es posible dar una regla precisa para esta determinación, por lo cual lo más prudente es recurrir a los principios de la analogía que, al fin y al cabo, es la regla de oro de la interpretación.

El problema que presentan los contratos atípicos respecto a los tres grupos de la clasificación que examinamos es poder determinar a cuales de dichos tres grupos pertenecen. Pienso que para ello son de aplicación las reglas mencionadas en el sub-rubro "Disciplina de los contratos atípicos híbridos" del rubro "Contratos nominados e innominados (típicos y atípicos)" de este comentario. Dado que no existe una diferenciación precisa entre estos tres grupos, pues los límites de los unos con los otros están muy esfumados, debido especialmente a la necesidad en que nos coloca la vida moderna de actuar indistintamente en la actividad civil, la comercial y las especiales, sin poder claramente distinguir en cual grupo nos encontramos, el intérprete debe ser muy cuidadoso

en estudiar la finalidad de cada contrato y las circunstancias en que se celebra, para la aplicación correcta de las citadas reglas.

Con relación a los contratos civiles y comerciales, antes de la dación del Código civil de 1984 se daba la posibilidad, que aún subsiste en algunos casos, de que un mismo tipo de contrato pudiera ser alternativamente considerado como civil o comercial.

Tales son los casos del contrato de compra-venta, que era comercial cuando recaía en cosas muebles para revenderlas, con ánimo de lucrar en la reventa, y era civil en los demás casos; del contrato de préstamo, que era comercial si alguno de los contratantes fuera comerciante o si las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio, y era civil en los demás casos; del contrato de depósito, que era mercantil si el depositario, al menos, fuera comerciante, si las cosas depositadas fueran objetos de comercio y si el depósito constituía por sí una operación comercial, y era civil en los demás casos; del contrato de fianza, que era comercial cuando tenía por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato comercial, y era civil en los demás casos; del contrato de prenda, que era comercial, y continúa siéndolo, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación de comercio, y es civil en los demás casos, salvo los contratos de prenda especiales (industrial, minera, agrícola, etc.); del contrato de mandato, que se reputa comisión mercantil cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante el comitente o el comisionista, y es civil en los demás casos; del contrato de transporte terrestre, que es mercantil cuando tenga por objeto efectos de comercio o sea comerciante el porteador, y es civil en los demás casos, etc.

Tratándose de los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, el artículo 2112 del Código civil establece que se rigen por las disposiciones de este Código, derogándose los pertinentes artículos del Código de comercio.

Surge la duda respecto a la situación actual de las disposiciones generales sobre los contratos de comercio contenidas en la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio. Estas disposiciones tienen reglas aplicables a los contratos comerciales que,

en algunos aspectos, difieren de las reglas contenidas en las disposiciones generales de los contratos civiles, tales como el sometimiento en primer lugar de los contratos mercantiles (en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción) a lo establecido en el Código de comercio, el valor relativo de las declaraciones testimoniales, la obligatoriedad relativa de los contratos celebrados por correspondencia telegráfica, el momento de formación del contrato, la interpretación a favor del deudor, el término para exigir las obligaciones, etc. Por otro lado, el artículo 1353 del Código civil establece, como se ha visto, que todos los contratos de derecho privado quedan sometidos a las reglas generales contenidas en la Sección Primera del Libro VII de este Código, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Dado que el Derecho comercial es una rama del Derecho privado, y refiriéndose el artículo 1353 del Código civil a los contratos de Derecho privado en general, sin prever excepción alguna respecto a la naturaleza de éstos, pienso que se ha producido una derogación tácita de la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio, tanto más cuanto que el artículo 1 del Título Preliminar del Código civil dispone que la derogación de una ley se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

Es evidente que si el Código civil establece que sus disposiciones generales sobre contratos son aplicables a todos los contratos de Derecho privado, existe no sólo incompatibilidad entre estas disposiciones y las de los contratos comerciales, que en los casos mencionados en el párrafo anterior difieren de aquéllas, sino también, y muy especialmente, la materia de las disposiciones generales sobre los contratos de comercio ha sido íntegramente regulada por las disposiciones generales de los contratos civiles, que son aplicables a todos los contratos de Derecho privado, de tal manera que todos estos contratos tienen ahora las mismas disposiciones generales.

Esto determina que no sólo sean ineficaces aquellas dispo-

siciones generales sobre los contratos de comercio que se opongan a las disposiciones generales de los contratos civiles, sino que la ineficacia abarca a toda la materia de las disposiciones generales de la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio, que ha quedado derogada tácitamente por el artículo 1353 del Código civil, en aplicación de la última parte del artículo I del Título Preliminar de este Código.

Debe tenerse presente, sobre el particular, que el artículo I del Título Preliminar del Código civil debe ser considerado como una norma que "no sólo tiene que ver con el Derecho civil propiamente dicho, y ni siquiera, con sólo el Derecho privado" sino que ha sido preparada para regir a todo el sistema jurídico<sup>(51)</sup>.

En consecuencia, debe considerarse que las disposiciones generales contenidas en la Sección Primera del Libro VII del Código civil rigen no sólo para los contratos mercantiles a que se refiere el artículo 2112 de este Código sino a todos los otros contratos mercantiles que aún continúan disciplinados por el Código de comercio, en sustitución de las disposiciones generales contenidas en la Sección Cuarta del Libro I del Código de comercio, que han devenido ineficaces.

Conviene tomar en consideración que la salvedad contenida en la última parte del artículo 1353 del Código civil se refiere únicamente a las reglas *particulares* de cada contrato, cualquiera que fuere la naturaleza de éste, de tal manera que no afecta el sometimiento de todos los contratos a las disposiciones generales sobre los contratos civiles, con esa única salvedad.

Dado el carácter de esta obra, que versa sobre los comentarios de los artículos que forman la Sección Primera del Libro VII del Código civil, no resulta pertinente tratar en ella sobre la unificación de los Derechos civil y mercantil, tema que he esbozado en otro trabajo<sup>(52)</sup>. Sólo debo agregar a lo allí dicho que el paso dado por el codificador de 1984, al unificar mediante el artículo 2112 los contratos civiles y comerciales de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza, aunque tímido, constituye un laudable primer esfuerzo para alcanzar esa unificación. En efecto, los con-

tratos unificados son, con la posible excepción de los contratos de sociedad y de seguro, los más utilizados en el tráfico privado, con lo cual se ha logrado no sólo aliviar la inquietud respecto a la naturaleza de muchas transacciones (en sentido lato) que diariamente celebramos, sino también reducir los casos en que, en un mismo contrato, una de las partes celebra un contrato civil y la otra parte un contrato comercial, con la consiguiente dificultad de establecer los efectos del contrato. Debe tenerse presente que, a diferencia del Código de comercio argentino, que establece que en estos casos todos los contrayentes quedan en principio sujetos a la regulación mercantil, nuestro ordenamiento legal no brinda solución al problema.

Otro esfuerzo de unificación, aunque de distinto cariz, se ha realizado con la Ley General de Sociedades (texto único concordado, según Decreto Supremo No 003-85-JUS, del Decreto Legislativo No 311), en la que, aun cuando conservando la diferencia entre sociedades mercantiles y sociedades civiles, se ha alcanzado regular ambas mediante un sólo Título Preliminar, que contiene las disposiciones generales comunes aplicables a ellas.

Pero quizá el logro más significativo en el campo de la unificación es, aunque al principio no lo haya advertido así, el alcanzado por el propio artículo 1353 del Código civil, pues al establecer que las disposiciones generales de los contratos civiles, que regulan los aspectos más importantes de la contratación, se aplican a todos los contratos de Derecho privado, ha determinado la unificación de toda esta área de manera muy efectiva. Piénsese que no sólo respecto de los principios generales y de la formación y objeto del contrato se ha producido la unificación, sino también que ahora es posible que hayan contratos preparatorios de contratos comerciales y especiales, que se apliquen a éstos las reglas de los contratos con prestaciones recíprocas, que pueda celebrarse la cesión de posición contractual en todos los contratos, que la excesiva onerosidad de la prestación o la lesión determinen la resolución o rescisión de los mismos, en fin, que todos los avances de la técnica jurídica recogidos en la Sección Primera del Libro VII del Código civil se plasmen en el campo de la contratación privada.

hasta llegar al ideal que anhelo fervorosamente de alcanzar la unificación de todo el Derecho privado a través de un solo Código.

### ***Por la autonomía.-***

De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en *principales, accesorios y derivados*.

Son contratos *principales* aquéllos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta (tales son, por ejemplo, la compraventa, el arrendamiento, el mutuo, la prestación de servicios). Basta con celebrar un contrato principal para que pueda alcanzarse el efecto querido por los contratantes, sin necesidad de ningún acto jurídico adicional.

En contraposición a los contratos principales se encuentran los *accesorios*, llamados también por la doctrina alemana<sup>(53)</sup> contratos *auxiliares*, que son los que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato. Se dice<sup>(54)</sup>, por eso, que entre el contrato principal y el accesorio existe una relación de causa a efecto, que es lo que explica el nexo de la accesoriedad. Los ejemplos más comunes de contratos accesorios son los contratos de garantía (fianza, prenda, etc.).

Pienso, sin embargo, que se incurre en imprecisión al decir que el contrato accesorio, especialmente el de garantía, depende del contrato principal, pues no es materia de la garantía el contrato principal sino alguna o algunas de las obligaciones creadas por éste. Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa puede garantizarse la obligación de pagar el precio, más no la de transferir la propiedad del bien; en un contrato de mutuo, puede garantizarse la obligación de devolver un bien de la misma especie, pero no la de pagar los intereses; en un contrato de arrendamiento, puede garantizarse la obligación de pagar la renta, más no la de devolver el bien.

Por otro lado, no es indispensable la existencia de un contrato principal para que pueda existir un contrato accesorio, ya que la obligación garantizada puede no provenir de un contrato sino de alguna otra fuente de las obligaciones.

Por ello, es quizá más propio decir que la obligación creada por un contrato accesorio es accesoria de la obligación principal creada por otro contrato, que se llama contrato principal, sin perjuicio de que también pueda ser obligación principal la creada por una fuente de las obligaciones distinta.

El efecto más importante de esta clasificación se encuentra en que mientras las obligaciones principales se extinguen por causas propias, las obligaciones accesorias se extinguen no sólo por sus propias causas sino también por extinción de la respectiva obligación principal. En otras palabras, la obligación accesoria no puede vivir sin la obligación principal, de tal manera que si ésta muere, muere con ella la obligación accesoria, aún cuando no se produzca una causal de extinción inherente a esta obligación.

ARIAS SCHREIBER<sup>(55)</sup> ubica en esta clasificación a los contratos *derivados*, que son los que se desprenden de otro contrato, poniendo como ejemplos el subarriendo y la subcontrata de obras. En realidad, la doctrina<sup>(56)</sup> considera que el subcontrato es el caso típico del contrato derivado, el cual, a su vez, es una especie del contrato dependiente.

A semejanza del contrato accesorio, el subcontrato requiere de la existencia de un contrato principal, con la particularidad que el contrato principal imprime sus características propias al subcontrato<sup>(57)</sup>, de manera tal que el subcontrato tiene siempre la misma naturaleza jurídica que el contrato principal u originario. Así, un contrato derivado del arrendamiento será siempre un subarrendamiento, un contrato derivado del mandato será siempre un submandato.

La subcontratación se presenta cuando el titular de una posición contractual en un contrato, prefiere contratar con un tercero para que éste ocupe efectivamente, de manera total o

parcial, una posición contractual semejante en otro contrato, que es derivada de la posición contractual original, sin que se extinga el contrato principal, de tal manera que el subcontratante es parte del primer contrato y del segundo<sup>(58)</sup>. Por ejemplo, el arrendatario que subarrenda atribuye los poderes de arrendatario al subarrendatario y pierde otro tanto de ellos, si bien frente al arrendador su posición contractual queda formalmente intacta<sup>(59)</sup>.

La igualdad de naturaleza jurídica da lugar a que el subcontratante ocupe en el subcontrato igual posición contractual a la ocupada por su contraparte en el contrato principal. En el ejemplo citado en el párrafo anterior, el subcontratante es simultáneamente el arrendatario del arrendamiento y el arrendador del subarrendamiento.

Consecuentemente, para la existencia de un subcontrato se requiere la preexistencia del contrato principal y la coexistencia de este contrato y del subcontrato, de tal manera que, a semejanza del contrato accesorio, la terminación del contrato principal da lugar a que termine también el subcontrato.

#### ***Por la formación.-***

De acuerdo al criterio del rubro, los contratos se clasifican en *consensuales*, *formales* y *reales*, según se formen por el mero consentimiento, se requiera además una formalidad especial o se necesite también la entrega de un bien.

Esta clasificación ha sido estudiada al comentar el artículo 1352 del Código civil, por lo cual me remito a lo ahí expresado.

#### ***Por la regulación.-***

Este criterio determina la clasificación de los contratos de *típicos* y *atípicos*.

Las características de estos contratos han sido desarrolladas en el rubro "Contratos nominados e innominados (típicos y atípicos)" del presente comentario, de tal manera que debe tenerse presente lo expuesto en ese lugar.

### ***Por la función.-***

Los contratos se clasifican, según este criterio, en *constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos*.

El tema ha sido materia de estudio en el rubro "Función del contrato" del comentario al artículo 1351 del Código civil, por lo cual hago la remisión correspondiente.

### ***Por el tiempo.-***

Siguiendo este criterio, los contratos se clasifican en de *ejecución inmediata, diferida e instantánea* y de *duración*.

LOPEZ de ZAVALIA<sup>(60)</sup> explica muy claramente la diferencia existente entre los contratos de ejecución inmediata y diferida, de un lado, y los de ejecución instantánea y de duración, del otro.

Al respecto formula dos preguntas. La primera es ¿cuándo debe comenzar la ejecución del contrato? y responde: inmediatamente (es el contrato de ejecución inmediata) o después (es el contrato de ejecución diferida). La segunda pregunta es ¿cuánto debe durar la ejecución del contrato? y responde: un solo momento (es el contrato de ejecución instantánea) o un lapso (es el contrato de duración).

Agrega LOPEZ de ZAVALIA, que los dos criterios son combinables, de tal manera que puede existir un contrato de ejecución inmediata que sea de duración (por ejemplo, el arrendamiento puro) o un contrato de ejecución diferida que sea de ejecución instantánea (por ejemplo, la compraventa al contado sujeta a plazo suspensivo).

Por otro lado, en una misma categoría de contrato (una compraventa) puede ocurrir que una de las prestaciones (la de transferir la propiedad del bien) sea de ejecución inmediata y la otra prestación (la de pagar el precio en dinero) sea de ejecución diferida o de duración.

Voy a analizar a continuación las características de cada uno de los contratos comprendidos en esta clasificación.

Es contrato de ejecución *inmediata*<sup>(\*)</sup> aquél cuyas prestaciones son exigibles desde el momento de su celebración. No existe solución de continuidad entre la conclusión del contrato y la ejecución de las prestaciones derivadas del mismo. Por ejemplo, en la compraventa simple el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato (artículo 1552 del C.c.) y el precio debe ser pagado al contado en el momento de la entrega del bien (artículo 1558 del C.c.).

El contrato es de ejecución *diferida* cuando, no obstante haber sido celebrado, el momento inicial de su ejecución es aplazado por un plazo determinado o indeterminado. En este aspecto coincide la doctrina.

La discrepancia surge respecto a la razón del aplazamiento. Opinan algunos<sup>(61)</sup> que ello se debe a la incorporación al contrato de la modalidad del plazo suspensivo, lo que determinaría que el momento inicial de ejecución de las prestaciones derivadas del contrato fuera postergado hasta una oportunidad posterior. Consideran otros<sup>(62)</sup> que el contrato de ejecución diferida no coincide con el contrato con término inicial, pues en este último caso está suspendida la *eficacia* del contrato, mientras que en el primero está suspendida la *ejecución* de las prestaciones inherentes al mismo.

---

(\*) Es curioso que un mismo autor (MESSINEO) opine, en una obra escrita en 1945<sup>(63)</sup>, que la antítesis del contrato de ejecución diferida es el contrato de ejecución inmediata, mientras que en otra obra escrita en 1968<sup>(64)</sup> opine que lo contrapuesto al contrato de ejecución diferida es el contrato de ejecución instantánea.

Pienso que la segunda posición es la correcta, pues hay que distinguir entre el plazo de eficacia y el plazo de ejercicio. En el caso del plazo de eficacia, el contrato es ineficaz —o sea que, pese a existir por haberse celebrado, no produce los efectos que le son propios— durante la vigencia del plazo suspensivo (por ejemplo, el comprador no está obligado a pagar el precio, pues esta obligación es efecto del contrato, hasta el vencimiento del plazo). En el caso del plazo de ejercicio, el contrato es eficaz desde su celebración —o sea crea la obligación que le es propia— pero se suspende la ejecución de la prestación en que ésta obligación consiste (en el mismo ejemplo, el comprador está obligado a pagar el precio, pero la ejecución de este pago no le es exigible durante la vigencia del plazo).

En el contrato sujeto a la modalidad del plazo suspensivo, este plazo es de eficacia. En el contrato de ejecución diferida, el plazo que se posterga es de ejercicio.

Debe tenerse presente que el contrato de ejecución diferida es un contrato que, por su naturaleza, puede ser de ejecución inmediata, pero en el cual las partes acuerdan aplazar su ejecución. Este aplazamiento debe tener su razón de ser en la satisfacción del interés de los contratantes, para quienes la ejecución del contrato en una oportunidad distinta de la convenida podría frustrar ese interés. Ello da lugar a que, como dice PINO<sup>(65)</sup>, no puede considerarse de ejecución diferida el contrato en el que la ejecución ha sido retrasada por fuerza mayor o por el hecho del deudor, porque en estos casos el tiempo es sufrido y no querido por las partes<sup>(\*)</sup>. En cambio, el contrato podría considerarse de ejecución diferida cuando, habiendo sido celebrado como de ejecución inmediata, las partes convienen sucesivamente en postergar su ejecución.

---

(\*) TARTAGLIA<sup>(66)</sup> hace referencia a una noción doctrinaria y jurisprudencial italiana que, en cambio, incluye en la categoría del contrato de ejecución diferida a aquél en que el diferimiento es causado por una temporal imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor.

Considera ARIAS SCHREIBER<sup>(67)</sup> que el plazo del contrato de ejecución diferida puede ser fijo o indeterminado. Entiendo esta afirmación en el sentido que el plazo será fijo cuando se estipula que el contrato debe ejecutarse en el momento del término inicial fijado (que bien puede depender del cumplimiento de una condición suspensiva) y que será indeterminado cuando deba ejecutarse en cualquier momento a partir de dicho término inicial.

Creo, en cambio, que no es posible que el plazo inicial sea indeterminado, o sea que el contrato puede ejecutarse en cualquier momento a partir de su celebración, pues la esencia del contrato de ejecución diferida es que las prestaciones no deban ejecutarse antes del término inicial fijado.

Respecto al contrato de ejecución *instantánea*, hay dos versiones del mismo. Según la primera, es aquél en que la prestación de cada parte es indivisible, se ejecuta de una sola vez. De acuerdo con la segunda versión, en el contrato de ejecución instantánea las prestaciones de ambas partes se ejecutan conjuntamente, con lo cual quedan cumplidas las obligaciones que forman la relación jurídica nacida del contrato (salvo las eventuales de saneamiento y similares, que pueden ser exigibles aun ejecutadas las prestaciones principales). Considero que la segunda versión es la que responde mejor al rol del contrato de ejecución inmediata, que es dejar totalmente agotado el contrato, como ocurre en la compra-venta simple, la permuta, la donación.

Desde luego, como se ha visto anteriormente, no existe inconveniente alguno para que para que un contrato de ejecución instantánea sea de ejecución diferida, en el sentido que si bien ambos contratantes deben ejecutar simultánea e íntegramente sus respectivas prestaciones, esta ejecución no deba hacerse al momento de celebrarse el contrato sino al momento del término inicial del contrato diferido.

La diferencia, pues, entre los contratos de ejecución inmediata y los de ejecución instantánea es que en los primeros las prestaciones se ejecutan inmediatamente después de su ce-

lebración y en los segundos las prestaciones se ejecutan simultáneamente, pudiendo, por lo tanto, ocurrir que los contratos de ejecución inmediata sean a la vez, aunque no necesariamente, de ejecución instantánea.

Surge la duda respecto a si es contrato de ejecución instantánea aquél en el que una de las prestaciones (por ejemplo, el pago del precio en la compraventa) convencionalmente se posterga en el tiempo o se fracciona en varios plazos sucesivos. SPOTA<sup>(68)</sup> y PINO<sup>(69)</sup> opinan que sí lo es, porque en "este caso la pluralidad de términos tiene carácter accidental y accesorio, y el contrato debe considerarse de ejecución instantánea, ya que la ejecución anticipada no se opondría al interés que las partes han querido regular con aquel contrato".

Podría objetarse a este planteamiento que la característica del contrato de ejecución instantánea es tanto que las prestaciones se ejecuten íntegramente cuanto que se ejecuten simultáneamente, de tal manera que si uno de estos requisitos no se cumple (en el caso que estudiamos, el de la simultaneidad) el contrato deja de ser de ejecución instantánea para pasar a ser uno de duración.

RUBINO<sup>(70)</sup> nos habla, con una expresión nueva en el lenguaje técnico-jurídico, del contrato de *ejecución prolongada*, que es una categoría intermedia entre los contratos de ejecución instantánea y los de duración. Pone como ejemplo el contrato de "appalto" (equivalente a nuestro contrato de obra), en el cual el interés del comitente es opuesto al que rige en los contratos de duración, ya que radica en recibir la obra completa a la brevedad posible (obligación de resultado), pero para llegar a este resultado la limitación de la capacidad laboral humana requiere de cierto tiempo. Aquí, el tiempo no incide en la ejecución de la prestación, o sea que ésta no tiene necesariamente que desarrollarse en el tiempo, como ocurre en el arrendamiento, sino que se requiere sólo para la obtención del resultado, que es un acto de ejecución inmediata (la obra se entrega íntegramente, como un solo todo, una vez terminada)<sup>(71)</sup>. No se trata, pues, de una necesidad jurídica de prolongar la ejecución sino de una necesidad práctica de hacerlo.

Pienso que si no es de la esencia del contrato el que la ejecución de una prestación se postergue necesariamente en el tiempo, como ocurre en los contratos de duración, y si, por otro lado, un contrato de ejecución instantánea puede ser de ejecución diferida, no hay inconveniente en que en un contrato que puede ser de ejecución instantánea se difiera convencionalmente una de las prestaciones. Sin embargo, debe tenerse presente que en el contrato de ejecución inmediata pero diferida se conserva la característica de la ejecución conjunta de ambas prestaciones (pues las dos quedan diferidas), lo cual no ocurre en el caso que sólo se postergue una prestación, pues la ejecución deja de ser conjunta y, consecuentemente, el contrato deja de ser de ejecución instantánea, sin llegar a convertirse en uno de duración. Considero, pues, que la solución dada por RUBINO es la que más se acerca a la realidad, aunque comprendo que el tema es muy debatible.

El contrato es de *duración*, cuando las prestaciones que surgen de él tienen que ejecutarse necesariamente en el discorrir del tiempo, entendiéndose esto como que las prestaciones, por su naturaleza, no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente. Se dice, por ello, que en el contrato de duración la esencia del contrato es prolongarse en el tiempo, pues esta prolongación es lo que permite alcanzar su finalidad. Por ejemplo, una de las modalidades del contrato de comodato es que el comodante se obligue a permitir que el comodatario use el bien "por cierto tiempo", de tal manera que la prestación en que su obligación sólo se ejecuta adecuadamente cuando se prolonga por ese "cierto tiempo". Igual ocurre con el contrato de arrendamiento, el de suministro, el de depósito.

Se ha dicho<sup>(72)</sup>, con singular claridad, que en el contrato de duración el tiempo (entendido como la distribución de la ejecución en un lapso) no sirve para determinar el momento de la ejecución de la prestación, sino que es un elemento por el que se determina la cantidad de la prestación, por lo cual la "duración no es tolerada por las partes sino que es querida por ellas".

Debe tenerse muy presente que solamente hay contratos

de duración por *su propia naturaleza*, de tal manera que las partes no pueden convertir convencionalmente en contrato de duración (mediante la prórroga en la ejecución de sus prestaciones) un contrato que por su naturaleza es de ejecución inmediata<sup>(73)</sup>.

También es preciso destacar que si bien en el contrato de duración una prestación se fracciona en el tiempo, para que pueda ser ejecutada periódicamente, este fraccionamiento no da lugar a que la respectiva obligación también se fraccione. La obligación es única; se fraccionan las prestaciones<sup>(74)</sup>.

A semejanza de los contratos de ejecución instantánea, los contratos de duración pueden ser de ejecución inmediata (cuando la prestación comienza a ejecutarse a partir de la celebración del contrato) o de ejecución diferida (cuando se posterga el momento de iniciación de la ejecución).

Los contratos de duración se sub-dividen en contratos de *ejecución continuada* y de *ejecución periódica*.

Es contrato de *ejecución continuada* aquél en que la obligación contractual da lugar a una prestación (que generalmente es de hacer, aunque puede también ser de no hacer) que, siendo una sola, se ejecuta ininterrumpidamente durante todo el plazo del contrato, por estar destinada a satisfacer una necesidad duradera y continuada. En otras palabras, si se trata de una prestación de hacer, el deudor debe hacer constantemente, sin solución de continuidad, mientras esté vigente la respectiva obligación. Tal ocurre, por ejemplo, en la prestación de ceder el uso del bien que debe ejecutar el arrendatario en el contrato de arrendamiento, o en la prestación de custodiar el bien que debe ejecutar el depositario en el contrato de depósito.

En cambio, el contrato es de *ejecución periódica*, llamado también de *tracto sucesivo*, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente —de un modo fraccionado con una

cierta *distantia temporis* una de la otra<sup>(75)</sup>- durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. Esto quiere decir que, en el caso de las prestaciones de hacer, el deudor debe hacer lo mismo repetidamente, mientras esté vigente la obligación. Se da como ejemplo del contrato de ejecución escalonada una de las modalidades del suministro, en virtud de la cual el suministrador se obliga a ejecutar prestaciones escalonadas de bienes. Parte de la doctrina<sup>(76)</sup> considera que el contrato es también de ejecución periódica cuando las prestaciones son intermitentes en vez de periódicas.

Usualmente en los contratos de ejecución periódica las contraprestaciones deben hacerse en la misma manera que las prestaciones, o sea también periódicas, correspondiendo a cada prestación una contraprestación, como ocurre en el suministro periódico (artículo 1608 del C.c.). Sin embargo, hay contratos en que la prestación puede ejecutarse periódicamente y la respectiva contraprestación en forma continuada, o viceversa, como ocurre en el contrato de arrendamiento en el que la prestación a cargo del arrendador (ceder temporalmente el uso del bien) es de ejecución continuada (inciso 1. del artículo 1680 del C.c.) y la prestación a cargo del arrendatario (pagar la renta convenida) es de ejecución periódica (inciso 2. del artículo 1681 del C.C.).

Los contratos de duración también se sub-dividen en contratos de *duración determinada*, de *duración determinable* y de *duración indeterminada*.

Es contrato de *duración determinada*, llamada también a *plazo fijo*, aquél en el cual sus términos inicial y final son establecidos con exactitud. Esto puede hacerse bien sea indicando una fecha de iniciación y otra determinación (desde el 1o de enero al 31 de diciembre de un año determinado) o bien señalando un plazo, a partir de determinado momento, durante el cual el contrato estará vigente (durante dos meses a partir del 1o de enero de un año determinado).

El contrato es de *duración determinable* cuando, sin ser de

duración determinada, su vigencia está referida a un evento cierto que permite establecer automáticamente, o sea sin necesidad de una nueva declaración de voluntad, la duración del contrato (por ejemplo, un contrato de arrendamiento que regirá durante todo el tiempo en que un funcionario ocupe determinado cargo). La duración determinable puede llegar a ser un elemento esencial de un contrato cuando éste se tipifica por estar sujeta su vigencia a un evento que se producirá necesariamente, como ocurre en el contrato de renta vitalicia.

El contrato es de *duración indeterminada* cuando, teniendo término inicial, no se ha fijado término final, de tal manera que sus prestaciones continuarán vigentes hasta que se haga una nueva declaración de voluntad o se imposibilite la ejecución de sus prestaciones.

#### ***Por los sujetos obligados.-***

De conformidad con este criterio, los contratos se clasifican en *individuales* y *colectivos*.

En el contrato *individual* las obligaciones creadas (reguladas, modificadas o extinguidas) por él afectan únicamente a las partes que celebran el contrato. Constituye la aplicación plena del principio de la relatividad contractual consagrado por la primera parte del artículo 1363 del Código civil, según el cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan.

El tema del contrato *colectivo* es sumamente complejo. La doctrina mira con mucho escepticismo un contrato, como éste, en el que se busca crear obligaciones no sólo a cargo de las personas que lo celebran sino también a cargo de otras que no han intervenido en él.

La principal dificultad es la de determinar la verdadera naturaleza jurídica de estos contratos, que parecen escapar de toda disciplina conocida. Para abordar este problema, conviene revisar los principales contratos a los que se incluye en la clasificación de contratos colectivos.

La figura más antigua es la del llamado "concordato", que juega su rol en el Derecho concursal. Entre nosotros esta figura está plasmada en el artículo 194 de la Ley Procesal de Quiebras, según el cual será válido el convenio extrajudicial de liquidación, aprobado por el deudor y por la mitad más uno de los acreedores que representen por lo menos cuatro quintas partes del monto total de los créditos, siempre que se celebren con intervención de la Cámara de Comercio establecida en el lugar del domicilio del deudor, o de la Superintendencia de Banca y Seguros o del Banco Central de Reserva del Perú.

En un momento pensé que la teoría que explica mejor la naturaleza jurídica de este convenio extrajudicial es que las obligaciones que emanan de él tienen un doble origen: de carácter contractual para el deudor y los acreedores que intervienen en el convenio; y de carácter legal para los acreedores ajenos al mismo.

Después, meditando más me he formado la opinión de que se trata de una excepción legal a la regla contenida en el artículo 1363 del Código civil, según la cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan. En virtud de esta excepción, el legislador ha establecido que los contratos de liquidación extrajudicial producen efectos también entre los acreedores que no los han otorgado.

Otra figura es la del "contrato sindical" que es el celebrado entre el patrono y el sindicato de base, el cual tiene la representación de sus afiliados. En realidad, no se trata propiamente de un contrato colectivo sino de uno individual, desde que las obligaciones que pacta el sindicato recaen en la esfera jurídica de sus afiliados por ser éste un efecto propio de la institución de la representación.

La discusión más interesante versa alrededor del denominado "convenio colectivo de trabajo", cuya singularidad es que el acuerdo convencional celebrado entre uno o más empresarios y uno o más grupos de trabajadores pertenecientes a un mismo sector económico puede llegar a imponer obligaciones y a confe-

rir derechos a patronos y trabajadores pertenecientes al gremio respectivo, a pesar que no hayan intervenido en su celebración<sup>(77)</sup>.

Al principio se trató de solucionar el problema de la naturaleza jurídica de estos convenios recurriendo a los principios del Derecho civil y, dentro de esta línea, se intentó encontrar el fundamento del convenio en las figuras del contrato preparatorio, del mandato, del contrato por adhesión, del contrato a favor de tercero, de la gestión de negocios, etc.

CABANELLAS<sup>(78)</sup> nos relata con gran claridad las razones del fracaso de este intento y el surgimiento de nuevas teorías de transición que, sin abandonar su fundamentación en el Derecho civil, agregan modalidades nuevas que las apartan de dicho Derecho. Tales son las teorías del uso profesional o costumbre industrial, de la representación legal, del pacto social, de la solidaridad necesaria y la del poder de negociación y el poder estatal.

Como evolución de las teorías de transición se presentan las teorías jurídicosociales que abandonan el campo del Derecho privado para incursionar en el del Derecho público. Entre estas teorías destacan la sindicalista integral, la normativista, la corporativista, la de catalogación institucional y la de la ley delegada, acuerdo-ley y acto-regla.

En una posición mixta entre los Derechos público y privado, aunque con diversos matices, se encuentran las concepciones defendidas por PEREZ BOTIJA, por CARNELUTTI y por KROTOSCHIN.

El gran laboralista argentino a quien estoy siguiendo opta, entre esta gama de posiciones, por las teorías normativistas, que otorgan a las convenciones colectivas de trabajo el carácter de verdaderas leyes, con naturaleza igual a las que rigen por dictarlas el Poder legislativo o el ejecutivo. Agrega CABANELLAS<sup>(79)</sup> que "la interpretación contractualista ha sido superada por la presencia de grupos sociales en los que el Estado delega facultades para regir las relaciones de orden laboral y por la homo-

logación de los acuerdos logrados, que le conceden carácter de normas generales, con fuerza obligatoria para todos aquellos que se encuentran comprendidos dentro del área de aplicación”.

Entre los privatistas, pese a la gran diversidad de criterios, priman actualmente dos concepciones: la del contrato normativo y la de la tutela colectiva por el sindicato.

Según la tesis del contrato normativo, defendida principalmente por MESSINEO<sup>(80)</sup>, este contrato (cuya naturaleza será estudiada con mayor detenimiento del comentar el artículo 1390 del Código civil) trasciende la definición del artículo 1321 del Código civil italiano (similar a la contenida en el artículo 1351 de nuestro Código civil) pues constituye una fuente de producción de normas jurídicas, que son aplicables a una serie homogénea de futuros contratos que van a ser estipulados para sujetarse al contrato normativo. El efecto de este contrato consiste en hacer obligatoria, para los futuros contratantes, la observancia del esquema predisposto en él.

Aplicando el concepto del contrato normativo al convenio colectivo de trabajo, dice MESSINEO que mediante la eficacia legal que le ha sido conferida el convenio colectivo disciplina, no directamente las relaciones surgidas entre el patrono y el trabajador que son materia de los contratos individuales de trabajo, sino las cláusulas generales que tienen por objeto las llamadas “condiciones de trabajo”, cuya inserción en cada contrato individual es obligatoria.

Refiriéndose al artículo 2077 del Código civil italiano, que establece que los contratos individuales de trabajo entre los pertenecientes a las categorías a las cuales se refiere el contrato colectivo deben ajustarse a las disposiciones de éste, dice CARRESI<sup>(81)</sup> que la eficacia vinculante del contrato colectivo se funda en el doble presupuesto del ejercicio de la autonomía “colectiva” de parte de la organización sindical y del ejercicio de la autonomía “individual” de parte del trabajador adherente.

El planteamiento de la tutela colectiva por el sindicato, de-

fendido por BIANCA<sup>(82)</sup>, descansa en la función protectora que el ordenamiento legal confiere al sindicato, lo que determina que tenga competencia para tutelar los intereses profesionales de los trabajadores. Las partes de los contratos individuales de trabajo aceptan esta tutela inscribiéndose en el sindicato.

En nuestro ordenamiento legal, el artículo 51 de la Constitución reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa, agregando que nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo. Por otro lado, el artículo 54 de la misma Carta establece que las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley entre las partes.

Obsérvese que la Constitución peruana, por un lado, niega la sindicalización automática, esto es que los trabajadores, por el hecho de serlo, formen parte del sindicato correspondiente a su actividad profesional. Por otro lado, no reconoce a los convenios colectivos el carácter de leyes, como lo hacen las teorías normativistas, sino que, sin desconocer su carácter contractual (no son leyes), otorga a sus efectos fuerza de ley (obligatoriedad), aclarando que estos efectos se producen entre las partes del convenio (empleador y miembros del sindicato signatario).

Conjugando estas disposiciones, puede aceptarse que el régimen legal peruano está organizado a base de la obligatoriedad de los convenios colectivos para los trabajadores sindicalizados, o sea que acepta la tesis tutelar propugnada por BIANCA.

### ***Por la formación.-***

Este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo una gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de *negociación previa* y *contratos de adhesión*.

Dado que el Código civil regula con detalle el contrato de adhesión en su artículo 1390 y siguientes, esta clasificación será estudiada al comentar dicho artículo.

### **Por el rol económico.-**

Dentro de este criterio se agrupan una serie considerable de contratos que no tienen mayor vinculación entre sí.

Contratos de *cambio* son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de *doy para que des*, *doy para que hagas*, *hago para que des* y *hago para que hagas*, a la que puede agregarse la más moderna de *doy y hago para que des y hagas*, a través de las cuales se materializan los contratos más usuales del tráfico actual, como los de compraventa, permuta, locación de servicios, arrendamiento, etc. También están comprendidos en la clasificación los contratos mediante los cuales circula la riqueza mediante el simple cambio, sin necesidad del intercambio, como ocurre en el caso de la donación.

Son contratos de *colaboración* o de *cooperación* los que están orientados a facilitar la obtención de un fin determinado, mediante una participación en la actividad destinada a alcanzar dicho fin. Tales son el mandato, la comisión, el corretaje, la edición.

Finalidad similar, tan es así que algunos autores<sup>(83)</sup> los clasifican entre los contratos de colaboración, tienen los contratos *asociativos*, cuya característica es que los contratantes persiguen un fin común, como ocurre en los contratos de sociedad, de asociación, de sindicación de acciones, de asociación en participación. Pienso que la diferencia entre unos y otros radica en que en los primeros uno de los contratantes es el que persigue el fin y el otro ayuda a obtener el fin querido por el primero, mientras que en los contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos.

Los contratos de *prevención* o de *previsión* son aquéllos, que como su nombre lo indica, están orientados a prevenir un riesgo, a tomar las precauciones para que este riesgo tenga las consecuencias menos adversas posibles. En esta situación se encuentra el contrato de seguro, el de renta vitalicia, el de capitalización, todos los cuales, como se ve, tienen carácter aleatorio.

Son contratos de *custodia*, también llamados de *conservación*, los que tienen por finalidad adoptar medidas de seguridad para la conservación de un bien. Son ejemplos de esta clase de contratos el depósito, el secuestro, el de cajas de seguridad.

Los contratos de *crédito* están basados en la confianza. Por ello, no sólo son contratos de crédito el mutuo, el crédito documentario, el descuento, la apertura de crédito en cuenta corriente, es decir contratos de carácter financiero en los que está en juego la solvencia económica del deudor, sino también aquellos otros en que el factor confianza es asimismo determinante en el sentido de honorabilidad, de honradez, tales como el mandato, el depósito, el secuestro.

Los contratos son de *garantía* cuando están destinados a asegurar el cumplimiento de una obligación, por lo cual son siempre accesorios, ya que requieren la existencia previa de una obligación que sea susceptible de garantía. Ya se ha visto, al estudiar la categoría de los contratos accesorios, que juegan este rol la fianza, con carácter de garantía personal, y la prenda y la anticresis, con carácter de garantías reales. Se ha descartado la hipoteca por cuanto, dada su función constitutiva de un derecho real, no tiene la calidad de contrato (los contratos constituyen sólo obligaciones) sino la de convención, que sí tiene aptitud jurídica de tener efectos reales.

Son contratos de *goce* los que están orientados a permitir que el acreedor disfrute de un bien, sin tener la disponibilidad del mismo. Están en tal condición los contratos de arrendamiento, de comodato, de usufructo. Debe tenerse presente que en el contrato de depósito de bienes no consumibles, cuando el depositante permite que el depositario use el bien, el contrato se convierte en comodato (artículo 1829 del Código civil).

Los contratos son de *liquidación* cuando tienen por finalidad eliminar una situación dada, tales como los de partición y de transacción. Debe observarse que en el campo mercantil el acuerdo de liquidación de una sociedad no tiene la calidad de contrato sino de acto colectivo.

Son contratos de *disposición* los que están destinados a justificar la disminución del capital del patrimonio de una persona. En contraposición, los contratos son de *administración* cuando tienen por objeto las rentas o frutos de los bienes, sin alterar su naturaleza ni su destino<sup>(84)</sup>.

Algunos autores consideran la existencia de los contratos de *restitución*, entendiendo por tales a los que obligan al que recibe un bien a devolverlo cuando termina la finalidad temporal de la entrega. En realidad, como se ha visto en el rubro "Supresión de los contratos reales" del comentario al artículo 1352, la devolución del bien en los contratos de arrendamiento, depósito, comodato, que son los que se ponen como ejemplos de contratos de restitución, no constituye la obligación principal de dichos contratos, sino únicamente una consecuencia de haber terminado la finalidad principal de los mismos, que es el uso o la custodia del bien.

#### BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1353:

- (1) MESTRE, Jacques, "L'évolution du contrat en Droit privé français" en "L'évolution contemporaine du Droit des contrats", Presses Universitaires de France, París, 1986, pág. 44.
- (2) COSTANZA, Maria, "Il contratto atipico", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág. 1.
- (3) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", Unione Tipografico- Editorice Torinese, Torino, 1975, pág. 803.
- (4) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 378.
- (5) GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 110.
- (6) OSSORIO MORALES, Juan, "Lecciones de Derecho civil - Obligaciones y contratos", Editorial COMARES, Granada, 1985, pág. 195.
- (7) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen I, pág. 198.
- (8) GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, "Estructura y función del tipo contractual", Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1979, pág. 15.

- (9) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 153; "Teoría general de las obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, Tomo II, pág. 68.
- (10) GRASETTI, Cesare, "L'interpretazione del negozio giuridico", CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1983, pág. 167.
- (11) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 207.
- (12) JORDANO BAREA, Juan B., "Los contratos atípicos" en Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1953, pág.62.
- (13) GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, op. cit., pág. 21. (8)
- (14) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, Tomo 5, pág. 738.
- (15) Loc. cit.
- (16) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 708.
- (17) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 805. (3)
- (18) OSSORIO MORALES, Juan, op. cit., pág. 197. (6)
- (19) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1976, Volumen I, pág. 242.

- (20) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 410.
- (21) LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Elementos de Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1987, Volumen II, pág. 248.
- (22) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 397. (4)
- (23) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Volumen I, pág. 246. (19)
- (24) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 714. (16)
- (25) OSSORIO MORALES, Juan, op. cit., pág. 200. (6)
- (26) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, "Derecho civil", Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1981, Tomo II, pág. 31.
- (27) LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Manual de Derecho civil", Librería BOSCH, Barcelona, 1979, pág. 639.
- (28) "Las Siete Partidas del muy noble Rey don Alfonso el Sabio", glosadas por el Lic. Gregorio LOPEZ. Compañía General de Impresiones y Libreros del Reino, Madrid, 1844, Tomo II, pág. 651.
- (29) SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 150. (7)
- (30) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 768. (16)
- (31) SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 39; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946. Tomo VI, pág. 53.
- (32) BIANCA, C., Massimo, "Diritto civile - Il contratto", Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1984, Tomo III, pág. 466.

- (33) LAVALLE COBO, Jorge E., op. cit., Tomo 5, pág. 730. (14)
- (34) ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual", Editorial Montecorvo, Madrid, 1978, pág. 289.
- (35) IBIDEM, pág. 59.
- (36) ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Editores, Madrid, 1847, Tomo I, pág. 594.
- (37) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 62.
- (38) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Volumen I, pág. 117.
- (39) ROGEL VIDE, Carlos, "La compraventa de cosa futura", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 100.
- (40) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Volumen I, pág. 350.
- (41) ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 102. (39)
- (42) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte Segunda, Volumen I, pág. 118. (38)
- (43) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 777. (16)
- (44) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", UTET, Turin, 1977, pág. 88.
- (45) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 773. (16)

- (46) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia REVOREDO de DEBACKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, pág. 703.
- (47) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte Segunda, Volumen I, pág.118. (38)
- (48) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 351. (40)
- (49) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 425. (4)
- (50) MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 274.
- (51) RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Biblioteca para leer el Código civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, págs. 15 y 20.
- (52) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 21.
- (53) HEDEMANN, J. W., "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo III, pág. 469.
- (54) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 69.
- (55) ARIAS SCHREIBER, Max, op. cit., pág. 52. (37)
- (56) BAEZA CAMPOS, María del Pilar, "La subcontratación", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, pág. 12.
- (57) NERET, Jean, "Le sous-contrat", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979, pág. 9.
- (58) BAEZA CAMPOS, María del Pilar, op. cit., pág. 14. (56)

- (59) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág.248. (4)
- (60) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 66. (54)
- (61) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 77; SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 214. (7)
- (62) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 783. (16)
- (63) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 429. (4)
- (64) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 783. (16)
- (65) PINO, Augusto, "La excesiva onerosidad de la prestación", J. M. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 63.
- (66) TARTAGLIA, Paolo, "Eccessiva onerosità ed appalto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1983, pág. 37.
- (67) ARIAS SCHREIBER, Max, op. cit., pág. 68. (37)
- (68) SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 214. (7)
- (69) PINO, Augusto, op. cit., pág. 61. (65)
- (70) RUBINO, Domenico, "La compravendita", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1971, pág. 295.
- (71) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 430. (4)
- (72) Loc. cit.
- (73) GOMES, Orlando, op. cit., pág. 86. (5)
- (74) IBIDEM, pág. 87.
- (75) TARTAGLIA, Paolo, op. cit., pág. 36. (67)

- (76) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 431 (4); ARIAS SCHREIBER, Max, op. cit., pág. 69 (37).
- (77) OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, "Teoría general de los actos o negocios jurídicos", Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 396
- (78) CABANELLAS, Guillermo, "Compendio de Derecho laboral", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, Tomo II, pág. 465.
- (79) IBIDEM, Tomo II, pág. 480.
- (80) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 670. (16)
- (81) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, tomo I, pág. 39.
- (82) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 488. (32)
- (83) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 796 (16); SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 124 (7).
- (84) LAVALLE COBO, Jorge E., op. cit., Tomo 5, pág. 746. (14)



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

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Autonomía privada.
- 3.- Contenido del contrato.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Los artículos 3 y 4 de la Ponencia original tenían la redacción siguiente:

**Artículo 3.-** Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, dentro de las limitaciones establecidas por la ley por consideraciones de interés social, público o ético.

**Artículo 4.-** Se consideran incluidas en el contrato las cláusulas impuestas por la ley por las motivaciones señaladas en el artículo precedente.

Tomando en consideración que todas las limitaciones establecidas por la ley, cualquiera que sean las consideraciones que las motivan, deben ser observadas, en la primera Ponencia sustitutoria se modificaron estos dos artículos de la manera siguiente:

**Artículo 3.-** La ley podrá por consideraciones de interés social, público o ético, imponer estipulaciones o establecer limitaciones al contenido del contrato.

Las estipulaciones se considerarán automáticamente incluidas, formando parte de la declaración contractual.

Las limitaciones operarán también automáticamente, entendiéndose excluido del contrato todo lo que las contravenga.

**Artículo 4.-** Con la salvedad establecida en el artículo anterior, las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato.

En la segunda Ponencia sustitutoria se alteró el orden del contenido de los artículos 3 y 4, quedando con el texto siguiente:

**Artículo 3.-** Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, con la salvedad establecida en el artículo siguiente.

**Artículo 4.-** La ley podrá por consideraciones de interés social, público o ético, imponer estipulaciones o establecer limitaciones al contenido que deben tener los contratos.

Las estipulaciones, inclusive aquéllas referentes a precios de bienes o servicios, se considerarán automáticamente incluidas en los contratos a celebrarse, formando parte de la declaración contractual, aún en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes.

Las limitaciones operarán también automáticamente, entendiéndose excluido del contrato a celebrarse todo lo que las contravenga.

En la tercera Ponencia sustitutoria se conservaron estos textos.

En la cuarta Ponencia sustitutoria no se modificó el artículo 3, pero en el artículo 4 se cambió la palabra "estipulaciones" por "reglas", entendiéndose más adecuada al carácter de la ley, y se suprimió la expresión "que deben tener" en el primer párrafo y todo el tercer párrafo.

En la quinta Ponencia sustitutoria (artículos 3 y 4), en el Anteproyecto (artículos 3 y 4) y en el primer Proyecto (artículos 1372 y 1373) se conservaron los textos de los artículos 3 y 4 de la cuarta Ponencia sustitutoria.

El segundo Proyecto varió sustancialmente la redacción del artículo 1372 del primer Proyecto, estableciendo en su artículo 1321 que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, salvo lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar. Este artículo V disponía que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

El Código civil cambió en su artículo 1354, como se ha visto, la referencia al artículo V del Título Preliminar (que permaneció inalterado), por la salvedad de que el contrato no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

## 2).- AUTONOMIA PRIVADA.-

Aun cuando el artículo 1354 del Código civil regula sólo uno de los aspectos de la autonomía privada, que es el de la libertad contractual, llamada también libertad de configuración interna, consistente en la libertad que tienen los contratantes para determinar entre sí el *contenido* del contrato que han convenido en celebrar<sup>(1)</sup>, interesa estudiar el principio de la autonomía privada, para conocer su concepto, fundamento y efectos y, de esta manera, estar posteriormente en aptitud de juzgar la bondad del artículo 1354.

### **Concepto.-**

Se entiende por "autonomía", en general, el poder de darse normas de por sí, por lo cual el concepto de autonomía viene, en cierta forma, a identificarse con el concepto de "soberanía"<sup>(2)</sup>. Esta autonomía puede ser concedida por el Estado a una autoridad, caso en el cual estamos frente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, que son obligatorias para todos, o bien atribuída

(posteriormente se analizará el origen de esta atribución) a los sujetos privados, quienes de esta manera pueden dictar normas para regular sus propias conductas. Tal segunda potestad recibe el nombre de "autonomía privada"<sup>(3)</sup>. Se dice, por ello, que en virtud de esta autonomía los hombres son soberanos para vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

No siempre la expresión "autonomía privada" ha sido plenamente acogida. La literatura jurídica ha preferido utilizar el término "autonomía de la voluntad", por entenderse que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana, para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas que la exteriorizan. Esto es comprensible por cuanto, siendo la autonomía concedida a los particulares el fundamento del acto jurídico, durante todo el periodo histórico en el que se consideró el acto jurídico como la expresión de la voluntad de sus otorgantes, resultaba consecuente que se atribuyera a la voluntad el principio rector de las relaciones humanas. Era el auge de la teoría de la voluntad.

Sin embargo, cuando posteriormente surgieron, primero, la teoría de la declaración y, después, las teorías de la responsabilidad y de la confianza, que, sin desconocer el rol de la voluntad en la formación del acto jurídico, la privaron de su carácter determinante para tomar en consideración los otros elementos que singularizan a las nuevas teorías, se percibió que el acto jurídico podía ser válido (con la espada de Damocles de la ineficacia) aun cuando no represente la voluntad del otorgante. Ocurre así, por ejemplo, tratándose de la teoría de la declaración, en que el contrato (acto jurídico) se forma con las declaraciones coincidentes de los contratantes, pese a que estas declaraciones no exterioricen sus respectivas voluntades.

Se pensó entonces, con acierto, que la autonomía debía recaer en el elemento que daba lugar a la existencia del acto jurídico, que no era necesariamente la voluntad sino el poderío privado de crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas, cualquiera que fuera el criterio que hiciera efectivo ese pode-

río. Por ello, se consideró más apropiada la expresión "autonomía privada"<sup>(\*)</sup>(\*\*).

Sin entrar, por el momento, a juzgar el fundamento de la autonomía privada, esto es si es la libertad humana la que justifica que las personas tengan la potestad de regular privadamente sus intereses, o si, por el contrario, es el Estado el que, desprendiéndose de parte de su propia soberanía, confiere a los particulares el poder de dictar normas aplicables a sus relaciones entre sí, conviene estudiar cuál es el concepto de autonomía privada.

De conformidad con el inciso 20) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a la libertad, cuya consecuencia es que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esta es la noción de la libertad individual, que permite a las personas actuar según su arbitrio, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, en un sentido muy general, la persona tiene libertad para ejercitar facultades y derechos y también para con-

---

(\*) Sobre el particular, dice FERRI<sup>(4)</sup> lo siguiente: "Igualmente criticable me parece la opinión que prefiere hablar de autonomía de la voluntad mejor que de autonomía privada. Las dos expresiones podrían parecer a primera vista sinónimas, pero no lo son. Quienes hablan de autonomía de la voluntad en realidad desconocen el problema mismo de la autonomía privada (problema que, visto desde el ángulo subjetivo, se identifica, como veremos en seguida, con la búsqueda del fundamento del poder reconocido a los particulares de crear normas jurídicas) y dan relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos que, según esta opinión, es la raíz o la causa de los efectos jurídicos, en oposición a quienes, por el contrario, ven más bien en la declaración o en la manifestación de voluntad, como hecho objetivo, o en la ley, la fuente de los efectos jurídicos.

(\*\*) Debo admitir que en otro trabajo<sup>(5)</sup> incurrí en el error, influído sin duda por mi adhesión a la teoría de la voluntad, de utilizar la expresión "autonomía de la voluntad". Ahora, con mayores elementos de juicio, me rectifico.

formar las diversas relaciones jurídicas que le atañen<sup>(6)</sup>. Este es el concepto amplio de autonomía privada.

Trasladando tal noción al campo del contrato, el inciso 12) del mismo precepto constitucional establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho.

Si conjugamos estas disposiciones podemos llegar a la conclusión que la noción de libertad individual se traduce en la libertad de contratar, o sea la libertad concedida a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre sí relaciones jurídicas patrimoniales. Tal es el concepto estricto de autonomía privada.

Obsérvese que en este concepto de la autonomía privada, la libertad adquiere un nuevo sentido, pues sin dejar de ser la ausencia de ataduras para obligarse, se convierte también en poder de crear relaciones jurídicas obligacionales. La persona es no sólo libre para contratar sino también soberana para hacer obligatorias las relaciones jurídicas producto del contrato.

Podemos decir, pues, que la autonomía privada es el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí<sup>(7)</sup>.

---

(\*) LARENZ<sup>(8)</sup> nos habla de que la voluntad coincidente de las partes hace que éstas tomen parte constructivamente en la creación de su relación jurídica, pero agrega que esto "sólo es posible porque al ponerse de manifiesto en el contrato la voluntad de ambos contratantes existe cierta garantía en el sentido que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto, es razonable y justo. Y éste es el verdadero sentido de la 'libertad contractual'. Significa que el ordenamiento jurídico considera en principio como vinculantes aquellos contratos libremente concluidos por las partes equiparadas jurídica-

Debe destacarse que, dado que el agente debe actuar dentro del ordenamiento jurídico (tal como lo preceptúa el inciso 12 del artículo 2º de la Constitución), no puede celebrar el contrato y determinar su contenido a su solo albedrío, sino que, en realidad, el contrato es el producto de dos poderes: el del particular, que se decide a formarlo; y el del Estado, que limita el poder particular para que discurra solamente dentro de determinados cauces. Tiene razón, pues, CANCINO<sup>(9)</sup> cuando afirma que no se concibe el ejercicio de la autonomía privada sino en la estructura de una libertad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico.

El principio de la autonomía privada tiene un doble contenido: en primer lugar, la libertad de contratar, llamada más propiamente libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones; y en segundo lugar, la libertad contractual, llamada también más propiamente libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo. Debe destacarse que la segunda libertad presupone la primera<sup>(10)</sup>.

### ***Historia.-***

Siguiendo las reseñas hechas por CASTRO<sup>(11)</sup> y GHESTIN<sup>(12)</sup> puede observarse que la historia de la autonomía privada se confunde casi, como no podía dejar de hacerlo, con la historia del contrato. Sin embargo, hay algunos aspectos que es necesario destacar por cuanto pueden constituir valiosos elementos de juicio para determinar el fundamento de la autonomía privada.

El Derecho romano no tiene ninguna contribución importante al desarrollo del principio de la autonomía privada, preci-

---

mente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho en el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)".

samente por su carácter formalista y su carencia de una teoría general del contrato.

En cambio, el Derecho canónico aporta el respeto a la palabra dada y la eficacia de los pactos nudos, conceptos ambos que reconocen el efecto obligatorio de las convenciones, que es el sustento de la autonomía privada.

La influencia de DOMAT (siglo XVII) y POTHIER (siglo XVIII) es decisiva para construir la teoría general del contrato, en la cual se inspiraron los redactores del Código NAPOLEON para introducir la regla contenida en el artículo 1.134, según el cual las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho, principio cuyos alcances se encuentra solamente limitados por el artículo 6º, que dispone que no se pueden derogar, por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. Debe destacarse, sin embargo, que el Código francés no respeta totalmente el pensamiento de DOMAT y POTHIER, pues para éstos la justificación de la fuerza obligatoria de los contratos es esencialmente moral y descansa, no sobre la libertad individual, sino sobre un deber de conciencia, de tal manera que las convenciones, además de respetar el orden público y las buenas costumbres, deben inspirarse en la buena fe y en la equidad.

En el siglo XIX se considera el principio de la autonomía privada como un dogma científico, pero su fundamento deja de encontrarse en el respeto a la libertad individual para orientarse hacia la protección del desarrollo del comercio.

Al comentar el artículo 1355 del Código civil de 1984 veremos cómo la moderna concepción normativa del Derecho y el intervencionismo de la Administración están cambiando totalmente este panorama.

### ***Fundamento.-***

Al estudiar el concepto de la autonomía privada expresé que,

para comprenderla a cabalidad, es necesario encontrar su verdadero fundamento.

Dos posiciones tratan de hacerlo. Quizá la mejor expresión de estas dos posiciones son las conferencias dictadas por André ROUAST y Emmanuel GOUNOT en las "Semanas sociales de Francia" celebradas en 1938, cuya síntesis hacen los MAZEAUD<sup>(13)</sup> en una de sus "Lecturas".

Para ROUAST, el principio del respeto del contrato libremente consentido (artículo 1.134 del Código civil francés) es de Derecho natural, porque se basa en una regla moral indiscutida, no pudiendo existir Derecho que pudiera prevalecer sobre una regla moral.

GOUNOT, en cambio, considera que la doctrina de la autonomía de la voluntad y de la libertad absoluta de las convenciones parece condenada definitivamente, por cuanto un error fundamental la vicia: la voluntad no es por sí misma fuente de Derecho, sino el instrumento de su determinación y actuación. La voluntad está al servicio del Derecho; no el Derecho al servicio de la voluntad.

Respondiendo a estos dos postulados, se han elaborado sendas teorías. La primera de ellas, llamada teoría individualista, sostiene que los derechos subjetivos no derivan de un derecho objetivo primordial sino de la esencia misma del hombre, por lo cual éste es totalmente autónomo para regular sus intereses, que es lo que justifica la autonomía privada. De acuerdo con la segunda teoría, conocida como teoría normativista, la autonomía privada le es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autoregulación de sus intereses, dentro de los cauces que les señala dicho ordenamiento.

La teoría individualista<sup>(\*)</sup>, que encontró en KANT uno de sus principales defensores, al afirmar que la voluntad individual es

---

(\*) RISOLIA sintetiza esta teoría del siguiente modo: "En la base de la construcción jurídica está el hombre, ser libre por naturaleza, amo de

la fuente única de la obligación jurídica, es desarrollada con singular énfasis por MICCIO<sup>(14)</sup>, quien piensa que el poder de contraer obligaciones jurídicas mediante convenciones constituye un atributo primario del sujeto, cuya voluntad individual posee una originaria virtud creativa de relaciones jurídicas.

Considera este autor que es falso que el hombre fuera de la sociedad no tiene significación y que sólo entrando a formar parte de una sociedad organizada deviene en sujeto de derecho, por cuanto el sistema no crea los sujetos que forman parte de él sino dicta las reglas necesarias para que ellos convivan. La necesidad de dictar estas reglas deriva del hecho que tales sujetos tienen ya una propia personalidad jurídica, que equivale a decir que son ya sujetos de derecho por sí mismos.

Refiriéndose a esta tesis, sin compatirla necesariamente, dice CARBONNIER<sup>(15)</sup> que según ella "la voluntad humana es *ley de sí misma* y da vida a su propia obligación; si el ser humano resulta obligado en virtud de un acto jurídico, especialmente un contrato, es porque así lo ha querido, pues el contrato señala el comienzo de la vida jurídica, y la voluntad individual es el principio del contrato", agregando que esta idea ha informado el criterio seguido por el Código NAPOLEON.

---

sí, responsable de sus actos. En la voluntad libre del hombre está el origen del derecho, el origen de la ley, el origen del acto jurídico. El derecho subjetivo es un poder de voluntad; la ley obliga si la voluntad libre del hombre ha concurrido a su sanción; el acto jurídico -voluntad jurídica lícita, dirigida inmediatamente a crear, modificar, confirmar, extinguir una relación de derecho-, es fruto de esa voluntad libre, en la que debe hallarse no sólo el resorte de su formación, sino también sus efectos precisos. Elemento esencial del acto, de ella deriva éste su fuerza obligatoria, y su fiel esclarecimiento es la más correcta norma para la interpretación.

El orden jurídico procede, pues, de la voluntad autónoma, de la libertad presupuesta en el hombre. Todo procede de la voluntad libre pero a su vez el derecho tiende a asegurar esa autoridad inicial del individuo, hasta el máximo compatible con la libertad de los demás. Por donde se ha podido definir a las leyes como 'normas de la libertad humana' y al derecho mismo como 'ciencia de la libertad'".

La tesis normativista parte del principio de que los particulares al celebrar un contrato no constituyen un ordenamiento autónomo o distinto que el del Estado, sino uno que obra en el ámbito del ordenamiento del Estado. En otras palabras, dice FERRI<sup>(16)</sup>, la obligación que nace del contrato adquiere la naturaleza de vínculo jurídico sólo si se inserta en el ordenamiento jurídico del Estado. Norma pública y norma privada forman, por tanto, un ordenamiento único.

La autonomía privada no es, pues, un poder originario o soberano, sino que encuentra su fuente de validez en la ley. El Estado, en principio, debería establecer las reglas para la vida en común en la sociedad, pero entendiendo que en determinados campos de la actividad social, especialmente en el obligacional, funciona mejor la estructura cuando son los propios interesados quienes crean el régimen apropiado al caso, renuncia a una regulación propia y confiere este poder a los particulares<sup>(17)(\*)</sup>.

Es por esto que MOSSET<sup>(18)</sup> afirma que "la autonomía o soberanía de la voluntad nace de una delegación del orden jurídico. El Derecho, que por un lado coarta la superficie de la libertad existencial, devuelve como recompensa a la libertad jurídica de las personas el poder de dominar incontrastablemente sobre un ámbito sometido a su señorío".

FERRI<sup>(19)</sup> ha resumido esta posición diciendo que la autonomía privada es el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho. (FERRI entiende que se crea derecho objetivo [normas jurídicas]; yo pienso que sólo derecho subjetivo [relación obligacional]).

---

(\*) HERNANDEZ GIL<sup>(20)</sup>, con su habitual perspicacia, encuentra que "la libertad no está allí donde la norma no llega, sino allí donde la norma conduce, donde se realiza en su plenitud", agregando que "ser libre no es hallarse fuera de toda norma, porque la libertad se actúa dentro de un orden jurídico".

Considero que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó.

Todos vivimos dentro de un ordenamiento jurídico, que regula nuestras conductas. No puede pensarse en la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos, uno de origen privado y otro de origen público, pues el choque entre ambos sería inevitable. Hay que aceptar, pues, que el ordenamiento jurídico, emanado del Estado, cubre toda el área del actuar del hombre en el Derecho.

No existe, por otro lado, inconveniente jurídico alguno para que ese ordenamiento jurídico único confíe a los particulares la potestad de regular sus relaciones obligacionales, por considerar que si lo que se encuentra en juego son intereses patrimoniales merecedores de tutela, es conveniente confiar esa tutela a quienes van a resultar afectados por la regulación.

En esta forma, dice CANCINO<sup>(21)</sup>, "el tráfico jurídico no se entorpece, y los ciudadanos al utilizar este poder derivado de regulación de sus asuntos jurídicos, colaboran con la función normativa del Estado, quien, impotente para atender a todas y cada una de las situaciones de Derecho que los asociados generen, les delega un cierto poder normativo, por medio del cual pueden llenar los naturales vacíos que el cuerpo legislativo pueda presentar. Así las cosas, agrega, la autonomía privada se nos impone como una necesidad de la vida social, en orden a la satisfacción de las necesidades del tráfico jurídico particular, que el ordenamiento jurídico, por obvias limitaciones, no puede de antemano ni *ex post facto* resolver".

Se ha dicho que la necesaria consecuencia de este planteamiento es que las normas dictadas por los particulares para regular sus propias relaciones, por emanar de un poder delegado,

tienen el mismo carácter que las normas dictadas por el poder delegante (el Estado), o sea que son normas jurídicas<sup>(\*)</sup>.

Pese a mi adhesión a la tesis normativista no llego a compartir el razonamiento expuesto en el párrafo anterior.

Pienso que, si bien es cierto que la obligatoriedad del contrato no proviene de la voluntad individual sino de la fuerza que el Estado le concede, ello no significa que el contrato sea en sí una norma jurídica positiva, esto es un precepto general regulador de la conducta de la Comunidad<sup>(22)</sup>.

Mediante el contrato el Estado no coloca a las personas en su lugar, para que puedan dictar (como él lo hace) normas jurídicas, sino que les concede poder para crear relaciones jurídicas, que es muy distinto.

El contrato no es una fuente del Derecho, cual lo es la norma jurídica, sino una fuente de las obligaciones, de tal manera que las personas mediante el acuerdo de sus declaraciones de voluntad no emiten un precepto regulador (de carácter general) sino crean (regulan) una relación obligacional entre ellas. Ya veía SAVIGNY la distinción entre negocio jurídico y ley

---

(\*) Con gran claridad trata FERRI<sup>(23)</sup> este tema diciendo: "He aludido al concepto de fuente de validez de una norma jurídica y he intentando establecer que ésta se identifica con la fuente normativa superior a la que contiene la norma de cuya validez se trata.

En otras palabras, la validez de una norma, es decir, su conformidad con el Derecho, no puede ser afirmada sino con referencia a la norma superior que regula su formación. Respecto de ella, el negocio jurídico constituye un supuesto de hecho, en cuanto por ella está previsto de modo general y abstracto.

Ahora bien, si examinamos atentamente la norma superior en la que está regulada la creación de normas negociales, podremos darnos cuenta de que esta norma contiene en primer lugar, aunque no sea de modo explícito, una atribución a los particulares del poder de crear normas jurídicas".

(norma jurídica) en el hecho que la ley es fuente de derecho objetivo y el negocio es fuente de derecho subjetivo y de obligaciones, esto es de relaciones jurídicas. Agregando que "colocar en una misma línea a las leyes y a los contratos, contemplar a los contratos como fuentes del derecho (objetivo), es confundirlo todo"(\*).

Considero que el contrato (acto jurídico) crea directamente la relación jurídica, por decirlo así la definición legislativa, sin que sea necesario recurrir al artificial e innecesario procedimiento de que el contrato cree una norma jurídica y que sea ésta la que, a su vez, crea la relación jurídica.

Entendida así, la tesis normativista justifica, por otro lado, que el ordenamiento jurídico establezca límites al poder que confiere a los particulares, pues siendo obligación del Estado velar

---

(\*) Como la doctrina jurídica se encuentra dividida respecto a la correlación entre el derecho objetivo y el subjetivo, considero prudente precisar mi posición. Entiendo que el derecho objetivo está contenido en las normas jurídicas, cuyo conjunto da lugar al ordenamiento jurídico; mientras que el derecho subjetivo se manifiesta a través de relaciones jurídicas. No quiero decir con esto que el derecho subjetivo, como lo entienden las doctrinas tradicionales, se manifiesta exclusivamente como facultad, sino que, coincidiendo con AFTALION<sup>(24)</sup>, pienso que importa también el deber jurídico (por ello algunos autores, como LARENZ, hablan de "situación jurídica subjetiva", entendida como un haz de derechos y deberes subjetivos), lo que determina que el derecho objetivo y el derecho subjetivo tienen igual contenido (conceder derecho e imponer deberes jurídicos), diferenciándose entre sí en que el primero tiene carácter normativo general y que en el segundo este carácter es particular (afecta sólo a las partes de las relaciones jurídicas). Me veo penosamente obligado a discrepar de KELSEN quien hace hincapié en que el derecho objetivo y el derecho subjetivo no son dos especies dentro de un género común (el derecho), sino dos aspectos de un mismo fenómeno, pues creo que sí son dos especies distintas.

Debo agregar, a título aclarativo, que la ley puede crear no sólo normas jurídicas (derecho objetivo) sino también relaciones jurídicas (derecho subjetivo).

por el interés social debe cuidar que este interés no sea vulnerado por la actuación normativa de los particulares. Por ello, se dice que la autonomía privada está fundamentalmente subordinada a la solidaridad social.

El ordenamiento jurídico peruano está gobernado por estas ideas.

En primer lugar, ya se ha visto que el inciso 12) del artículo 2º de la Constitución reconoce a toda persona el derecho a contratar con fines lícitos, con lo cual se está poniendo de manifiesto que es la ley (la Constitución) la que concede a la persona el derecho. Por otro lado, el mismo inciso agrega que la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho, lo que evidencia que no se trata de una facultad irrestricta sino subordinada a lo que establezca el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el artículo 1361 del Código civil establece que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, con lo cual se destaca que no es la libertad particular el origen de esta obligatoriedad, sino que ella (la obligatoriedad) emana de un precepto legal, que otorga tal carácter al ejercicio de la autonomía privada.

Finalmente, de conformidad con el artículo 1355 del mismo Código, la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, lo que constituye un reconocimiento de la subordinación de la autonomía privada al interés tutelado por la ley.

### ***Efectos.-***

En principio, las consecuencias más importantes de la autonomía privada son las siguientes:

- a).- Las personas tienen la libertad de contratar o de no contratar (inciso 12. del artículo 2º de la Constitución).

- b).- Son asimismo libres para determinar la forma del contrato, salvo en el caso de los contratos solemnes (artículos 143 y 1352 del Código civil).
- c).- Pueden elegir la ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículo 2095 del Código civil).
- d).- Pueden determinar libremente el contenido del contrato, salvo lo dispuesto por las normas imperativas (artículo 1354 del Código civil).
- e).- Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los celebran (artículo 1363 del Código civil).
- f).- Los contratos obligan a las partes que los han celebrado (artículo 1361 del Código civil).

Entre estas consecuencias, las dos que tienen mayor relieve y que, en realidad, caracterizan a la autonomía privada, son las contenidas en los puntos a) y d) que preceden. Aun cuando el artículo objeto de este comentario se refiere exclusivamente a la libertad de determinar el contenido del contrato, voy a hacer previamente una breve referencia a la libertad de contratar, que es consecuencia de la aplicación del inciso 12) del artículo 2º de la Constitución.

La libertad de contratar, llamada con más propiedad, como he dicho, libertad de conclusión, es la potestad que se concede a cada persona de contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona del otro contratante. Como dice SPOTA<sup>(25)</sup>, "*se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea*". El contrato no se impone.

Se estudiará más adelante, al comentar el artículo 1355 del Código civil, que la libertad de conclusión es la esencia de la contratación. Se desvirtuaría la libertad de contratar consagrada por la Constitución como derecho fundamental de la persona si alguien pudiera ser obligado a contratar, porque el contrato es, por encima de todo, un acuerdo de declaraciones de voluntad (esta afirmación

tratándose de las teorías de la voluntad y de la confianza, sino también en el caso de las teorías de la declaración y de la responsabilidad, por cuanto en estas dos últimas aun cuando el contrato sea originalmente válido por efecto de la declaración es susceptible de anulación por vicio de la voluntad). Téngase presente que, por definición legal, el acto jurídico es una manifestación de voluntad.

Por ello, se verá cómo el llamado "contrato forzoso", tan en boga en estos tiempos de socialización del Derecho, no es, en realidad, un contrato sino un mandato legal que sustituye la voluntad por el imperio de la ley.

La libertad de conclusión comprende también, como se ha expresado, la libertad de elegir el cocontratante. Para proteger esta libertad el artículo 133 de la Constitución prohíbe los monopolios, oligopolios, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil.

El tema propiamente dicho del artículo 1354 del Código civil, materia de este comentario, es la libertad contractual, denominada con más propiedad libertad de configuración interna, tema que será tratado en el siguiente rubro.

### **3).- CONTENIDO DEL CONTRATO.-**

Se ha visto que el artículo 1354 del Código civil establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Conviene analizar los dos aspectos de este artículo, o sea la libertad que concede y la limitación que pone a esa libertad.

#### ***Libertad de configuración interna.-***

Esta libertad supone la facultad reconocida legalmente a las partes para, de común acuerdo, determinar los términos del contrato que han convenido en celebrar. En realidad, se trata, no de establecer quiénes van a ser las partes y el tipo del contrato (en

el caso de los contratos típicos), pues ello corresponde al ejercicio de la voluntad de conclusión, sino de estipular el conjunto de cláusulas que van a dar individualidad al contrato, distinguiéndolo de todos los demás. Se trata, pues, de las cláusulas relativas al objeto preciso del contrato, la naturaleza de las prestaciones, las particularidades de su ejecución, las modalidades a que está sujeto el contrato, la renuncia al saneamiento, etc.<sup>(\*)</sup>

En realidad, así como la libertad de conclusión es la de relacionarse contractualmente las partes entre sí, o sea el paso inicial para la celebración del contrato, la libertad de configuración interna es un segundo paso, posterior al primero, mediante el cual las partes, ya decididas a contratar, acuerdan libremente cómo va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión del mismo.

Es, figurativamente, como si las partes, resueltas a sentarse en la mesa de negociaciones, van concertando sus voluntades en dicha mesa para modelar a su gusto el contrato, hasta llegar al acuerdo de que trata el artículo 1351 del Código civil.

Sin embargo, puede ocurrir también que este acuerdo no sea el fruto de negociaciones, sino la adhesión de una de las partes a lo propuesto por la otra, caso en el cual, sin dejar de existir libertad de configuración interna (desde que el contenido del contrato responde a la determinación de las partes), el modelado del contrato es hecho por una sola de ellas y aceptado por la otra. Obsérvese que el artículo 1354 del Código civil no se refiere a la libre negociación del contenido del contrato sino a la libre determinación del mismo, o sea que la libertad es frente al ordenamiento jurídico, que está obligado a reconocer dicho contenido, y no con relación a las partes, que pueden acordar el contenido bien sea por negociación o bien por adhesión.

---

(\*) A diferencia de otros autores, CARRES<sup>(26)</sup> considera que la libertad de determinar el contenido del contrato recibe el nombre de autonomía contractual, para distinguirla de la otra (la de conclusión) que se llama libertad contractual.

Considera MESSINEO<sup>(27)</sup> que la libertad de configuración interna se refiere sólo a los contratos típicos, en los cuales la finalidad digna de tutela jurídica está garantizada por el hecho de ser tales contratos obra del legislador, ya que tratándose de los contratos atípicos, en los que no existe esta garantía, quedará sin explicación que no se haya puesto a la libertad de configuración interna el límite de la citada finalidad.

En cambio, LOPEZ de ZAVALIA<sup>(28)</sup> opina que en ejercicio de la libertad de configuración interna las partes pueden tanto elegir uno de los tipos contractuales como entrar en el terreno de la atipicidad, pues la ley protege, también, los contratos atípicos.

Si bien es cierto que en los contratos atípicos no existe el control legislativo de su finalidad digna de tutela, debe tenerse presente que todo contrato, típico o atípico, está sujeto a la limitación establecida por el inciso 12) del artículo 2º de la Constitución en el sentido que su finalidad debe ser lícita, de tal manera que la referencia que hace el artículo 1354 del Código civil a las normas legales de carácter imperativo incluye la contenida en la citada norma constitucional. Pienso, pues, que la libertad concedida por el artículo 1354 del Código civil es aplicable también a los contratos atípicos, por cuanto no existe el peligro de que ellos puedan dejar de tener una finalidad digna de tutela, ya que el supuesto legal de su validez es que tengan finalidad lícita.

Al igual que en el caso de la libertad de conclusión, tratándose de los contratos definitivos celebrados en cumplimiento de contratos preparatorios, la libertad de configuración interna se ejerce en el momento de celebrar el respectivo contrato preparatorio.

### **Limitaciones.-**

Siendo la libertad de configuración interna una manifestación de la autonomía privada y, por ello, un poder reconocido por el ordenamiento jurídico, tal libertad sólo puede ejercitarse dentro de los límites que el propio ordenamiento le impone. Comodice MIRABELLI<sup>(29)</sup>, la noción de autonomía lleva insito el concepto de *límite*.

Estos límites a la autonomía privada se van acentuando día a día, tan es así que un mismo autor (MESSINEO) que escribió en 1947 ("Doctrina general del contrato") que "la libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite la excepción", dice en 1968 ("Il contratto in genere") que "queda la duda, si la libertad contractual va a constituir, en un próximo futuro, el principio, o bien la excepción".

Según el ordenamiento jurídico peruano, la libertad de configuración interna está limitada, de manera expresa e inmediata, por su conformidad a las normas legales de carácter imperativo, tal como lo señala el artículo 1354 del Código civil.

También está limitada, de manera mediata, por el artículo V del Título Preliminar del mismo Código, que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Conviene estudiar si se trata de tres limitaciones distintas (leyes imperativas, orden público y buenas costumbres), o si, en realidad, se trata de una, o a lo más dos, limitaciones expresadas con términos diferentes.

La duda encuentra un evidente asidero en el hecho que, según se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" del presente comentario, el artículo 1321 del segundo Proyecto disponía que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, salvo lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar. El artículo 1354 del Código vigente ha sustituido, pues, la mención a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres por la mención a las normas legales de carácter imperativo ¿Por qué se produjo esta sustitución? ¿Es que se trata de términos equivalentes o es que existe alguna otra razón? Voy a intentar desentrañar esta duda.

Para tal efecto, me voy a referir en primer lugar al concepto de normas legales de carácter imperativo.

Las normas legales, atendiendo al criterio de su eficacia frente a la voluntad de los particulares, se clasifican en *imperativas* y *dispositivas*<sup>(\*)</sup>.

Son normas legales (leyes en sentido lato) *imperativas* aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. La característica, pues, de las leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares, de tal manera que, como dice SACCO<sup>(30)</sup>, entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad, y no de mera derivación lógica.

Las normas legales imperativas son, en realidad, las manifestaciones del poder del ordenamiento jurídico que, habiendo delegado parte de ese poder a los contratantes, no permite que se traspasen determinados límites en el ejercicio de tal poder delegado.

Este carácter imperativo (*ius cogens*) puede manifestarse bien sea ordenando que los particulares tengan una conducta determinada, caso en el cual nos encontramos ante las normas legales *preceptivas* (por ejemplo, el artículo 1403 del Código civil que dispone que la obligación que es objeto del contrato *debe* ser lícita), o bien impidiendo que actúen en determinado sentido,

---

(\*) Algunos autores, como GOMES<sup>(31)</sup>, sostienen que, de acuerdo al indicado criterio, las leyes se dividen en coactivas y supletivas, subdividiéndose las primeras en imperativas y prohibitivas, según ordenen o prohíban. Otros, como HERNANDEZ GIL<sup>(32)</sup>, las clasifican en imperativas y dispositivas, subclasificando estas últimas en permisivas y supletivas, según confieran un poder regulador a la voluntad o desplieguen su eficacia sólo cuando falte una voluntad en otro sentido. Finalmente un tercer grupo, en el cual se encuentra CASTAN<sup>(33)</sup>, acepta la clasificación de imperativas y dispositivas, subclasificando las primeras en preceptivas y prohibitivas, según ordenen positivamente o excluyan la posibilidad de realizar lo prohibido. Voy a adoptar esta última clasificación.

eventualidad en la que estamos frente a las normas legales *prohibitivas* (por ejemplo, el artículo 312 del Código civil que establece que los cónyuges *no pueden* celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad de gananciales)<sup>(\*)</sup>.

No es fácil saber cuándo una norma legal tiene carácter imperativo, pues no existe una fórmula sacramental. GIORGI<sup>(34)</sup>, refiriéndose a las normas sobre formalidades, dice que son imperativas: cuando acompañen a la disposición las palabras *bajo pena de nulidad* u otras equivalentes o conminatorias; cuando la proposición esté redactada con fórmula prohibitiva de lo contrario, por ejemplo, *no podrán*; y cuando la disposición contenga las expresiones *debe*, *deben*, *deberán*, o cualesquiera otras expresiones equivalentes para significar el precepto.

Desde luego, el uso de la expresión *debe* no significa necesariamente que la norma sea imperativa, cuando del propio texto de ella resulta que no lo es. Verbigracia, el artículo 1552 dice que el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, pero hace la salvedad de la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto, con lo cual se priva a la norma de carácter imperativo.

Surge la duda respecto a si las normas legales permisivas que, sin ordenar ni prohibir, simplemente permiten algo, son imperativas. Se dice que estas normas, al permitir a unos (los contratantes) está ordenando a los demás (los terceros) que no obstaculicen el permiso, por lo cual tal clase de normas tiene carácter imperativo. No llego a compartir este punto de vista pues el tema que estamos tratando es la obligatoriedad de la norma respecto al contenido del contrato, siendo manifiesto que las normas permisivas no obligan a los contratantes sino que, por el contrario, los facultan para hacer algo. No debe olvidarse que los con-

---

(\*\*) GIORGI afirma que también debe considerarse a las normas declarativas, que no están dirigidas a la voluntad del hombre, sino más bien a su inteligencia, para indicarle los requisitos necesarios a una figura jurídica para su validez.

tratos son *res inter alios acta*. Es por esto que algunos autores, como HERNANDEZ GIL, clasifican las normas permisivas entre las dispositivas.

En realidad, en materia de contratos el número de normas imperativas contenidas en el Código civil peruano es más bien reducido, lo cual se explica por el hecho de que en los contratos están generalmente en juego sólo los intereses de las partes, quienes son las más llamadas a velar por dichos intereses<sup>(35)</sup>.

Normas legales *dispositivas*<sup>(\*)</sup> son las que tienen carácter supletorio de la voluntad de las partes contratantes, en el sentido que son aplicables en ausencia o para integrar las lagunas de la manifestación de voluntad. En realidad, las normas legales dispositivas sólo son ineficaces si existe pacto (expreso o tácito) en contrario o en sentido distinto.

Debe tenerse presente, sobre el particular, que según el artículo 1356 del Código civil, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. En consecuencia, la regla general en materia de normas sobre contratos es que ellas tienen carácter dispositivo, siendo la excepción cuando tienen carácter imperativo. HEDEMANN<sup>(36)</sup> nos cuenta que en el Derecho de obligaciones del BGB hay de cien reglas dispositivas apenas una sola coactiva, aunque reconoce que a consecuencia de la economía estatal están aumentando cada vez más las reglas coactivas.

Ya se ha visto que íntimamente ligado al artículo 1354 del Código civil se encuentra el artículo V del Título Preliminar de dicho Código, que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. Siendo el contrato un acto jurídico, resulta evidente que la libertad de configuración interna del contrato tiene también como

---

(\*) COVIELLO<sup>(37)</sup> considera que la denominación de normas dispositivas no es aceptable, ya que todas las normas jurídicas son dispositivas, por cuanto disponen lo que debe ser conforme con el derecho.

límites el orden público y las buenas costumbres, desde que si no se respetan estos límites el contrato sería nulo.

Conviene tratar por separado los conceptos de orden público y buenas costumbres.

En lo que respecta al orden público es necesario precisar, ante todo, que la noción a que se refiere el artículo V del Título Preliminar del Código civil es distinta, en mi opinión, a la considerada en el artículo 277 de la Constitución, según el cual las Fuerzas Policiales tienen la finalidad de conservar el orden público. En este último caso el orden público tiene un sentido de seguridad, paz, tranquilidad, que no guarda congruencia con la norma civil, pues quedarían excluidas las relaciones privadas que también son de orden público, como la protección de los incapaces, el derecho de asociación, la libertad de conciencia y de religión.

Siempre ha sido difícil definir el orden público en el campo civil. Existe una gran variedad de opiniones (un autor<sup>(39)</sup> ha encontrado veintitres definiciones distintas en la doctrina y la jurisprudencia).

Inicialmente fue identificado con los principios jurídicos, políticos, morales e incluso religiosos que son necesarios para la conservación del orden social<sup>(39)</sup>.

Pronto se observó que esta noción era sumamente vaga, pues es difícil precisar cuáles son esos principios en los que descansa el orden social, tanto más cuanto que este orden difiere de país en país y de época en época. Tal como dice FERRARA<sup>(40)</sup>, "un orden público que quedara a merced de las discusiones de la política y de las abstracciones de la teoría, un orden público que varíe según las circunstancias de cada época y lugar y que, por lo tanto, no esté delimitado por la ley... es indiferente cara a la regulación de las relaciones contractuales".

Por otro lado, se cuestionó si el orden público es posible inferirlo del conjunto del ordenamiento o si, por el contrario, debe resultar siempre y en todo caso de disposiciones expresas<sup>(41)</sup>.

Se pensó entonces encontrar un criterio más concreto, recurriéndose a los principios que encuentran expresión en la Constitución, especialmente los que constituyen derechos fundamentales de la persona<sup>(42)</sup>. Estos derechos serían los contemplados en el Título I de nuestra Carta Magna. También se pensó en incorporar al concepto de orden público el de orden económico, por considerarse el rol determinante que juega actualmente la economía en la vida jurídica del Estado.

Sin embargo, una observación más profunda puso de manifiesto algo que quizá había pasado desapercibido durante todo este proceso de conceptualización y es que lo que caracteriza a los principios de orden público no es su reconocimiento por la Constitución, pues en algunos casos los preceptos de ésta son permisivos, ni la necesidad de otorgar a la economía una participación destacada al determinar los intereses que deben protegerse, sino que las normas que consagran dichos principios sean inderogables por los particulares, esto es que sean coactivas.

Por este camino se llegó, tomando en consideración que lo que caracteriza a las normas legales imperativas es precisamente su inderogabilidad, a que las normas que interesan al orden público son siempre normas imperativas<sup>(\*)</sup>, con la precisión que si

---

(\*) Sobre el particular, CANCINO<sup>(43)</sup> dice 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".

Por su parte LACRUZ<sup>(44)</sup>, después de comentar que el orden público no es la ley, sino la fuerza social que impulsa a la ley, agrega que "no obstante, cuando se trata de precisar más, se advierte la asimilación del orden público, en la práctica, con las leyes imperativas y prohibitivas y los principios en que ella se inspiran y que de ellas se deducen".

En sentido parecido, MESSINEO<sup>(45)</sup> expresa que "con mayor propiedad, las normas de orden público podrían llamarse normas absolutas o, como acabamos de decir, cogentes", agregando que "el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios que constituyen las normas coactivas".

Finalmente RUBIO<sup>(46)</sup> afirma que "el orden público estaría conformado por el conjunto de disposiciones imperativas existentes dentro del sistema jurídico (y de los principios subyacentes a tales normas, susceptibles de ser obtenidos mediante ciertos procedimientos de interpretación)".

bien todas las normas de orden público son imperativas no todas las normas imperativas son de orden público, pues hay normas imperativas que protegen intereses privados<sup>(47)(\*)</sup>. Tal como dicen DORAL y del ARCO<sup>(48)</sup>, "la noción de orden público se aproxima por razón de la materia a la norma imperativa, cuando el interés es público", de lo que se colige que cuando el interés que se desea proteger no es público sino privado, la norma imperativa no es de orden público.

En este sentido, hay normas imperativas que encuentran su justificación en los principios fundamentales sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico del Estado y la tutela a los intereses generales de la colectividad que, según MIRABELLI<sup>(49)</sup>, constituyen el orden público, y normas imperativas por decisión del ordenamiento jurídico, como son las que, no siendo de orden público, se les da carácter imperativo mediante su redacción en forma de mandato o prohibición. Tal como dice GALGANO<sup>(50)</sup>, 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<sup>(\*\*)</sup>.

---

(\*) Por ejemplo, el artículo 1416 del Código civil que fija en un año el plazo máximo del compromiso de contratar y reducir cualquier exceso a este límite es, sin duda, una norma legal de carácter imperativo, que protege el interés privado de los contratantes de no encontrarse atados por la obligación de contratar sino por un corto lapso. Fácilmente, sin violar principios de orden público, pudo ampliarse este plazo máximo.

(\*\*) Al respecto dice STIGLITZ que "la imperatividad resulta de un reconocimiento del ordenamiento jurídico a las normas legales que prevalecen por sobre el precepto privado o la regla de voluntad.

En tanto las normas de orden público —más allá de la pacíficamente reconocida dificultad en hallarles explicación y suministrar una definición— son identificadas por los motivos o fundamentos en virtud de los cuales se comunica esa imperatividad a la ley", agregando que "de allí entonces que el orden público atiende a las razones que extrañas o no al ordenamiento jurídico, le suministran imperatividad; en tanto las

No comparto, pues, la posición de quienes opinan<sup>(51)</sup> que las normas imperativas, por el sólo hecho de serlo, están investidas del carácter de normas de orden público.

Debe tenerse presente que el artículo 1343 del Código civil italiano distingue entre las normas imperativas y el orden público. Comentando este artículo, destaca SANTORO PASSARELLI<sup>(52)</sup> que junto al criterio rígido que proporcionan las *normas imperativas* está el criterio variable del *orden público*.

Del mismo modo, el artículo 6° del Título Preliminar del Código civil español (según ha quedado con la nueva redacción dada por Decreto 1.836/1974 de 31 de mayo) trata separadamente el orden público, cuyos derechos son irrenunciables, de las normas imperativas y las prohibitivas, cuya contrariedad es sancionada con nulidad de pleno derecho.

Lo que sí es necesario es que el intérprete sepa que, en uno u otro caso, se encuentra ante una norma imperativa, lo que debe aparecer del propio texto de la norma, pues de no ser así, o sea que si para saber que una norma es imperativa por ser de orden público se requiere identificarla con los principios de orden público, cuya imprecisión es reconocida, volveríamos a caer en el peligro que ya nos advirtió FERRARA.

En el ordenamiento jurídico peruano el derecho que toda persona tiene a la libertad se plasma en la norma constitucional según la cual nadie está obligado a hacer lo que *la ley no manda* (imperativo preceptivo), ni impedido de hacer lo que *ella no prohíbe* (imperativo prohibitivo). Obsérvese que el artículo V del Título Preliminar del Código civil declara la nulidad del acto jurídico con-

---

normas imperativas son aquéllas cuyo rango preferente se lo suministra siempre el orden jurídico".

Concluye expresando que "resulta ser que la identificación de una norma imperativa no requiere necesariamente que la misma esté incorporada al ordenamiento legal por razones vinculadas al orden público".

trario, no al orden público, sino a las *leyes* que interesan al orden público, con lo cual se está reconociendo que el orden público, para ser coactivo, debe manifestarse a través de las leyes. En consecuencia, si existiera un principio de orden público que no hubiera sido recogido por una ley (sea la Constitución o una norma legal de menor categoría) la sola existencia de tal principio no determinaría la nulidad del acto jurídico opuesto a él.

El ordenamiento jurídico peruano acoge, pues, el sistema, defendido por parte de la doctrina, que considera que el orden público, si bien es un criterio rector de la validez de los actos jurídicos, requiere objetivarse en leyes para cobrar, a través de ellas, efecto obligatorio<sup>(\*)</sup>.

Si estas leyes, a su vez, son normas legales de carácter imperativo ¿por qué el artículo V del Título Preliminar y el artículo 1354 del Código civil usan lenguajes distintos, refiriéndose el primero a las leyes que interesan al orden público y el segundo a las normas legales de carácter imperativo?

RUBIO<sup>(53)</sup> considera que la concordancia entre ambos artículos es "inevitable, es decir, que el artículo 1354 no viene a ser una norma de carácter excepcional frente al artículo V, sino una especie de duplicación para establecer una norma específica al respecto en las disposiciones generales de los contratos", agregando que lo que en realidad se ha debido decir en el artículo 1354 es que no puede contradecir el orden público ni a las buenas costumbres, con lo cual este autor estaría respaldando la bondad de la fórmula contenida en el artículo 1321 del segundo Proyecto (recuérdese que este artículo reconoce la libertad de configuración interna con la salvedad de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar).

Pese a la evidente lógica de este planteamiento, no llego a

---

(\*) Este sistema, no obstante proporcionar la ventaja de la certeza, resta fluidez a la aplicación del orden público, pues en cierto modo lo inmoviliza.

compartirlo. Pienso que si en la teoría general del acto jurídico adoptada por nuestro Código civil el sistema de nulidades es el de *numerus clausus*<sup>(54)</sup>, lo cual excluye la posibilidad de la nulidad virtual<sup>(\*)</sup>, en el campo de las relaciones entre los artículos V del Título Preliminar y 1354 del Código civil sólo serían nulos los contratos contrarios a las leyes que interesan al orden público, no así los contratos cuyo contenido es contrario a normas legales de carácter imperativo, desde que en este último caso no existe sanción de nulidad.

Tomando en consideración que las leyes que interesan al orden público son siempre, como se ha visto, normas legales de carácter imperativo, encuentro que la solución aconsejable hubiera sido, por el contrario, que el artículo V del Título Preliminar del Código civil estableciera la nulidad del acto jurídico contrario a las normas legales de carácter imperativo (entre las cuales se encuentran las relativas al orden público) y a las buenas costumbres, con lo cual todos los actos jurídicos contrarios tanto a las leyes de orden público como a las normas imperativas que no obedecen a razones de orden público, serían nulos. Una solución similar ha sido adoptada por el artículo 1418 del Código civil italiano y, como se ha visto, por el artículo 6° del Título Preliminar del Código civil español<sup>(\*\*)</sup>.

---

(\*) Refiriéndose al ordenamiento civil italiano, SACCO<sup>(55)</sup> considera que el elenco que hace éste de las causales de nulidad típicas, remitiendo, como complemento del elenco, a los otros casos "establecidos por la ley", que es una fórmula similar a la del Código civil peruano (inciso 7. del artículo 219: "cuando la ley lo declara nulo"), hace abandonar la idea de la nulidad virtual.

(\*\*) Aun cuando se trata de un tema vinculado más propiamente a la teoría general del acto jurídico que a la del contrato, quisiera expresar en esta nota a pie de página una inquietud muy grande que tengo sobre el problema de las nulidades. Viene a ser más un pedido de ayuda a pensar que el planteamiento de una posición definitiva.

Tomemos como ejemplo el artículo 1354 del Código civil, cuya situación es peculiar. Por un lado, limita la libertad de configuración interna en lo que el contenido del contrato sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Por otro, no sanciona con nulidad o anulabi-

Debe tenerse presente, por otro lado, que tanto el inciso 8) del artículo 85 del primer Proyecto como el inciso 7) del artículo 219 del segundo Proyecto establecían que el acto jurídico es nulo cuando se oponga a norma legal imperativa, lo cual tenía mucho sentido y obedecía a un sano concepto. Fue el inciso 8) del artículo 219 del Código civil el que hizo la desafortunada referencia al artículo V del Título Preliminar, dando lugar al problema en que nos encontramos.

---

lidad este contenido si existe tal contrariedad, con la consecuencia que, dado el carácter taxativo de las causales de nulidad y de anulación, la sanción de nulidad o anulabilidad no sería aplicable en este caso.

Parecería, pues, que el contrato cuyo contenido fuera contrario a norma legal de carácter imperativo (que no obedeciera a razones de orden público) sería, pese a ello, válido.

Podría pensarse que toda estipulación contraria a una norma legal imperativa es ilícita, por lo cual el contrato que tuviera una estipulación de esta clase tendría una finalidad ilícita y, como tal, estaría incurso en la nulidad prevista en el inciso 4. del artículo 219 del Código civil.

La cuestión es muy discutible.

Según se verá más adelante en este mismo comentario (infra, Tomo I, pág. 290), los contratos que incurren en contrariedad con las normas imperativas (incluidas las que interesan al orden público) y a las buenas costumbres son ilícitos. La ilicitud de los primeros está fundada en su ilegalidad y la de los segundos en su inmoralidad.

Entiendo que un contrato puede ser ilícito tanto por su finalidad (la razón por la cual se quiere) como por su objeto (lo que se quiere). Sin embargo, resulta que, según el artículo 219 del Código civil, son nulos los contratos cuya finalidad es ilícita, no así los contratos cuyo objeto (la obligación) es ilícito.

Pienso que, siendo el Código un todo orgánico, hay que encontrar su verdadero sentido a los incisos 4. (finalidad ilícita) y 8. (remisión al artículo V del Título Preliminar) del artículo 219 del Código civil. No resulta lógico que mientras el inciso 8. limita, en realidad, la nulidad por contrariedad a las leyes a aquellas que interesan al orden público, el inciso 4. haga extensiva esta nulidad a todas las leyes, cualquiera que sean los intereses que ellas protegen, haciendo innecesario el inciso 8. alguna explicación debe existir a esta desarticulación.

Queda por analizar el concepto de buenas costumbres. Antes de hacerlo conviene tener presente, por las razones que extensamente trata RUBIO<sup>(56)</sup>, que el artículo V del Título Preliminar del Código civil no se refiere a un supuesto de acto "contrario a las leyes que interesan las buenas costumbres", sino simplemente un acto "contrario a las buenas costumbres".

La noción más difundida de **buenas costumbres** es que éstas se identifican con la moral<sup>(57)</sup>. Sin embargo, no existe uniformi-

---

Siendo distintos el objeto y la finalidad de un contrato, es nulo el contrato cuya finalidad es ilícita (contraria a las leyes imperativas, incluidas las que interesan al orden público, y a las buenas costumbres) y es nulo el contrato cuyo objeto es contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres, lo que determina que el contrato cuyo objeto (la obligación) sea contrario a leyes imperativas que no interesan al orden público (leyes imperativas que velan por intereses privados) no es nulo.

Este razonamiento llevaría a la conclusión que la limitación establecida por el artículo 1354 del Código civil, tratándose de contratos cuyo objeto es contrario a normas legales de carácter imperativo no inspiradas en principios de orden público, no produciría efecto alguno.

Como esto es absurdo, resulta necesario interpretar el artículo 1354 para encontrar su verdadero sentido. Una de las principales reglas de interpretación de la ley es que ella debe entenderse en el sentido que pueda tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendría ninguno.

Debe tomarse en consideración, antes de seguir adelante, que la ineficacia de un acto jurídico es la falta de producción de los efectos propios del acto. Esta ineficacia puede tener, a su vez, dos causas: a) la invalidez del acto; y b) las situaciones externas del acto mismo.

Dado que el contrato cuyo objeto es contrario a normas legales de carácter imperativo (que no obedecieran a principios de orden público) no es inválido (las únicas causales de invalidez de los actos jurídicos son la nulidad y la anulabilidad<sup>(58)</sup>), no obstante lo cual alguna consecuencia jurídica debe tener la salvedad expresamente establecida por el artículo 1354, resultaría atendible interpretar este artículo en el sentido que la contrariedad prevista por él constituye una situación externa al contrato que produciría la ineficacia del contenido del mismo. De esta manera, se concedería efecto adecuado al artículo 1354, que interpretado de otra manera no tendría efecto alguno.

dad de criterio respecto del grado de identificación, pues mientras algunos consideran que es absoluto, otros piensan que debe entenderse la moral referida a circunstancias de tiempo y lugar o, en otras palabras, la moral cual es entendida por la opinión común en un momento histórico y en un lugar geográfico determinado<sup>(\*)</sup>.

Es difícil optar por una u otra posiciones pues, por un lado, es cierto que las buenas costumbres no pueden considerarse según un ideal filosófico o religioso, posiblemente extraño en un momento determinado a una realidad social, por otro lado ocurren temporales desviaciones que el juez no debe necesariamente respaldar, atentando contra sus personales convicciones, sino buscar el parecer de lo que significa una sana tradición, permeable a los cambios incuestionablemente producidos a base de respetables criterios de renovación. Personalmente considero que este segundo criterio es el más aconsejable, aunque reconozco que constituye una fuente de incertidumbre que muchas veces puede atentar contra la seguridad jurídica.

En realidad, lo que el ordenamiento jurídico busca con la referencia a las buenas costumbres es una especie de telón de fondo que justifique la reprobación de determinados actos que, siendo vituperables, no están sancionados por ninguna ley imperativa, incluyendo las que interesan al orden público. Si no existiera la

---

Sin embargo, pese a la incuestionable consistencia de este razonamiento, la solución no es completamente satisfactoria porque le falta coherencia.

Ello me ha llevado a abandonarla para plantear, en aras a la organicidad del sistema de nulidades del Código civil, la solución propuesta en el rubro "El problema de las nulidades" del comentario al artículo 1403 del Código civil (infra, Tomo III, pág. 331).

- (\*) Comentando esta última posición arguye RIPERT<sup>(59)</sup> que la regla moral no es sino la regla de conducta dictada por la consideración de un ideal divino o humano. La repetición de un acto inmoral no lo convierte en lícito aunque la inmoralidad devengue en costumbre. El asentimiento general no es suficiente para acostumbrarse al vicio. La lastimosa consagración de una práctica por una opinión extraviada no la legitima.

noción de buenas costumbres los jueces se encontrarían impotentes para declarar la nulidad de actos que repugnan a los conceptos éticos de una sociedad pero que, precisamente por vulnerar principios ideales que más bien están vinculados a nuestra conciencia moral, no se han considerado propios de una censura expresa civil o penal <sup>(\*)</sup>.

Quizá, pues, la denominación de "buenas costumbres" no es la más apropiada, ya que trae a la mente la repetición reiterada de determinadas conductas en el transcurso del tiempo. El que estas costumbres sean buenas, como por ejemplo respetar los compromisos sociales, puede no significar que respondan a un principio moral, no obstante lo cual habrá que calificarlas de buenas costumbres (como lo son) lo que permitiría, con indudable exageración, invocar la contrariedad a ellas como justificación de la nulidad de un acto jurídico.

Si se desea que el orden legal esté inspirado en la regla moral, entendida en un concepto de comprobada vigencia, como lo defiende brillante y denodadamente RIPERT<sup>(60)</sup>, lo más claro habría sido declarar paladinamente que son nulos los actos contrarios a dicha regla, sin recurrir al eufemismo de las buenas costumbres.

Para finalizar este tema, conviene calificar los contratos que incurren en contrariedad con las normas imperativas, incluidas las que interesan al orden público, y con las llamadas buenas costumbres.

---

(\*) Desarrollando este argumento manifiesta CANCINO<sup>(61)</sup> que "de no utilizarse el criterio amplificador de control que le dan al juez las reglas morales y en particular la noción de buenas costumbres, muchos actos escaparían a toda sanción en el orden civil o comercial, pues que no serían atacables por contrariar ley alguna, y ni siquiera el mismo orden público. Muchos serían los actos y negocios francamente inmorales que caerían bajo el control judicial, si nuestros jueces y funcionarios quisieran atender el dictado de las buenas costumbres, dejando de lado un cegatón criterio legalista que les ata las manos al momento de querer sancionar la indecorosa actividad particular".

En ambos casos dichos contratos son *ilícitos*, desde que la ilicitud comprende tanto lo que no es permitido legalmente como lo que no lo es moralmente. La ilicitud de los primeros está fundada en su *ilegalidad* (son contrarios a las leyes imperativas); la de los segundos es en razón de su *inmoralidad* (son contrarios a las reglas morales).

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1354:

- (1) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado". Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 53.
- (2) MARTIN-BALLESTEROS y COSTEA, Luis, "La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo", Editorial Montecorvo, Madrid, 1963, pág. 33.
- (3) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obbligazioni: Dei contratti in-generale", UTET, Torino, 1980, pág. 27.
- (4) FERRI, Luigi, "La autonomía privada", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 5.
- (5) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 52. (1)
- (6) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 11.
- (7) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 21.
- (8) LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 65
- (9) CANCINO, Fernando, "Estudios de Derecho privado", Editorial Temis Librería, Bogotá , 1979, pág. 22.
- (10) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 65. (8)

- (11) CASTRO y BRAVO, Federico de, op. cit., pág. 13. (6)
- (12) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 30.
- (13) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Volumen I, pág. 140.
- (14) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", UTET, Torino, 1977, pág. 5.
- (15) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Volumen II, pág. 127.
- (16) FERRI, Luigi, "Lezioni sul contratto", Nicola Zanichelli S.p.A., Seconda Edizione, Bologna, 1982, pág. 21.
- (17) REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 345.
- (18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 274.
- (19) FERRI, Luigi, op. cit., pág. 42. (4)
- (20) HERNANDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones, Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, pág. 236.
- (21) CANCINO, Fernando, op. cit., pág. 24. (9)
- (22) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1973, Tomo I, Volumen I, pág. 18.
- (23) FERRI, Luigi, op. cit., pág. 45. (4)
- (24) AFTALION, Enrique R., GARCIA OLANO, Fernando y VILANOVA, José, "Introducción al Derecho", Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980, pág. 216.

- (25) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 22.
- (26) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo I, pág. 98.
- (27) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 16.
- (28) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 82.
- (29) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 27. (3)
- (30) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", UTET, Torino, 1975, pág. 524.
- (31) GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 26.
- (32) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 229. (20)
- (33) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, Tomo I, pág. 123.
- (34) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Volumen I, pág. 286.
- (35) LARENZ, Karl, op. cit., pág. 74. (8)
- (36) HEDEMMAN, J.W., "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1958, Vol. III, pág. 66.
- (37) COVIELLO, Nicolás, "Doctrina general del Derecho civil", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 16.

- (38) MALAURIE, citado por GHESTIN, Jacques, "Le contrat formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 85.
- (39) Cita de LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Derecho de obligaciones", Librería Bosch, Barcelona, 1957, pág. 183.
- (40) Cita de LIPARI, Nicolò, "Derecho privado - Un ensayo para la enseñanza", Publicaciones del Real Colegio de España Boloña, 1980, pág. 315.
- (41) Loc. cit.
- (42) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 584.
- (43) CANCINO, Fernando, op.cit., pág. 43. (9)
- (44) LACRUZ BERDEJO, José Luis, op. cit. pág. 183. (39)
- (45) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho civil y comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo I, pág. 47.
- (46) RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar" en "Para leer el Código civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pág. 100.
- (47) GOMES, Orlando, op. cit., pág. 28. (31)
- (48) DORAL, José Antonio y del Arco, Miguel Angel, "El negocio jurídico", Editorial Trivium, Madrid, 1982, pág. 19.
- (49) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 163. (3)
- (50) GALGANO, Francesco, "Diritto civile e commerciale", Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, Volumen II, Tomo I, pág. 273.

- (51) LEON BARANDIARAN, José, "Curso elemental de Derecho civil peruano", Lima, 1970, pág. 45; GARCIA SAYAN, Enrique, "Las nuevas tendencias en el Derecho contractual", Lima, 1942, pág. 55.
- (52) SANTORO PASSARELLI, F., "Doctrinas generales del Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 220.
- (53) RUBIO CORREA, Marcial, "Acto jurídico, orden público y buenas costumbres", Materiales de trabajo para el Magister en Derecho con mención en Derecho civil, Escuela de Graduados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 36.
- (54) "Código civil - Exposición de motivos y comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, Industria Avanzada, Lima, 1985, Tomo IV, pág. 330; VIDAL RAMIREZ, Fernando, "Teoría general de acto jurídico", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 518.
- (55) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 526. (30)
- (56) RUBIO CORREA, Marcial, op. cit., pág. 102. (53)
- (57) TUHR, Andreas von, "Tratado de las obligaciones", Editorial Reus Madrid, 1934, Tomo I, pág. 178; PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo VI, pág. 315; LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 75 (8); LACRUZ BERDEJO, Jos Luis, op. cit. pág. 184 (39); BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 504 (42); CANCINO, Fernando, op. cit., pág. 44 (9).
- (58) ALBALADEJO, Manuel, "El negocio jurídico", Librería Bosch, Barcelona, 1958, pág. 398; LEON BARANDIARAN, José, op. cit., Tomo I, pág. 328 (51); VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit., pág. 506 (54).

- (59) RIPERT, Georges, "La regle morale dans les obligations civiles", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1949, pág. 72.
- (60) RIPERT, Georges, op. cit. pág. VII. (59)
- (61) CANCINO, Fernando, op. cit., pág. 45. (9)

*Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Intervencionismo del Estado.
- 3.- La "crisis" del contrato.
- 4.- Razón de ser del artículo 1355.
- 5.- Aplicaciones del principio contenido en el artículo.
- 6.- El llamado "contrato forzoso".

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Ya se ha visto al analizar los antecedentes del artículo 1354 del Código civil la redacción inicial que tuvo el actual artículo 1355 del mismo Código en la Ponencia original y las modificaciones que sufrió a través tanto de las cinco Ponencias sustitutorias como del Anteproyecto y del primer Proyecto.

El segundo Proyecto suprimió la disposición, que fue reincorporada en el Código civil con el texto anteriormente transcrito.

### 2).- INTERVENCIONISMO DEL ESTADO.-

Al tratar de la historia de la autonomía privada en el comentario al artículo 1354 del Código civil se dijo que en el siglo XIX se consideró el principio de la autonomía privada como un dogma científico, fundado primero en la libertad individual y luego en la protección del desarrollo del comercio. También se anticipó que este

principio está sufriendo últimamente cambios muy importantes, cuyos motivos, caracteres y efectos se estudiarán a continuación.

En otro trabajo <sup>(1)</sup> he descrito la situación actual del principio de la autonomía privada (llamado allí principio de la autonomía de la voluntad), a la que me remito, por lo cual me voy a limitar ahora en este comentario a puntualizar determinados aspectos que permitirán, creo, tener una visión más clara del tema.

### ***Posición del liberalismo.-***

El liberalismo, que surgió como una consecuencia de los ideales que inspiraron la Revolución Francesa, se plasmó con singular nitidez, en lo referente a los contratos, en el Código NAPOLEON, cuyas disposiciones sobre el particular ya se han estudiado. El sistema estaba articulado en dos conceptos: la libertad jurídica y la igualdad jurídica.

A la luz de estos conceptos se construyó una teoría según la cual el adecuado juego de ambos tenía como consecuencia necesaria la justicia contractual, desde que los acuerdos de dos voluntades libres e iguales no podía ser una fuente de injusticia, pues de ser así no lo habrían convenido. Se afirmó, por ello, que "quien dice contractual dice justo".

Siendo así las cosas, el Estado debía ver con satisfacción la existencia de esta armoniosa fuente de las obligaciones, que permitía a los interesados quedar contractualmente gobernados por una regulación creada por ellos para satisfacer sus intereses y necesidades, poniendo como únicos límites los principios del orden público y las buenas costumbres, cuya tutela consideró el Estado que no debía abandonar.

La libertad existente dentro de marcos tan amplios permitió a los particulares crear todas las relaciones imaginables, sin verse constreñidos por límites legales que afectaran su autonomía, al extremo de llegar a decirse que "la libertad es un bien, por lo cual la ley, que limita dicha libertad, es un mal".

## *Motivos de intervencionismo estatal.-*

Es conocido de todos el proceso en virtud del cual la igualdad jurídica, que teórica y formalmente, es una fuente inobjetable de relaciones contractuales justas, ha sufrido un rudo golpe al situarse en un contexto en el que no existe una paralela paridad económica-social, pues no ha sido capaz de evitar los abusos creados por el ejercicio egoísta de un poderío económico, que no ha vacilado en utilizar precisamente su fuerza para beneficiar a quien lo ostenta, en perjuicio de quien, no obstante ser igual jurídicamente, carece de armas para hacer valer esta igualdad. En otras palabras, la igualdad jurídica pierde su eficacia al verse enfrentada por la desigualdad económica.

El Estado, que creyó que al haber concedido a los particulares la libertad y la igualdad jurídicas les había dotado de las herramientas necesarias para construir una relación jurídica justa, constató con alarma que ello no era así, pues había surgido un insospechado factor que destruía su aparentemente bien planeado propósito. Consideró, entonces, que su intervención, limitada a la protección del orden público y de las buenas costumbres, debía tomar un cariz distinto para lograr el restablecimiento del equilibrio roto.

Es entonces, como dicen los STIGLITZ<sup>(2)</sup>, que se alteran los términos y se acuña la idea opuesta: "es la libertad la que esclaviza y es la ley la que liberta".

Por otro lado, el Estado también recapacitó que el contrato privado no era un campo para que los particulares satisficieran egoístamente sus necesidades, sino que debía ser un instrumento adecuado para alcanzar otra finalidad, cuyo logro consideró el Estado que también era de su responsabilidad, como es el nuevo concepto de la solidaridad social.

Finalmente, las necesidades del mundo moderno han puesto claramente de manifiesto que corresponde al Estado la realización de una política económica acorde con los objetivos que la Constitución le impone alcanzar, para lo cual el contrato privado

debe ser modelado también por el Estado para convertirse en medio eficaz de realizar, con la colaboración (voluntaria o forzada) de los particulares, tal política<sup>(1)</sup>.

Como dice MOSSET<sup>(3)</sup>, "el contrato deja de ser la obra exclusiva de las partes para ser de más en más, una obra realizada en cooperación entre las partes y el Estado".

Estas han sido las razones fundamentales que han motivado el intervencionismo del Estado en la contratación privada.

### ***Caracteres del intervencionismo.-***

Ha sido posiblemente JOSSERAND el jurista que más se ha interesado por el problema de intervencionismo estatal en el contrato, que es un fenómeno que él designa con el nombre de *dirigismo contractual*, vocablo que se considera<sup>(4)</sup> ha hecho fortuna.

El dirigismo contractual se manifiesta por un cerco, cada vez más estrecho, del área de la autonomía privada en el campo de la libertad de configuración interna. El Estado considera que su participación en la elaboración del contrato resulta día a día más

---

(\*) Considero que una de las políticas económicas acordes con los objetivos de la Constitución es la prohibición de los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad industrial y mercantil, establecida por el artículo 133 de dicha Carta.

Como el mismo artículo agrega que la ley asegura la normal actividad del mercado, corresponde que el Estado, al amparo de lo dispuesto por el artículo 1355 del Código civil, imponga reglas destinadas a combatir los abusos que cometan quienes, debido a encontrarse en posición de monopolio u oligopolio en el tráfico masivo de bienes y servicios fuercen la voluntad de los consumidores de dichos bienes por razón del estado de necesidad en que se encuentren.

Téngase presente, al respecto, lo que se manifiesta en los comentarios a los artículos 1390 y 1392 del Código civil.

necesaria, orientada a establecer reglas que deben ser observadas por los particulares cuando, en ejercicio de su libertad de conclusión (libertad de contratar), deciden celebrar un contrato. Estas reglas son de la más variada naturaleza y dirigidas a cautelar intereses de distinta índole.

Pese a que algunas de estas reglas tienen carácter dispositivo, o sea que constituyen un régimen supletorio de la voluntad de las partes, la gran mayoría tienen carácter imperativo, pues el Estado está decidido a jugar un rol activo en la configuración del contrato, dejando menos margen a la autonomía privada.

### ***Efectos del intervencionismo estatal.-***

El dirigismo contractual no sólo se manifiesta en dictar pautas respecto a la interpretación del contrato, como ocurre en el caso del artículo 1401 del Código civil, según el cual las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra, sino que va más allá y se orienta a impedir la concertación de determinadas cláusulas o imponer que otras sean observadas obligatoriamente, quedando automáticamente insertas en los contratos a celebrarse.

Es más, como se verá dentro de poco, las reglas estatales no sólo se elaboran para regir en los futuros contratos que se celebren con posterioridad a su dación, sino que, ingresando al campo de la obligatoriedad del contrato, algunas tienen por finalidad sustituir las cláusulas discordes puestas por las partes en contratos ya celebrados (artículo 1339 del Código civil italiano).

En otro aspecto, el efecto del intervencionismo estatal se refleja, como lo pone de manifiesto GARCIA SAYAN<sup>(5)</sup>, en la creación de un derecho de clase, en que se favorece a determinadas categorías generales de contratantes, que se suponen se encuentran genéricamente en situación de debilidad (el trabajador, el arrendatario, el deudor), en detrimento de otros, aun cuando tal debilidad no se haya manifestado en la contratación (por ejemplo, en

la actual situación de exceso de ofertas de dar en arrendamiento inmuebles, el arrendatario no se encuentra necesariamente en situación débil y puede concertar un contrato en el cual ha actuado con absoluta libertad, no obstante lo cual se le coloca legislativamente en la posición privilegiada de no serle aplicables determinadas estipulaciones contractuales).

Por último, el Estado ha pasado del campo de la libertad de configuración interna del contrato al de la libertad de conclusión, pretendiendo establecer la obligación de contratar. Este tema, que ofrece extraordinaria dificultad, será estudiado con mayor detenimiento al tratar sobre el llamado "contrato forzoso".

### ***Sentido de la expresión "socialización del contrato".-***

Ha causado preocupación la tendencia a considerar el intervencionismo del Estado en la contratación como una manifestación de lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado "socialización del contrato".

Se piensa que esta socialización debe ser entendida en el sentido de aproximamiento al "socialismo", con lo cual se le da una marcada connotación política. La similitud de las palabras ha dado lugar a esta posición.

Sin embargo, la utilización de la palabra "socialización" está orientada a poner de manifiesto que el Derecho civil (y también el derecho del contrato) debe inspirarse en el *espíritu de socialidad*, para atenuar su carácter individualista<sup>(6)</sup>. En sentido parecido VALLESPINOS<sup>(7)</sup> expresa que el vocablo denota la rebelión del mundo jurídico contra el sistema individualista y cita a Germán BIDART CAMPOS, quien señala que "la socialización, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los bienes, hacia la propiedad común de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico".

Dice SPOTA<sup>(8)</sup> que "el contrato tiende a *socializarse*, es decir a tener un aspecto social, en el sentido que los derechos y los

deberes deben ser ejercidos *funcionalmente*, sin desviar los fines económicos, los fines éticos, los fines sociales que el ordenamiento legal ha tenido en cuenta”, agregando que en su concepto, lo acertado sería hablar de la *función social del contrato*.

MICCIO<sup>(9)</sup>, por su parte, piensa que la locución tiende a expresar que las relaciones jurídicas deben ser sociales, en cuanto a desen-volverse en el campo social.

Para terminar este punto, conviene destacar que HERNANDEZ GIL<sup>(10)</sup>, refiriéndose al rechazo de la individualidad por la socialización, aclara que no es tanto la individualidad lo que combate cuanto el que ésta aparezca polarizada por la voluntad, agregando que considera que la socialización ha recibido dos versiones jurídicas: una, la creación de un Derecho específicamente social; y otra, la revisión, desde el punto de vista social, del ordenamiento jurídico.

### 3).- LA “CRISIS” DEL CONTRATO.-

Se ha escrito mucho sobre la “crisis del contrato”<sup>(11)</sup>. Otros prefieren hablar de la “decadencia del contrato”<sup>(12)</sup>. Incluso se ha llegado a afirmar la “muerte del contrato”<sup>(13)</sup>.

Estos fenómenos, tan dramáticamente denominados, se atribuyen principalmente a dos causas: el intervencionismo del Estado en la contratación privada, que ha determinado una presencia muy activa de los poderes públicos en la regulación del contrato; y la contratación en masa, que ha dado lugar a que el cliente anónimo pierda su facultad de modelar el contrato.

El primer fenómeno ha sido materia del rubro precedente de este comentario; el segundo será examinado al comentar el artículo 1392 del Código civil.

Voy a analizar a continuación las consecuencias del intervencionismo del Estado para establecer si, efectivamente, él ha determinado que el contrato privado se encuentre en crisis, enten-

da ésta en su significado de mutación importante en la vida del contrato, o ha sido causa de su declinación o aun de su fin.

Sería largo enumerar detalladamente tales consecuencias, pero entre ellas cabe destacar, por lo significativas, las siguientes, sin juzgar por ahora su bondad: la protección del economicamente débil; el restablecimiento del equilibrio económicamente roto, manifestado a través de la rescisión del contrato por lesión y de su resolución por excesiva onerosidad de la prestación; el aumento de los tipos contractuales; la presunción de la culpa leve en la responsabilidad contractual; la inserción automática de cláusulas de origen legal; las restricciones a la libertad de configuración interna; la llamada contratación forzosa; el aumento de las normas imperativas en materia contractual; el fortalecimiento de los principios de orden público con la inclusión del orden económico; la intervención administrativa en la contratación a base de cláusulas generales.

### ***Posición contraria al intervencionismo.-***

Piensa un sector de la doctrina<sup>(14)</sup> que estas consecuencias del intervencionismo del Estado han afectado adversamente la contratación por significar el sacrificio de la seguridad y de la estabilidad de las relaciones privadas, generando la confusión, el desorden, la desconfianza y paralizando la iniciativa y el tráfico regular de los individuos.

Se agrega que se está fomentando la reconstrucción de un derecho de clases al constituirse el prototipo del contratante débil, que traslada al contrato el problema de la estratificación social y de la lucha de clases. En este sentido se dice que es difícil que este prototipo resista la tentación de ampararse en el proteccionismo estatal para convertirse, con la ayuda de Este, en el contratante fuerte, que impone condiciones, trastrocándose así los papeles.

En otro orden de ideas, se dice que está en juego el valor supremo del contrato privado, que es su obligatoriedad. En la medida que el intervencionismo del Estado determine, por una bene-

volencia excesiva, que el vínculo jurídico creado por el contrato pueda dejar de atar a las partes, se habrá destruido la razón de ser del contrato. “El deudor puede faltar a sus compromisos –dice JOSSERAND– bajo el ojo indiferente, cuando no estimulante, de los poderes públicos. Así como un día se apartó de las leyes divinas hoy se aleja visiblemente de la ley moral. Las leyes que consagran la decadencia de la fuerza obligatoria del contrato pagarán el más pesado tributo que jamás haya sido pagado por el Derecho”.

### ***Posición favorable al intervencionismo.-***

Frente a dicha tesis adversa, se yergue la de aquellos que, en franco desacuerdo, defienden el valor y la necesidad de la intervención estatal. Los argumentos que se esgrimen son de la más variada naturaleza.

En primer lugar se aduce<sup>(15)</sup> que mediante la actuación del Estado se llega a obtener la igualdad de los contratantes, no sólo en sentido jurídico formal, sino en sentido económico y equilibrar las diferencias de poder existentes.

Por otro lado, es conveniente que el Estado deje de jugar el rol de espectador en la configuración del contrato y participe activamente en su elaboración, pues tiene el deber de cuidar que las relaciones contractuales respondan a las necesidades de la solidaridad social, que es un principio cuyo respeto es indispensable observar.

El contrato privado ha dejado de ser obra exclusiva de los particulares para convertirse en el producto de la acción conjunta de ellos y del Estado, con miras a obtener la satisfacción de necesidades comunes. La vida moderna pone cada vez más de manifiesto que es indispensable la colaboración de unos y otro para conjugar sus respectivos intereses, pues si bien corresponde a los particulares establecer entre sí relaciones jurídicas, corresponde también al Estado velar porque tales relaciones se encuentren dentro del marco del orden social, desde que el contrato es actualmente un fenómeno social y no exclusivamente individual<sup>(16)</sup>.

MESSINEO<sup>(17)</sup> nos habla de un contrato moderno que oscila entre el *perfil tradicional* de la espontaneidad y el *nuevo* de la *automática imputación de los efectos* a los contratantes, haciendo abstracción del elemento "voluntad", con lo cual se intenta encontrar una satisfacción del criterio de utilidad general o de salvaguarda de los intereses colectivos, agregando que cuando la utilidad general no se imponga imperiosamente, es válida la exigencia de que el contrato debe ser tal como es querido por las partes.

### ***Posición personal.-***

Creo que para enfocar correctamente el rol del intervencionismo del Estado debemos retroceder un tanto y situarnos en el tema del fundamento de la autonomía privada (supra, Tomo I, pág.259), que es el poder de los hombres de vincularse obligatoriamente entre sí.

Si admitimos que dicho fundamento se encuentra en la propia naturaleza humana que conlleva, como elemento inseparable de la misma, la libertad, lo cual determina que en la voluntad libre del hombre se encuentra el origen del contrato, o sea si aceptamos la teoría individualista, entonces tendremos que reconocer que el intervencionismo estatal ataca la subsistencia del contrato.

En efecto, entendido el contrato como el resultado del ejercicio del poder innato del sujeto de contraer obligaciones jurídicas, cuya voluntad individual posee una originaria virtud creativa de relaciones jurídicas, la autonomía privada no puede tener más límites que los que la separan de la ilicitud, o sea el respeto a los principios de orden público y a las buenas costumbres (la legalidad y la moralidad). En la medida que el Estado interviene desde afuera para cercenar ese poder, coparticipando con los individuos en la formación del contrato, se está cambiando la naturaleza del mismo, porque corresponde a los particulares y no al Estado crear relaciones jurídicas entre los primeros.

Bien puede el Estado, dentro de esta tesis, dictar leyes de aplicación general o particular, desde que ello está dentro del ám-

bito de su potestad imperativa, pero no puede sustituir la voluntad humana cuando se trata de vincular jurídicamente a los individuos entre sí, desde que esto último está reservado a la autonomía privada.

Se comprende fácilmente que, de acuerdo a este razonamiento, el intervencionismo estatal, con su inevitable consecuencia de sustraer a la voluntad individual la potestad exclusiva de formar el contrato, constituye un atentado directo contra el concepto individualista de la autonomía privada, lo que determina que el contrato haya perdido algo que está en su esencia, en su razón de ser, como es el poder de autodeterminación por los contratantes. No hay duda que, miradas así las cosas, el contrato no sólo está en decadencia sino en agonía, su muerte se aproxima.

Empero, si aceptamos la teoría normativista, como considero que debe hacerse, la situación varía radicalmente.

Recordemos que según esta teoría la autonomía privada, o sea el poder reconocido a las personas de crear relaciones jurídicas obligatorias entre sí, no tiene su origen en la libertad humana sino en el ordenamiento jurídico. Es este ordenamiento el que, teniendo en principio la potestad de regular todas las relaciones jurídicas, se abstiene de ejercer parte de esa potestad (la relacionada con la regulación de las relaciones jurídicas patrimoniales entre los particulares) y la delega (entendiendo el verbo delegar en su acepción de concesión de atribución) a estos particulares para que ellos la ejerzan libremente dentro de determinados límites. Respetados estos límites, la autonomía privada es absoluta, en el sentido que las relaciones jurídicas creadas a su amparo son obligatorias.

Por influencia de las ideas liberales que inspiraron el Código NAPOLEON, durante gran parte del siglo XIX el Estado consideró que los únicos límites que era conveniente poner a la autonomía privada delegada en los contratantes eran el respeto a los principios de orden público y a las buenas costumbres. Fuera de ellos, dejó un amplio campo de actuación a la libertad, y consiguiendo potestad, de elaborar el contrato.

Obsérvese que aún en este periodo histórico existió intervencionismo del Estado (los particulares no eran absolutamente libres de regular entre sí sus relaciones jurídicas patrimoniales), pero ejercido con gran desprendimiento, pues sólo conservó para sí la potestad de hacer respetar el orden público y las buenas costumbres. El resto de su poder en el área contractual lo delegó en los particulares.

Alarmado por los desequilibrios que, pese a la libertad e igualdad jurídicas, la desigualdad económica de los contratantes estaba creando en las relaciones contractuales, el Estado decidió recobrar paulatinamente las facultades que había delegado a los particulares, estrechando el campo de acción de la autonomía privada. No es que delibitó la autonomía privada, afectando su potestad de crear relaciones obligatorias, sino que redujo la amplitud de su ejercicio. Puede decirse, pues, que ha existido una limitación cuantitativa, pero no cualitativa<sup>(\*)</sup>.

Es así como empieza el proceso que caracteriza la etapa de socialización del contrato privado, en el cual el principio de solidaridad social cobra cada día mayor importancia, todo ello aunado al nuevo rol que el Estado ha asumido de dirigir la política económica, cuyas consecuencias son el creciente intervencionismo del Estado en la contratación.

Reitero, para explicar mejor mi posición, que el rol del contrato no ha cambiado en este proceso, pues continúa siendo la fuente de relaciones jurídicas plenamente obligatorias. Tal como dice SPOTA<sup>(18)</sup>, "la fuerza obligatoria del contrato no declina: aun puede hablarse de la 'soberanía' del contrato, entendida ésta en el sentido del logro de un equilibrio entre la idea individual y la social".

---

(\*) TOULEMONT<sup>(19)</sup> nos habla del peligro que significaría el debilitamiento de las obligaciones contractuales, pues si los hombres se acostumbran a no respetarlas, bien pronto se acostumbrarían a no respetar las obligaciones legales. "El menosprecio, dice, de la ley aceptada por contrato precede muy de cerca al olvido de la ley en general".

El artículo 1355 del Código civil, al establecer que la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, no debilita ni desvirtúa el artículo 1361 del mismo Código, según el cual los contratos son *obligatorios* en cuanto se haya expresado en ellos.

Lo que ocurre, simplemente, es que el acuerdo entre las partes a que se refiere el artículo 1351 del Código civil sólo puede versar sobre los aspectos que le permite la ley, pero una vez llegado a ese acuerdo dentro de estos límites, lo convenido sigue siendo ley entre las partes que han celebrado el contrato.

Podría objetarse que la posibilidad de que el contrato sea resuelto por excesiva onerosidad de la prestación o rescindido por lesión da lugar a que el acuerdo contractual no tenga los efectos obligatorios convenidos por las partes. Empero, esta objeción pierde su fuerza si se toma en consideración que tales partes sabían, al momento de celebrar el contrato, que su obligatoriedad estaba supeditada a la existencia de estos riesgos, de tal manera que la actualización de ellos no era una circunstancia imprevista. El acuerdo continúa, pues, siendo obligatorio dentro de los cauces previstos por los contratantes.

En estas condiciones, la esencia del contrato (su efecto obligatorio) no ha variado. Lo que ha cambiado es el marco dentro del cual el contrato produce su efecto. Ya no es el marco ancho del siglo XIX, lleno de libertad y de confianza en la aptitud del hombre para crear relaciones necesariamente justas, sino el estrecho del siglo XX, que constató la realidad de la desigualdad económica de los contratantes y la importancia determinante de los principios socio-económicos.

El Derecho de los contratos, si bien en los primeros momentos del cambio pareció impasible ante una realidad que desviaba el acuerdo contractual de sus antiguos y tranquilos cauces, no se encastilló posteriormente en su tradicional esquema de la autonomía privada estructurado a base dos libertades irrestrictas: la libertad de conclusión y la libertad de configuración interna, y supo, como dice el ilustre SAVATIER<sup>(20)</sup>, superar magníficamente los

riesgos de dislocación, de disolución. Por ello, puede afirmarse, siguiendo a LIPARI<sup>(21)</sup>, que la "nueva realidad y la nueva perspectiva —en vías de evolución cada vez más rápida— de la dinámica de las relaciones económico-sociales demuestran cómo se afirman poderosamente un determinado tipo de técnicas formativas del contrato que hoy van sobreponiéndose a las formas clásicas, con tendencia a invertirse las proporciones cuantitativas entre ellas"<sup>(\*)</sup>.

La conjunción de estos dos elementos, la adaptación del contrato a los cambios socio-económicos (como efecto de un intervencionismo estatal más marcado) y el mantenimiento de su fuerza obligatoria, ha determinado que la contratación privada tenga actualmente un auge impresionante. No sólo se contrata más que antes sino que existe más variedad de contratos (típicos y atípicos), lo que demuestra que el contrato sigue siendo la herramienta jurídica más eficaz para el ejercicio de la autonomía privada.

Si entendemos la crisis del contrato privado como una mutación importante en su desarrollo, que es el criterio a mi parecer adecuado, no cabe duda que nos encontramos frente a una grave crisis del mismo. Pero no una crisis que determina la declinación del contrato y conduce a su muerte, sino una crisis orientada a adecuarlo a una realidad nueva y cambiante, con maravillosas posibilidades de superación. Vale la pena que todos los que presenciemos esta crisis ayudemos, no a superarla (desde que no es perjudicial), sino a realizarla.

---

(\*) JOSSE RAND<sup>(22)</sup> dice sobre el particular que "al concepto contractual del derecho romano tal como lo habían acogido los redactores de nuestro Código civil, sucede un instrumento jurídico muy diferente, que toma sus puntos de apoyo sobre otros postulados que los del derecho tradicional, pero que no por ello deja de estar dotado de una gran vitalidad, y cuyo rol, lejos de ser reducido, será más importante, más cargado de juridicidad que el de su antecesor. A tiempos nuevos, instituciones nuevas. Por la realización de este aforismo de buen sentido se transforma en nuestros días el derecho de los contratos".

#### 4).- RAZON DE SER DEL ARTICULO 1355.-

No cabe duda que la razón de ser del artículo del rubro es principalmente regular el intervencionismo del Estado en la contratación. Para captar a cabalidad la manera de alcanzar este objetivo, dicho artículo debe ser examinado desde varios ángulos.

##### *Sentido del artículo.-*

A fin de conocer el verdadero sentido de este artículo resulta conveniente volver a sus antecedentes (supra, Tomo I, pág. 234).

La versión contenida en el artículo 3 de la primera Ponencia sustitutoria era la siguiente:

**Artículo 3.-** La ley podrá por consideraciones de interés social, público o ético, imponer estipulaciones o establecer limitaciones al contenido del contrato.

Las estipulaciones se considerarán automáticamente incluidas, formando parte de la declaración contractual.

Las limitaciones operarán también automáticamente, entendiéndose excluido del contrato todo lo que las contravenga.

Esta redacción dejaba en duda respecto a si las estipulaciones y limitaciones impuestas por la ley se aplicarían solamente a los contratos a celebrarse después de dictada la ley, o también a los ya celebrados.

Tal duda fue despejada por el artículo 4 de la segunda Ponencia sustitutoria, que decía:

**Artículo 4.-** La ley podrá por consideraciones de interés social, público o ético, imponer estipulaciones o establecer limitaciones al contenido *que deben tener* los contratos.

Las estipulaciones, inclusive aquéllas referentes a precios

de bienes o servicios, se considerarán automáticamente incluidas en los contratos *a celebrarse*, formando parte de la declaración contractual, aún en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes.

Las limitaciones operarán también automáticamente, entendiéndose excluido del contrato *a celebrarse* todo lo que las contravenga.

Es evidente que el propósito de este nuevo texto es destacar que las estipulaciones y limitaciones establecidas por la ley sólo se aplicarían a los contratos *a celebrarse* en el futuro, y no a los ya existentes en el momento de entrar en vigencia la ley.

Sin embargo, el panorama vuelve a ponerse confuso cuando en el artículo 4 de la cuarta Ponencia sustitutoria se suprimieron la expresión "que deben tener" en el primer párrafo y todo el tercer párrafo del artículo 4 de la segunda Ponencia sustitutoria, desde que, si bien esas supresiones ponen en evidencia el propósito de eliminar el criterio de la futuriedad del contrato, se conservó en el segundo párrafo la expresión "contratos *a celebrarse*", con lo cual se mantuvo el indicado criterio. Esto último, por otro lado, no se condice con la última parte de dicho párrafo que indica que las reglas y limitaciones forman parte de la declaración contractual *aún en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes*, lo que constituye una innegable referencia a que el contrato ya contiene tales cláusulas, o sea que ya sido celebrado.

La Exposición de Motivos de este artículo, empero permite inferir que no hubo en el codificador voluntad de cambio, pues dice que debe entenderse que el dispositivo no debe ser interpretado en el sentido que las estipulaciones o limitaciones establecidas por ley puedan ser aplicables a los contratos ya celebrados antes de su dación, pues ello importaría admitir el principio de la retroactividad de la ley respecto a contratos existentes antes de su vigencia, lo que sería riesgoso para la estabilidad contractual y la actividad económica y comercial en general.

Parece no existir coherencia, pues, entre el texto del artículo 4 de la cuarta Ponencia sustitutoria y su respectiva Exposición de Motivos.

La redacción de dicho artículo 4 fue conservada por el artículo 1373 del primer Proyecto.

En el Anteproyecto de la Comisión Revisora se mantuvo el artículo 1373 del primer Proyecto y se agregó un nuevo artículo, que llevó el número 1373-A, con el siguiente texto:

**Artículo 1373-A.-** Las disposiciones sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes. Son imperativas cuando expresamente prohíben pacto distinto.

Se sugirió entonces unificar los artículos 1373 y 1373-A en uno solo, cuyo tenor sería el siguiente:

**Artículo 1373.-** Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas por su naturaleza o que por mandato legal no admitan pacto contrario o distinto.

Las salvedades a que se refiere el párrafo anterior se consideran automáticamente incluidas en los contratos, forman parte de la relación contractual y sustituyen las cláusulas que en contrario hayan sido introducidas por los contratantes.

Obsérvese que esta sugerencia eliminaba toda duda respecto a que las disposiciones imperativas integraban los contratos ya celebrados.

Empero, el vigente artículo 1355 ha suprimido el segundo párrafo del artículo 1373 del Anteproyecto de la Comisión Revisora, no habiéndome sido posible conocer las razones de esta supresión. ¿Se debe a un rechazo del contenido de dicho segundo párrafo, en cuanto disponía la inclusión automática en los contratos de las reglas o limitaciones, o bien a la consideración de que tal párrafo, por ser obvio que no era sino una explicación de cómo

opera el primer párrafo, resultaba innecesario? Lo cierto es que la supresión ha dado lugar a que se pierda la conexión que dicho segundo párrafo establecía con el artículo 1339 del Código civil italiano, en el cual se inspiraba, lo cual va a dificultar la interpretación del artículo 1355, que ha quedado, por lo tanto, con el siguiente texto: "La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos".

Si bien no cabe duda que las reglas y limitaciones deben observarse en los contratos a celebrarse después de la entrada en vigencia de la ley que las impone, la situación no es tan evidente en el caso de los contratos ya celebrados.

En efecto, puede aducirse, en primer lugar, que si un contrato ya ha sido celebrado con el contenido que le han dado las partes, las estipulaciones de dicho contrato son obligatorias entre ellas y no pueden ser modificadas por una ley posterior, porque ello equivaldría a crear una relación jurídica distinta de la convenida por los contratantes. En segundo lugar, que este procedimiento determinaría dar a la ley efecto retroactivo.

Conviene reflexionar sobre estos argumentos. Para ello, debe tomarse en consideración que si el artículo 1355 dice que la ley puede *imponer* reglas o *establecer* limitaciones, debe entenderse que se trata de una ley imperativa y no meramente dispositiva. Lo que se impone o establece legalmente, obliga a su cumplimiento.

En estas condiciones, si el propósito del artículo 1355 fuera que las reglas y limitaciones se aplicaran sólo a los contratos a celebrarse, ese propósito ya habría sido alcanzado por el artículo 1354 que, como se ha visto, no permite que las partes den al contrato un contenido contrario a norma legal de carácter imperativo. El artículo 1355 resultaría, pues, innecesario y, por ello, no tendría efecto propio alguno.

Es preciso, pues, encontrar al artículo 1355 una significación que justifique su existencia, que explique su rol en nuestro ordenamiento civil, desde que una de las reglas de interpretación de la ley es que, a semejanza de los contestos, sus disposiciones deben

interpretarse en el sentido que tengan algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno. Creo que esto sólo se logra interpretando dicho artículo en el sentido que las reglas y limitaciones a que él se refiere rigen también para los contratos que se encuentran vigentes en el momento de la expedición de la ley que las establece.

Esta interpretación encuentra su justificación en las siguientes razones:

- a).- La historia del artículo 1355 revela que el legislador ha ido abandonando su criterio inicial de que las reglas y limitaciones sólo eran aplicables a los contratos a *celebrarse*. Como la única alternativa es que se apliquen también a los contratos *ya celebrados*, tal abandono sólo encuentra explicación si se entiende que el legislador ha optado por esta última solución.
- b).- Esta opción guarda coherencia con el sistema civil peruano, pues el artículo III del Título Preliminar del Código civil dispone que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, con lo cual se está aceptando la teoría de la aplicación inmediata de la ley, que no significa darle fuerza ni efectos retroactivos.

En tales condiciones, como el contrato constitutivo crea una relación jurídica patrimonial, toda ley imperativa dictada con posterioridad al mismo se aplica a las consecuencias de dicha relación, con lo cual se explica por qué las reglas y limitaciones impuestas por la ley son aplicables a los contratos ya celebrados, sin que esto signifique, por indicación expresa del citado artículo III del Título Preliminar, que la ley tenga efectos retroactivos.

Pierde así sustento el argumento de que la aplicación de las reglas y limitaciones establecidas por la ley a los contratos ya celebrados importa admitir el principio de la retroactividad de la ley.

- c).- Si los contratantes saben que, por razón del artículo 1355 del Código civil, las reglas y limitaciones que imponga la ley en el futuro se aplicarán a los contratos ya celebrados, no

obstante lo cual celebran el contrato, están aceptando esta contingencia. Ello determina que uno de los efectos previstos al celebrar el contrato es tal aplicación.

Es razonable, pues, admitir 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.

Por lo mismo, cabe pensar que la supresión del segundo párrafo del artículo 1373 del primer Proyecto obedeció a considerarse que representaba una norma superflua, pues ya estaba contenida implícitamente en el primer párrafo de dicho artículo. Esto volvería a traer una conexión entre el artículo 1355 del Código civil peruano y el artículo 1339 del Código civil italiano, pues ambos tendrían contenido similar.

Surge el problema, ya destacado por ARIAS SCHREIBER<sup>(23)</sup>, referente a si el artículo 1355 del Código civil de 1984 es aplicable a los contratos celebrados antes de la vigencia de este Código.

No hay duda que, no existiendo en el Código civil de 1936 una norma similar al artículo 1355 del Código civil vigente, el argumento expuesto en el punto c) que precede deja de tener valor, pues los contratantes no habían previsto, al celebrar el contrato, la posibilidad de que éste fuera modificado en razón de reglas y limitaciones establecidas por una ley posterior.

Empero, debe tenerse presente que el artículo 2121 del Código civil de 1984 establece que, a partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Según opinión de RUBIO<sup>(24)</sup>, que comparto, este artículo consagra, al igual que el artículo III del Título Preliminar, la teoría de los hechos cumplidos, según la cual "los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley, se rigen por ésta; los cumplidos después de su promulgación por la nueva".

Esta teoría es, por lo demás, de aceptación general, pues como dice GHESTIN<sup>(25)</sup>, es "incontestable que el legislador contem-

poráneo demuestra una neta preferencia por la aplicación inmediata de las leyes nuevas", lo que determina que "la ley nueva puede privar de toda eficacia, para el porvenir, a las estipulaciones que eran válidas al momento en que el contrato fue celebrado".

Por lo tanto, el artículo 1355 del Código civil se aplica también a las consecuencias de las relaciones jurídicas creadas por contratos celebrados antes del 14 de noviembre de 1984. Debe entenderse que son consecuencias de las relaciones jurídicas las prestaciones que están pendientes de ejecución, aun cuando las obligaciones que las generan hayan estado regidas por la ley anterior.

Como síntesis de todo lo anteriormente expuesto puede llegarse a la conclusión (admitiendo que el segundo párrafo del artículo 1373 del primer Proyecto está invóluto en el artículo 1355 del Código civil) que si las reglas y limitaciones de que trata este último artículo existen antes de la celebración del contrato, se incorporan automáticamente a éste, siendo ineficaces las cláusulas que se estipulen en contra de ellas; si las reglas y limitaciones se dictan con posterioridad a la celebración del contrato, las cláusulas existentes que fueran opuestas a ellas quedan automáticamente sustituidas, sin que sea necesaria una indicación expresa de la ley en ese sentido.

### ***Carácter de las leyes que imponen las reglas y limitaciones.-***

El artículo 1355 dice que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético .... Podría pensarse, dada la redacción del artículo, que las reglas que se imponen y las limitaciones que se establecen deben provenir sólo de leyes inspiradas en dichos intereses, y no de las que no lo están.

Creo que una interpretación en ese sentido sería una fuente inacabable de conflictos, pues se discutiría en cada caso si la respectiva ley está inspirada o no en consideraciones de interés social, público o ético.

Entiendo que la referencia a estos intereses se orienta, a la

luz de los trabajos preparatorios del Código, en el sentido de ser una recomendación hecha al legislador a fin de que éste, al dictar leyes que impongan reglas o establezcan limitaciones al contenido de los contratos, lo haga obedeciendo a consideraciones de interés social, público o ético, a fin de que las restricciones a la autonomía privada sólo obedezcan a razones de gran importancia para la organización jurídica del país. Tal referencia no está dirigida a los contratantes, quienes deben comprobar la existencia de la ley y no su justificación.

En esta línea de pensamiento, considero que todas las leyes que imponen reglas o establecen limitaciones al contenido de los contratos, cualquiera que sean las consideraciones que las motivan, son obligatorias y deben ser observadas por los contratantes.

En cuanto al carácter del interés cuya protección debe tomar en consideración el legislador, pienso que el interés público y el interés social están vinculados a los principios del orden público y que el interés ético se relaciona, más bien, con las buenas costumbres que, como se ha visto, responden a criterios de moralidad. Puede observarse, pues, la íntima vinculación que tiene el artículo 1355 del Código civil con el artículo V del Título Preliminar del mismo Código, observada ya por ARIAS SCHREIBER<sup>(26)</sup>.

Pienso que si la ley no se inspira en consideraciones de interés social, público o ético será siempre de cumplimiento obligatorio pero la inobservancia de ella no dará lugar a la nulidad del contrato (por su contrariedad a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres) sino únicamente a la ineficacia del mismo por su disconformidad con las leyes imperativas, por las razones expuestas en el comentario al artículo 1354 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 284), salvo que se aceptara el planteamiento formulado en el comentario al artículo 1403 del mismo Código (infra, Tomo III, pág. 331).

### ***Contratos a los que se aplica.-***

La referencia contenida en el segundo párrafo del artículo 1373 del primer Proyecto a los precios de bienes o servicios ha dado pie a pensar que el artículo 1355 del Código civil se aplica únicamente a los contratos de provisión de bienes o servicios al público en general, o sea a la contratación en masa.

No deja de tener cierto sustento esta posición, desde que, en muchos casos, la ley impone reglas o establece limitaciones aplicables a contratos de gran difusión, orientándose a proteger a determinada clase de contratantes (a los consumidores de productos de primera necesidad al señalar los precios de éstos; a los inquilinos al determinar los límites de la renta; a los usuarios de servicios públicos al señalar las tarifas).

Sin embargo, el hecho de que esto ocurra con frecuencia no tiene necesariamente la significación limitativa que se le quiere dar.

Nada en el texto del artículo 1355 del Código civil permite inferir que está dirigido solamente a regular un tipo especial de contratación. Puede darse el caso de reglas o limitaciones, como el establecimiento de las tasas máximas de interés o la nulidad de la renuncia a las acciones fundadas en vicios de la voluntad, que son aplicables tanto a la contratación masiva como a la más particular o sofisticada.

Por otro lado, la ubicación del artículo 1355 en las disposiciones generales de los contratos pone de manifiesto su generalidad.

Comentando el artículo 1339 del Código civil italiano, cuya conexión con el artículo 1355 del Código civil peruano se ha resaltaado anteriormente, dice CASELLA<sup>(27)</sup> que según la reciente doctrina se trata de una norma de "carácter general en sentido absoluto", porque concierne a todos los contratos y se refiere a todas las normas cogentes que integran o sustituyen las cláusulas contractuales.

### ***Finalidad del artículo.-***

El artículo 1355 del Código civil está fundamentalmente orientado a poner claramente de manifiesto el reconocimiento del rol tutelar del Estado en la contratación. No cabe duda actualmente que el contrato ha dejado de ser un coto vedado de los particulares que, sin más limitaciones que el respeto a los principios del orden público y las buenas costumbres, estaban en amplia libertad para regular el contenido del contrato, para convertirse en un instrumento adecuado para que, a través de él, pueda cumplir el Estado los fines de protección social y gobierno del orden económico que le son propios.

En aplicación del artículo 1355 puede el ordenamiento jurídico restringir la autonomía privada a un campo más estrecho, en el cual su actuación no vulnere principios que dicho ordenamiento considera dignos de tutela. Obsérvese que dicho artículo se refiere exclusivamente a la imposición de reglas y al establecimiento de limitaciones al contenido de los contratos (se entiende sin desnaturalizarlos), de tal manera que está circunscrito a acotar la libertad de configuración interna, sin afectar la libertad de conclusión. No se podría, pues, en virtud del artículo 1355 modificar el tipo contractual y convertir, por ejemplo, un arrendamiento en compraventa.

Comprendo que el artículo 1355, aún con esta taxativa, concede al Estado un arma muy poderosa, pero pienso que si, tal como lo plantea dicho artículo, la facultad de imponer reglas y establecer limitaciones al contenido de los contratos se ejerce dentro de ámbito del interés social, público o ético, dicha arma puede contribuir magníficamente no sólo al logro de la justicia contractual sino también a adaptar el contrato a las necesidades de la vida moderna, como es el caso de la contratación masiva.

Entendido en el sentido que la imposición de reglas y el establecimiento de limitaciones permiten la sustitución automática de cláusulas contractuales disconformes con estas reglas y limitaciones, el artículo 1355 cumple una segunda finalidad también muy importante, que es la conservación del contrato.

Si no existiera el artículo 1355, entendido en ese sentido, el fantasma de la nulidad rondaría el contrato, pues bastaría su contrariedad con una norma imperativa inspirada en el orden público o en las buenas costumbres para que tal sanción fuera obligatoriamente aplicable.

Desde luego, queda la duda si el contrato así conservado es el mismo contrato que las partes quisieron celebrar, o si la inserción automática de cláusulas puede llegar a deformarlo tanto que las partes, de haberlo sabido, no lo habrían celebrado.

Esta duda no se puede disipar y constituye uno de los problemas teóricos más serios que suscita el intervencionismo del Estado en la contratación<sup>(\*)</sup>. Pienso que si el contrato debe seguir jugando un rol importante en la creación de relaciones jurídicas entre los particulares, tiene que adecuarse a este nuevo sistema según el cual el contrato es el producto de una actuación conjunta de los particulares y del Estado. Sólo así el contrato continuará siendo un instrumento apto para el ejercicio de la autonomía privada dentro de los nuevos límites que se le han impuesto.

### ***Contenido y efectos del contrato.-***

En razón de lo expuesto en el comentario del artículo 1354 y

---

(\*) SACCO<sup>(28)</sup> enfoca este problema en la siguiente forma: "La presencia de normas imperativas, dice, que preve la sustitución de cláusulas legales a aquéllas queridas que las partes, pone graves problemas de definición; como algunos teóricos han observado ya, pone en crisis la definición misma del contrato.

"Una apertura, en efecto, contrapone a la (vieja, más bien difunta) figura del contrato autónomo, en la que la voluntad de las partes vaga libremente del concurso de fuentes diversas, una figura actual y vigorosa del neocontrato, que la ley empeña al servicio de intereses públicos, ligándolo al tipo, standardizándolo, controlándolo y haciéndolo controlar en cualquier modo por normas subsidiarias y Cláusulas generales de naturaleza diversas.

en el presente comentario, el contenido del contrato está formado por lo pactado por las partes en uso de su libertad de configuración interna, con las limitaciones impuestas por las normas legales imperativas y con las modificaciones introducidas, en vía de integración, por estas mismas normas.

Se ha dicho<sup>(29)</sup> que la tendencial simetría entre el contenido del contrato y los efectos del mismo plantea el interrogante respecto a si vale la pena conservar en pie las dos nociones de contenido y efectos. En la compraventa, por ejemplo, la obligación de transferir la propiedad del bien y la de pagar el precio pueden presentarse indistintamente como contenido y como efecto del contrato.

Sin embargo, puede darse, y se da con bastante frecuencia, que los efectos del contrato varían considerablemente de su contenido por cuanto el acto jurídico, en general, no sólo produce los efectos queridos por el agente sino también los que eventualmente pueda asignarle la ley. Esto es así porque las consecuencias que el Derecho vincula al acto jurídico no se circunscriben a la voluntad del agente, pues en determinados casos los efectos del acto van, por mandato de la ley, más allá de las previsiones del sujeto.

Sobre el particular dice BETTI<sup>(30)</sup> que se afirma la "exigencia de distinguir netamente el *contenido* del negocio (contrato) y los

---

"La antitesis así expuesta es amañada.

"La vieja figura del contrato autónomo preparó, y no siguió, la liberación del tráfico. Ella fue edificada en un a época en que las tasas de precios, las prohibiciones de enajenar y de adquirir, la reglamentación de las relaciones económicas eran en función de la incompetencia, de la demagogia y del intento discriminatorio de quienes que tenían el poder; y aquella incompetencia, aquella demagogia y aquel intento discriminatorio eran enormes.

"La convivencia entre la regla legal y la definición del contrato como negocio autónomo es siempre posible, y puede reafirmarse hoy, no obstante el refloramiento de tasas legales, discriminaciones, prohibiciones de enajenar y otras reglas concernientes a la medida y a la naturaleza de las prestaciones contractuales.

efectos jurídicos de él, en correlación a las diferentes esferas de competencia a que el uno y los otros están sujetos. El contenido preceptivo del negocio se somete a la competencia dispositiva de los individuos, dentro de la órbita en que ésta es admitida y circunscrita por la ley; los efectos jurídicos, en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa. Mientras a las partes incumbe la tarea de modelar el contenido del negocio, es oficio del orden jurídico y sólo de él, no de las partes, determinar los efectos jurídicos que acompañan al negocio”.

Esta afirmación de BETTI parece demasiado categórica. Es cierto que los efectos del contrato pueden ser determinados por la ley, y en ese sentido debe entenderse el artículo 1355 del Código civil, pero de allí a sostener que es *oficio del orden jurídico y sólo de él, no de las partes, determinar los efectos jurídicos que acompañan al negocio* hay una distancia considerable. En efecto, no puede desconocerse el rol que juega la voluntad en la producción de los efectos jurídicos del contrato, pues precisamente el artículo 1351 dice que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, con lo que se reconoce que la voluntad contractual está dirigida a obtener un efecto jurídico.

Por ello, comparto la posición de BIANCA<sup>(31)</sup> en el sentido que los efectos jurídicos del contrato son determinados por los contratantes, aunque fuera con lenguaje atécnico, dentro de los límites y requisitos puestos por la ley.

## 5).- APLICACIONES DEL PRINCIPIO CONTENIDO EN EL ARTICULO.-

De acuerdo con el sentido que se ha dado en este comentario al artículo 1355 del Código civil, el intervencionismo estatal en la contratación privada se manifiesta a través de reglas impuestas y limitaciones tales reglas y limitaciones se incorporan al contrato, formando parte de él, aun en sustitución de las cláusulas que en contrario hubieran sido puestas por las partes.

Las principales aplicaciones de este principio son la integración contractual y el contrato normado.

### ***Integración contractual.-***

Se entiende por integración contractual el agregar al acuerdo de las partes efectos jurídicos no directamente prefigurados por ellas<sup>(32)</sup>, o al menos que no resultan de la declaración contractual. Obsérvese que la integración se produce después de celebrado el contrato, o sea cuando las partes ya se han puesto previamente de acuerdo sobre el contenido del mismo.

La integración puede efectuarse en vía interpretativa, cuando a través de un proceso hermenéutico se completa la declaración de voluntad, agregándole algo que no aparece evidente del contrato, o bien en vía legal, cuando es la ley la que agrega al contrato normas de naturaleza dispositiva (integración supletiva) o de naturaleza imperativa (integración cogente).

La integración cogente tiene por objeto salvar al contrato de una nulidad determinada por la contrariedad de algunas de sus cláusulas con normas legales de carácter imperativo y se realiza incorporando a la relación jurídica contractual, siempre que ello sea posible, el contenido de tales normas<sup>(33)</sup>.

Debe tenerse presente que la sustitución en que la integración consiste se produce en el área de la relación jurídica y no en la del contrato (acuerdo de declaraciones de voluntad) que la crea, el cual, cumplido este cometido, desaparece de la escena. La sustitución, por lo tanto, no modifica el acuerdo de voluntades sino únicamente los efectos del mismo.

En principio, las cláusulas sustituidas son nulas. Hay dos posiciones para explicar, no obstante existir esta nulidad, el efecto de la sustitución cogente. Según unos, la sustitución es un remedio alternativo, o sea que la ley, mediante la sustitución, evita la nulidad. De acuerdo con otros<sup>(34)</sup>, la existencia de la ley determina la nulidad de la cláusula y, por ello, o sea por ser nula, es que la

propia ley la sustituye. La doctrina admite que ambas posiciones son correctas, aunque a mí me parece más lógica la segunda.

Entendiendo el artículo 1355 del Código civil en el sentido que he propuesto anteriormente, o sea que las reglas impuestas y las limitaciones establecidas por la ley forman automáticamente parte del contrato, aún en sustitución de las cláusulas que en contrario hubieran sido puestas por las partes, se estaría efectuando, por ministerio de este artículo, una integración cogente, dado el carácter imperativo de las leyes dictadas por consideraciones de interés social, público o ético que, como se ha visto anteriormente, se identifican con los principios del orden público y las buenas costumbres.

Esto traería como consecuencia que, si el legislador observa la recomendación contenida en el artículo 1355 del Código civil (dictar la ley por consideraciones de interés social, público o ético), las cláusulas, tanto de los contratos ya celebrados cuando entre en vigencia la ley cuanto de los contratos por celebrarse, que sean contrarias a las reglas impuestas y a las limitaciones establecidas por la ley, serían nulas y podrían determinar, en principio, la nulidad del contrato (artículo V del Título Preliminar del Código civil). Sin embargo, mediante la integración que es efecto del artículo 1355 esta nulidad se salva, por aplicación del segundo párrafo del artículo 224 del Código civil, según el cual la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

Esta consecuencia es de gran importancia, pues precisamente lo que busca el artículo 1355 es la conservación del contrato y no su nulidad.

### ***El contrato normado.-***

Así como la intervención del Estado en la contratación privada puede hacerse con posterioridad a la celebración del contrato, como ocurre en el caso de la integración, también puede

darse el caso que esta intervención tenga lugar antes del acuerdo de voluntades, de manera tal que las partes, al llegar a este acuerdo, deberán atenerse a los imperativos legales.

Uno de los ejemplos más expresivos de la intervención estatal previa está constituido por los contratos *normados*, llamados también contratos *reglamentados*.

Se consideran contratos *normados* aquéllos cuyo contenido está previamente sujeto a una regulación legal, de tal manera que el legislador establece determinadas cláusulas imperativas que las partes deben observar al celebrar el contrato.

Obsérvese que no se está limitando la libertad de conclusión<sup>(\*)</sup>, pues queda al arbitrio absoluto de las partes el celebrar o no el contrato, pero si deciden hacerlo, su libertad de determinar el contenido quedará limitada por la observancia obligatoria de las pautas señaladas por la ley<sup>(\*\*)</sup>. Puede decirse que el ordenamiento civil determina el *marco* dentro del cual las partes pueden ejercitar su autonomía privada.

---

(\*) SANTOS BRIZ<sup>(35)</sup> considera que algunas de las limitaciones pueden afectar al mismo tiempo a la libertad de configuración interna y a la libertad de conclusión, citando como ejemplo el contrato que para su validez requiere una previa aprobación por las autoridades (ventas de terrenos situados en determinadas zonas o efectuada en favor de extranjeros; tráfico de divisas).

(\*\*) HERNANDEZ GIL<sup>(36)</sup> expresa estas ideas diciendo: "Acontece que aun cuando la celebración del contrato sea efectivamente libre, va extendiéndose cada vez más el contrato normado o reglamentado. Cabe contratar o no; cabe hacerlo con una persona o con otra. Mas si el contrato se celebra, la fijación de su contenido no se entrega a la libre determinación de las partes, sino que lo predetermina la norma, al menos en aquellos aspectos reputados esenciales sobre los que versan preceptos inderogables creadores de derechos irrenunciables".

El artículo 1355 del Código civil, al establecer que la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, está previendo expresamente la posibilidad legal del contrato normado, dado que tales reglas y limitaciones tienen carácter imperativo.

Si las partes, pese a existir las pautas reguladoras del contrato, pactan en contra de ellas, las cláusulas resultantes de este pacto serán nulas y sustituidas automáticamente por las reglas impuestas o las limitaciones establecidas por la ley.

La nulidad es la consecuencia de la contrariedad de las cláusulas con la ley dictada por consideraciones de interés social, público o ético, que por coincidir, según se ha visto, con los principios que protegen el orden público y las buenas costumbres, determinan la nulidad de los actos contrarios a ellas, en virtud de lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código civil. La sustitución, por su parte, es la consecuencia de la aplicación del artículo 1355 del mismo Código, entendido en el sentido que se le da en el presente comentario, o sea que las reglas impuestas por la ley y las limitaciones establecidas por la misma forman parte de la declaración contractual, aún en sustitución de las cláusulas que en contrario hayan sido puestas por las partes.

Rige para el contrato normado, por lo tanto, el mismo criterio de nulidad y sustitución que se ha expuesto al tratar sobre la integración contractual.

## 6).- EL LLAMADO "CONTRATO FORZOSO".-

Se ha visto al comienzo del comentario del artículo 1354 del Código civil que la autonomía privada tiene dos manifestaciones, la *libertad de conclusión* y la *libertad de configuración interna* del contrato, entendida la primera como la libertad de celebrar o no el contrato, así como la de celebrarlo con quien se desea, y la segunda como la libertad de modelar el contenido del contrato. Se ha visto igualmente en el mismo comentario que el ordenamiento jurídico peruano, siguiendo los lineamientos de la más au-

torizada doctrina, permite poner límites a la libertad de configuración interna. Conviene estudiar ahora si es jurídicamente posible limitar también la libertad de conclusión.

El tema ha sido cuidadosamente examinado por los tratadistas con motivo del análisis de la manifestación más significativa de esta limitación, que es el comúnmente llamado *contrato forzoso*, o sea la imposición de relaciones obligacionales de carácter privado entre particulares por mandato legal, cuya problemática se va a analizar a continuación.

Debe tenerse presente que técnicamente no constituyen contratos forzosos las obligaciones de contratar que surgen de los contratos preparatorios, pues la característica de los contratos forzosos es que sean impuestos por el ordenamiento jurídico. En los casos de los contratos preparatorios (compromiso de contratar, contrato de opción, cláusula compromisoria) la obligación de contratar, si bien de igual contenido, tiene su fuente, como dice BIANCA<sup>(37)</sup>, en un acto de la autonomía privada, con lo cual resulta respetando el principio de la libertad contractual en cuanto se trata de un vínculo nacido de la libertad del sujeto de disponer libremente de su propia esfera jurídica. No existe atentado a la libertad de conclusión del contrato pues, como expresa acertadamente LOPEZ de ZAVALIA<sup>(38)</sup>, dicha libertad ya fue ejercitada en el contrato preparatorio.

En cambio, es dudosa la situación de los llamados contratos *necesarios*, que resultan de una situación de hecho constitutiva generalmente de estado de necesidad, como el depósito necesario. REZZONICO considera que no se trata de un contrato forzoso. En el ordenamiento civil peruano el depósito necesario es aquél que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos (artículo 1854 del Código civil), por lo cual me inclino a pensar que esta figura entra en la categoría de los contratos forzosos, lo cual parece quedar corroborado por la exposición de motivos de dicho artículo<sup>(39)</sup>.

### **Denominación.-**

NIPPERDEY y LARENZ sugieren la calificación de contratos *dictados*, por provenir de una coacción de la autoridad, de un "dictado". CASTRO y BRAVO y SPOTA prefieren la de contratos *impuestos*. DIEZ-PICAZO y VALLESPINOS se inclinan por la de contratos *forzosos*. MASNATTA, en cambio, considera que esta última definición evoca una nota de violencia, por lo cual plantea la de contratos *necesarios*. Finalmente DUALDE nos habla de los contratos *imperativos*.

Aun cuando coincido con MASNATTA<sup>(40)</sup> en que la denominación de contratos *necesarios* parece más propia tomando en cuenta que una de las acepciones de esta palabra en el Diccionario de la Lengua Española es la "de lo que se hace y ejecuta obligado de otra cosa, como opuesto a voluntario y espontáneo", tiene el inconveniente que es generalmente utilizada para referirse, como se ha visto, a la relación jurídica que surge de un estado de necesidad, por lo cual voy a utilizar la de contratos *forzosos*, no sólo por significar lo que es obligatorio, lo que no se puede excusar<sup>(41)</sup>, sino sobre todo por su gran difusión.

### **Caracterización del contrato forzoso.-**

Bajo el concepto de contrato forzoso se han comprendido, en realidad, dos manifestaciones distintas, que muchas veces se han indebidamente confundido. Una primera, según la cual el ordenamiento jurídico dicta a las partes la obligación de contratar, o sea les impone la obligación de ponerse de acuerdo, para que de este acuerdo surja la relación jurídica. Una segunda manifestación, conforme a la que el ordenamiento jurídico, prescindiendo del acuerdo de voluntades, crea a cargo de las partes la relación jurídica, con carácter similar al contractual. Hay que distinguir, pues, como lo hace GHESTIN<sup>(42)</sup>, entre "una obligación legal de contratar" y la creación de "una relación contractual de origen legal".

En el primer caso, si bien las partes a quienes se dirige el mandato legal se encuentran obligadas a celebrar el contrato en

los términos contenidos en dicho mandato, no se da por celebrado el contrato, sino que se limita a imponer la obligación de celebrarlo, generalmente acompañada de una sanción si no es acatada. Se trata, como dice NIPPERDEY, de "la obligación impuesta a un sujeto jurídico sin su voluntad obligacional, en base a una norma de orden jurídico y en interés de un beneficiario, de concluir con éste un contrato determinado o a determinar por una parte imparcial". Esta obligación que asumen las partes es una con prestación de hacer, pues a los obligados se les impone el deber de concordar sus voluntades y de declararlo así.

Por ejemplo, en el Perú el artículo 16o del Decreto Ley No 18350, tal como ha quedado modificado por el artículo 11o del Decreto Ley No 19262 y por el artículo 2o del Decreto Ley No 21849, ha dispuesto que todas las empresas industriales que se constituyan en el país a partir del 1o de enero de 1974 con participación de capital extranjero superior al 49% del capital social, están obligadas a celebrar contrato con el Estado en el que se establecerá los plazos y condiciones para su transformación en empresas industriales mixtas.

LOPEZ SANTA MARIA<sup>(43)</sup> califica esta obligación como contrato forzoso ortodoxo que, según él, se forma en dos etapas: "Interviene, en primer lugar, un mandato de autoridad que exige contratar. Más tarde, quien lo recibió procede a celebrar el contrato respectivo, pudiendo, generalmente, elegir a la contraparte y discutir con ella las cláusulas del negocio jurídico".

La obligación de contratar puede tener la modalidad de obligar sólo a una de las partes, como ocurre tratándose de las empresas que se encuentran en situación de monopolio y proporcionan bienes o servicios al público, que quedarían obligadas a proporcionarlos a todos los que se lo soliciten en las condiciones pre-redactadas por las empresas. Se discute, como se verá más adelante, si se trata de una obligación de celebrar contratos, o de una obligación de proporcionar los bienes o servicios.

La obligación de contratar debe recaer, desde luego, en crear una relación jurídica con finalidad lícita, pues sería inexigible si se

tratara de una finalidad ilícita, ya que se estaría obligando a celebrar un contrato nulo, por aplicación del inciso 4. del artículo 219 del Código civil.

Surgen, sobre el particular, dos problemas. El primero radica en saber si es jurídicamente posible imponer a las partes la obligación de concordar sus voluntades, que es, en realidad, una obligación de querer. El segundo problema está relacionado con la exigibilidad del cumplimiento de la obligación.

En cuanto al segundo caso, o sea la creación legal de la relación jurídica, se trata de saber si el ordenamiento jurídico puede vincular obligacionalmente entre sí a dos o más personas o es ésta una función propia del contrato.

LARENZ<sup>(44)</sup> cita como ejemplo la ley alemana de viviendas que otorgó a los organismos de la vivienda la facultad de exigir a los propietarios de espacio habitacional "la conclusión de una relación jurídica" con la persona que dichos organismos designen como arrendatario, estableciendo que "caso que el propietario no dé su conformidad, podrá el organismo de la vivienda promulgar una disposición que producirá los efectos de un contrato de arrendamiento".

Agrega el mismo autor que NIPPERDEY considera que tales relaciones de obligación análogas a los contratos, impuestas a las partes por disposición de la autoridad, deben considerarse intrínsecamente de acuerdo con las normas del Derecho privado.

LOPEZ SANTA MARIA<sup>(45)</sup> llama a estas relaciones contratos forzosos heterodoxos, que se "caracterizan por la pérdida completa de la libertad contractual. La fisonomía del contrato tradicional desaparece íntegramente, pues el legislador constituye el contrato de un solo golpe; no hay que distinguir etapas, ya que el contrato no precisa intercambio de voluntades. Tanto el vínculo jurídico, como las partes y el contenido negocial vienen determinados heterónomamente por un acto único del Poder Público".

Entre nosotros, diversos Decretos Supremos, dictados al amparo de lo dispuesto por el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución (medidas extraordinarias en materia económica y financiera), han prorrogado sucesivamente la vigencia de los contratos de arrendamiento de inmuebles urbanos y establecido el monto de la renta de los mismos.

Respecto a ambos casos, o sea la obligación legal de contratar y el carácter contractual de la obligación de origen legal, se van a estudiar a continuación las tesis a favor y en contra, así como mi posición personal, con relación a cada uno de ellos.

### ***Obligación legal de contratar.-***

#### **A).- *Tesis a favor.***

Se sostiene que la imposición de esta obligación rechaza la concepción estrecha del contrato entendido como la expresión de una voluntad libre, pues en los contratos forzosos se advierte una voluntad privada que representa su interés, pero enfrentada a un acto de voluntad más complejo, como es el de la autoridad llamada a aplicar los reglamentos y a defender el interés general<sup>(46)</sup>.

Se afirma, por otro lado, que el contrato forzoso es una modalidad que "pertenece a un Derecho nuevo, caracterizado por sus profundas incursiones publicistas por lo que jamás podremos analizarlo con los mismos ojos con que mirábamos al contrato clásico. Piénsese que en estos casos no podríamos hablar de acuerdo de partes o de concurso de voluntades o de autonomía de la voluntad. Sin embargo, negarle su existencia sería cerrar los ojos a una creciente realidad de nuestros días"<sup>(47)</sup>. Se agrega que los contratos forzosos constituyen una típica expresión de la restricción que viene sufriendo la libertad contractual en atención a preceptos sociales más importantes que la propia voluntad privada de los individuos.

En similar línea de pensamiento, se dice que la obligación legal de contratar, si bien no contradice la naturaleza contractual del acto, como acto de ejercicio del poder de la autonomía privada y fuente constitutiva de la relación, representa una limitación autoritaria de la libertad contractual. La admisibilidad de tal limitación debe ser evaluada según el plano diverso de la tutela constitucional de la libertad del sujeto. La solución del ordenamiento (el italiano) es en el sentido que la libertad contractual, fundamentalmente expresada en la libertad de iniciativa económica, puede ser limitada en razón de los superiores intereses de utilidad social<sup>(48)</sup>.

Finalmente, en otro orden de argumentos, se afirma que la idea del contrato forzoso no es contradictoria en sí misma, porque "el que la ley imponga el deber de celebrar un contrato, no quita al particular la posibilidad de no acatarlos. Si voluntariamente se somete a ellos y celebra el contrato debido, hay, sin duda, contrato (acuerdo de voluntades entre partes que, llegando a tal acuerdo, obedecen a la vez lo que se mandó a una de ellas o a ambas), no menos *voluntario* por ser ejecución de un deber: acto debido (y, en este sentido, *forzoso*)"<sup>(49)</sup>.

#### B).- *Tesis en contra.*

Ya DUGUIT nos hablaba que los contratos necesarios no son, en realidad, verdaderos contratos, ya que se caracterizan precisamente por la ausencia de libertad de los interesados para contraer el vínculo jurídico.

En el concepto mismo del contrato, como concierto libremente estipulado entre personas equiparadas jurídicamente, reside el que nadie puede ser obligado ni a concluir contratos ni siquiera a concluir un contrato con determinada persona<sup>(50)</sup>.

Dice OSSORIO<sup>(51)</sup> que por razones de interés común -a veces por simples motivos fiscales- se impone la celebración

de contratos a los particulares, que tienen forzosamente que celebrarlos, "y se llega entonces a los que puede parecer - dentro de la doctrina ortodoxa- una herejía jurídica; a la obligación de contratar. Se trata ya entonces más que de contratos, de imperativos del Derecho público, porque la voluntad contractual puede estar restringida en muchos aspectos, como lo está actualmente cada vez más, pero lo que no cabe admitir, dentro de lo contractual, es que esté por completo anulada"

REZZONICO<sup>(52)</sup> cita a MOREL, quien después calificar el contrato forzoso como *monstruosité juridique*, afirma que "el legislador no se contenta ya con someter ciertos actos a una autorización administrativa o a un control, prohibir ciertas cláusulas juzgadas contrarias al orden público económico del momento. La técnica del contrato autorizado o reglamentado no basta a su tarea: del contrato *reglamentado* se desliza al contrato *forzoso*".

#### C).- *Posición personal.*

Ya expuse en otro trabajo<sup>(53)</sup> mi opinión en el sentido que jurídicamente no es eficaz la obligación legal de contratar. Digo esto porque la obligación de contratar contiene una prestación de querer (llegar a un acuerdo de declaraciones de voluntad) que no es susceptible de imposición. Yo no puedo querer simplemente porque se me obliga a hacerlo.

Sin embargo, la realidad de la vida pone frecuentemente de manifiesto que el legislador, desconociendo esta situación, establece la obligación de contratar ¿Qué consecuencias tiene tal obligación?

Debe tenerse presente, sobre el particular, que el inciso 12. del artículo 2º de nuestra Constitución Política dispone que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, pudiendo la ley regular el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del dere-

cho. Pienso que al amparo de esta disposición constitucional toda persona tiene correlativamente la libertad de no contratar, aunque sea con fines lícitos (con la excepción que fuera ilícito el no contratar, como sería el caso del médico que se niega injustificadamente a atender a una persona gravemente enferma), pues si no la libertad de contratar sería ilusoria. Esta libertad debe ser respetada por la ley, desde que ésta sólo puede *regular* su ejercicio, para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho, pero no privar a la persona de ella.

Por lo tanto, la ley que estableciera la obligación de contratar sería inconstitucional. Podría objetarse que mientras no se declarara la inconstitucionalidad de la ley ésta sería obligatoria, lo cual es cierto, pero debe tenerse presente que cabría el recurso de aplicar el artículo 236 de la Constitución, según el cual en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera.

Cabe entonces preguntarse ¿por qué el legislador, si lo considera aconsejable para la protección del orden social y del orden económico el establecimiento de relaciones jurídicas entre los particulares orientadas a lograr tal protección, puede hacerlo directamente, como se verá más adelante, recurrir a la obligación legal de contratar?

La respuesta puede encontrarse en que como la contratación ofrece ventajas sobre la relación legal directa, según también se verá, resulta explicable que el Estado busque obtener estas ventajas a través de la obligación legal de contratar. No justifico este camino, pero comprendo que, por razón del rol que juega en la vida social y económica, el Estado acuda a él.

Sin embargo, en la hipótesis que el legislador, pese a la limitación de carácter constitucional, estableciera legalmente la obligación de contratar, si el o los obligados están llanos

a cumplirla, o sea están dispuestos a ponerse de acuerdo para crear (regular, modificar o extinguir) la relación jurídica patrimonial que se les exige, el resultado sería la celebración, no de un contrato forzoso, sino de uno voluntario perfectamente válido.

En similar orden de ideas, podría ocurrir que el legislador, sin imponer directamente a una persona la obligación de contratar, estableciera que los efectos del contrato celebrado por otra persona recayeran en la esfera jurídica de la primera (con efecto parecido al de la representación legal). En este caso no se encuentra en juego la voluntad de ésta, pues el contrato, o sea el acuerdo de voluntades, se celebraría con el asentimiento de la otra persona. No se trataría, por lo tanto, de un contrato forzoso.

### ***Carácter contractual de la obligación de origen legal.-***

#### **A).- Tesis a favor.**

Sobre este tema la argumentación se vuelve más sofisticada.

Quizá quien defiende con mayor decisión esta posición es LOPEZ SANTA MARIA<sup>(54)</sup>, que denomina a estas relaciones jurídicas, como se ha visto, *contratos forzosos heterodoxos*.

Según él, hay que distinguir entre el contrato como *acto de constitución de la relación jurídica* y el contrato como *relación jurídica constituida*, pero afirmando que ambos son contratos, aunque con unidades diversas.

El primer concepto de contrato proviene de la escuela racionalista del derecho natural (siglo XVII) y el segundo del significado etimológico de la voz romana "*contractus*", que designa lo contraído.

Invoca en su apoyo que en la clasificación de las fuentes de las obligaciones hecha por HERNANDEZ GIL<sup>(55)</sup>, se reconoce en tercer lugar a la norma legal imponiendo consecuencias jurídicas estructuradas como obligaciones, sin subordinación a un presupuesto de voluntad.

De allí aplica esta tercera clasificación al contrato, llegando a la conclusión que un contrato puede quedar configurado por la norma legal sin la intervención de la voluntad. Afirma que a igual conclusión se llega acogiendo la distinción entre contrato como acto de constitución y como relación constituida.

B).- *Tesis en contra.*

Es en este aspecto donde se levantan las críticas adversas más agudas.

Piensa LARENZ<sup>(56)</sup> que el "contrato dictado", es decir, la relación de obligación creada por disposición estatal con carácter constitutivo en materia de Derecho privado y sin intervención de las partes, es un síntoma de la crisis continua en la que, con breves interrupciones, se encuentra sumida la vida social y económica.

TUHR<sup>(57)</sup>, por su parte, no ve la necesidad de deslizar un contrato como base de estas prestaciones que establece directamente la ley. La prueba es que la persona que se crea postergada no puede demandar la celebración de un contrato, sino la concesión de aquello que por ley le corresponde.

Con su habitual claridad, ALBALADEJO<sup>(58)</sup> dice que la reacción del ordenamiento jurídico ante la negativa del particular de celebrar el contrato puede consistir, bien en sustituir las voluntades de los particulares por una decisión del poder público, es decir, en suprimir la necesidad de que sean precisas las voluntades para crear, mediante el contrato, la rela-

ción jurídica, o bien en forzar al particular a querer lo que no desea, agregando que esto segundo es imposible.

Se coloca en el supuesto que se otorgara a alguien (juez, autoridad) el poder de disponer (al celebrar el contrato cuando el otro se negase a ello) de derechos ajenos, afirmando que "en tal hipótesis habría, sí, un contrato pero no *forzoso*, es decir, la relación jurídica prevendría, no de contrato al que se hubiese obligado el interesado, sino de contrato que habría celebrado con efectos para éste (porque por disposición legal tenía esa facultad) quien estaba autorizado para hacerlo si el mismo se negaba a otorgar voluntariamente el contrato legalmente debido".

Fuera de este caso, considera ALBALADEJO que la relación jurídica se impone sin contrato, por lo cual entonces no hay contrato, ni libre ni *forzoso*. "Hay, sí, agrega, el nacimiento de una obligación jurídica igual a la que el contrato habría generado. Pero, no se olvide que la relación jurídica -cuya *creación* es, simplemente, un *efecto* jurídico- puede proceder de cualquier clase de hechos o actos, y que nada obsta el que dar vida a una de ellas pueda ser tanto efecto de un contrato, como de un acto no contractual".

Pero es quizá MASNATTA<sup>(59)</sup> quien con mayor precisión enfoca el problema al decir: "En los casos del llamado contrato forzoso necesario, el contrato en realidad no existe. El concepto contractual se somete a una verdadera sudomorfosis. Se ha instalado en su lugar una relación jurídica forzosamente constituida por el Estado, dando cauce a un interés privado, con un fin de interés público. Quienes aceptan la categoría de contratos necesarios parten de un equívoco, que hemos intentado prevenir. Llamamos contrato más a la relación jurídica que al negocio creador. La distinción entre acto de constitución y relación constituida y el reconocimiento de que frente al acto de constitución voluntaria se halla el acto de constitución forzosa permite superar las incongruencias. Todo caso de contrato forzoso se resuelve en la creación de una relación jurídica-privada por la ley, acto administrativo o jurisdiccional".

### C).- *Posición personal.*

No existe inconveniente jurídico para que una norma legal establezca una relación jurídica patrimonial entre dos personas (la ley puede crear tanto derecho objetivo como derecho subjetivo). Por ejemplo, imponer a una persona la obligación de ceder temporalmente a otra el uso de un bien y a ésta la obligación de pagar a aquélla una renta determinada.

También sería válido, en mi opinión, que una norma legal imponga a una o varias personas la obligación de contratar, disponiendo que, en caso de que no lo hicieren, por mandato de la propia norma quedará constituida una relación jurídica patrimonial igual a la que habría surgido del contrato. Verbigracia, la norma legal podría establecer que dos personas deben celebrar entre sí un contrato de arrendamiento y que, si se negasen, se producirían las consecuencias legales indicadas en el párrafo anterior.

En ambos casos, la relación jurídica patrimonial no surgiría de un contrato, sino directamente por mandato de la ley, la cual, según se ha visto al principio de esta obra, es también una de las fuentes de las obligaciones.

Como esto ha creado cierta contradicción en la doctrina, conviene exponer algunas ideas complementarias.

El contrato es el acuerdo de declaraciones de voluntad para crear una relación jurídica patrimonial, que es distinta del contrato y de naturaleza diferente. El contrato es un acto jurídico, cuyo rol termina en el momento mismo de su perfeccionamiento, cuando ha creado la relación jurídica patrimonial. Lo que subsiste después de celebrado el contrato es esta relación, que no es un acto jurídico sino un vínculo, ya no entre los contratantes, que han dejado de serlo, sino entre el acreedor y el deudor, que son los titulares activo y pasivo de la obligación creada.

En consecuencia, lo que obliga al arrendador a ejecutar la prestación de ceder el bien para su uso temporal y lo que

obliga al arrendatario a ejecutar la prestación de pagar la renta convenida, no es el contrato sino la relación jurídica creada por éste.

Igualmente, cuando la ley, como fuente legítima de las obligaciones (a la par que el contrato), crea una relación jurídica patrimonial como la descrita en el primer párrafo de este subrubro, lo que obliga a la persona que debe ejecutar la prestación de ceder el bien para su uso temporal y lo que obliga a la persona que debe ejecutar la prestación de pagar la renta señalada, no es la ley sino la relación jurídica creada por ella.

Vemos, pues, que en ambos casos las obligaciones creadas tienen igual contenido (las prestaciones de ceder y de pagar), pero su origen es distinto, ya que en el primer caso este origen es contractual y en el segundo es legal.

Esto mismo pone de manifiesto que, por su naturaleza y por sus efectos, el contrato y la ley son distintos de las relaciones jurídicas creadas por ambos.

En el lenguaje jurídico romano se denominaba "contractus", que RUGGIERO<sup>(60)</sup> califica como expresión elíptica de *negotium contractus*, a la relación que surgía de un acuerdo y no al acuerdo mismo, el que según el mismo RUGGIERO se llamaba "conventio". Por lo tanto, en el lenguaje moderno, la "conventio" representa el contrato actual y el "contractus" representa la relación jurídica patrimonial creada por aquél.

No es posible, pues, otorgar a la relación jurídica patrimonial el carácter de contrato, aunque se le dé el nombre de contrato forzoso heterodoxo, pues el contrato es un acto jurídico y la relación jurídica no lo es, el contrato es el acto de creación y la relación jurídica es la situación creada, el contrato es la causa inmediata y la relación jurídica es el efecto, el contrato desaparece y la relación jurídica perdura<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) Refiriéndose al curioso fenómeno de la absorción de la relación jurídica creada por el acto de constitución creador, englobando su

Por otro lado, la relación jurídica patrimonial creada por una ley, si bien puede tener igual contenido que la creada por un contrato, no es una relación contractual sino una relación legal, no obstante lo cual ambas tienen igual carácter obligatorio.

En tal virtud, si una ley impusiera las obligaciones mencionadas en el primer párrafo de este sub-rubro, tales obligaciones producirían plenos efectos legales, pero ello no haría que el obligado a ceder temporalmente el uso del bien fuera un arrendador ni el obligado a pagar la renta establecida fuera un arrendatario, pues estas calidades sólo surgen del contrato de arrendamiento.

Por las mismas consideraciones, en el caso contemplado en el segundo párrafo del presente sub-rubro, si las partes

---

efecto en una unidad, dice MASNATTA<sup>(61)</sup> lo siguiente: "Ya veremos que fecundo es separar esta artificial soldadura, que sólo sirve para dar oscuridad a conceptos de por sí no muy claros. Acto de constitución y relación constituída tienen una conexión evidente. Pero son distintos conceptos y hay que reparar en ello. De un lado debemos poner el acto de constitución, que hace nacer la relación. De otro debemos colocar la relación, que es el efecto de aquél, pero que es en sí una unidad diversa. Tienen estructura distinta; la relación es una situación en que se encuentran dos sujetos, un modo de estar en vida, un especial estado, un fenómeno estático. El acto constitutivo es un hecho del hombre, una relación, un fenómeno dinámico. Tienen una función diversa. El acto constitutivo es la causa de la relación.

".....

"El contrato es el acto privado por el cual se crean, de modo bilateral voluntario, relaciones jurídicas de todas clases, pero advertimos que junto al contrato -la más importante forma de creación de relaciones privadas- existen otras formas de tráfico, nuevos actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas de las cuales nacen relaciones sustancialmente idénticas a las que puede originar un contrato".

obligadas a celebrar el contrato de arrendamiento no lo hicieran, no surgiría una relación jurídica de origen contractual, y la relación jurídica sustitutoria establecida por la ley tendría origen legal<sup>(\*)</sup>.

Por estas razones, considero que la relación jurídica patrimonial, que surge directamente de una norma legal no es un contrato forzoso ni, por lo tanto, vulnera el principio de la libertad de conclusión del contrato.

Como corolario, habrá que llegar a la conclusión que el contrato forzoso no existe en ninguno de los dos casos contemplados, o sea ni como resultado de la obligación legal de contratar ni por razón de la relación establecida por mandato legal.

### *Aplicación de reglas contractuales.*

Si el Estado puede establecer directamente una relación jurídica patrimonial entre dos o más particulares, cabe preguntarse ¿por qué recurre a la ficción de obligar a contratar?

Se dan dos clases de razones.

La primera clase es de carácter psicológico. Las personas están habituadas a contratar y saben que de los contratos surgen obligaciones que es necesario cumplir.

---

(\*) Al respecto dice ALBALADEJO<sup>(62)</sup>, "pues la reacción puede consistir (aparte de, por ejemplo, en imponer una sanción, una indemnización, etc.) en sustituir las voluntades de los particulares (o de uno de ellos), por una decisión por poder público, es decir, en suprimir la necesidad de que sean precisas (todas o alguna de ellas) para dar vida, mediante el contrato, a la relación jurídica; pero, es inaceptable que consista en forzar al particular a querer lo que no desea, pues ello es imposible (en este sentido, es en el que es absurdo hablar de contrato forzoso)".

En cambio, existe cierto recelo ante las obligaciones de origen legal, que se interpretan muchas veces como una prepotencia del Estado, por lo cual existe una propensión a acatarlas con menor rigurosidad. Se trata, en lo posible, de eludirlas. Por ello, el Estado, uniéndose quizá inconscientemente a esta manera de pensar, para reforzar la obligatoriedad de las relaciones jurídicas que impone les da origen contractual.

La segunda clase de razones es de mayor peso. Los códigos dotan a las obligaciones contractuales de una variadísima gama de recursos para lograr su cumplimiento. Revítese, a este efecto, la Sección Primera del Libro VII del Código civil peruano. Es lógico que el Estado, para aprovechar estos recursos, opte por dar carácter contractual a las obligaciones que crea. LOPEZ SANTA MARIA<sup>(63)</sup> dice, con razón, que "las reglas técnicas del contrato, en cuanto relación jurídica ya constituida, son de las más afinadas que existen en todo el Derecho" y agrega que "ya se trate de los mecanismos de la responsabilidad por incumplimiento; de los principios de la fuerza obligatoria o del efecto relativo; de las reglas sobre interpretación contractual; de los efectos particulares a los contratos sinalagmáticos; resolución por inexecución, teoría de los riesgos y excepción de contrato no cumplido, etc., hay todo un acervo que constituye herramienta valiosísima para la realización efectiva del Derecho. Así las cosas, y en la ausencia de una elaboración refinada en materia de obligaciones legales, aparece inteligente y útil que el legislador someta determinadas relaciones jurídicas —las generadas por los contratos forzosos— a la técnica contractual"<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) MASNATTA<sup>(64)</sup> dice al respecto: "Si se dijera que no hay contrato, escribe ESMEIN, sería necesario hacer una reglamentación nueva de las relaciones entre las partes, que se inspirarían naturalmente, en la que existe para el contrato dado. Es más simple mantener ésta. Los juristas, prosigue, gustan poner el vino nuevo en los odres viejos, aún cuando el resultado no sea perfecto y obligue a emplear subterfugios, retoques, para que no haya desgaste. El procedimiento satisface la necesidad de continuidad que es inherente al derecho; ahorra la pena

---

de hacer lo nuevo o evita las dificultades de ponerse de acuerdo sobre lo nuevo a hacer”.

“Pero esto, agrega MASNATTA, no puede hacerse sin consecuencias. Ellas surgen nítidas. El legislador coloca las relaciones bajo gobierno de las técnicas contractuales clásicas pero la clave de la bóveda que mantiene todo este edificio técnico, el acuerdo de voluntades, ha sido destruído, reemplazado por otra, completamente distintas: la compulsión legal”.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1355:

- (1) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 56.
- (2) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 44.
- (3) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 281.
- (4) GARCIA SAYAN, Enrique, "Las nuevas tendencias en el Derecho contractual", Lima, 1942, pág. 2.
- (5) IBIDEM, pág. 41.
- (6) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 29.
- (7) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "El contrato por adhesión a cláusulas generales". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 171.
- (8) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 332.
- (9) MICCIO, Renato, "I diritti di credito - Il contratto", UTET, Torino, 1977, pág. 43.

- (10) HERNANDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, pág. 233.
- (11) BATIFFOL, H., "La crise du contrat", Arch. Philo. Droit, Paris, 1968, Tomo XIII, pág. 13.
- (12) BUEN LOZANO, Néstor de, "La decadencia del contrato". Editorial Porrúa S.A., México, 1986, pág. 291.
- (13) GILMORE, Grant, "The death of contract", Ohio State University Press, Columbus, 1974, pág. 3
- (14) RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato". Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 161; RIPERT, Georges, "El régimen democrático y el Derecho civil moderno". Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1951, pág. 221; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil" Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, Tomo IV, pág. 285.
- (15) BERCAITZ, Miguel Angel, "Teoría general de los contratos administrativos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 83.
- (16) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, pág. 287.
- (17) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 53. (6)
- (18) SPOTA, Alberto G., op. cit., Tomo I, pág. 32. (8)
- (19) TOULEMON, André, "El menosprecio de los contratos y la crisis", Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945, pág. 17.
- (20) Cita de MESTRE, Jacques, "L'evolution du contrat en Droit privéfrançais" en "L'evolution contemporanie du Droit de contrats", Journées René SAVATIER, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, pág. 44.

- (21) LIPARI, Nicolás, "Derecho privado", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pág. 346.
- (22) Cita de GARCIA SAYAN, Enrique, op. cit., pág. 5. (4)
- (23) ARIAS SCHREIBER, Max, "Exégesis". Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 103.
- (24) RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1986, pág. 70.
- (25) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 144.
- (26) ARIAS SCHREIBER, Max, op. cit., Tomo I, pág. 103. (23)
- (27) CASELLA, Mario, "Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, pág. 101.
- (28) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", Unione Tipografico- Editrice Torinese, Torino, 1975, pág. 791.
- (29) IBIDEM, pág. 477.
- (30) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 73.
- (31) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 313.
- (32) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo II, pág. 569.
- (33) SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, Tomo I, pág. 151.
- (34) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 793. (28)

- (35) SANTOS BRIZ, Jaime, op. cit., Tomo III, pág. 250. (33)
- (36) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 238. (10)
- (37) BIANCA C. Massimo, op. cit., pág. 204. (31)
- (38) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavallía, Buenos Aires, 1971, pág. 80.
- (39) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, pág. 550.
- (40) MASNATTA, Héctor, "El contrato necesario", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 31.
- (41) OSSORIO, Manuel, "Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974, pág. 327.
- (42) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 135. (25)
- (43) LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, "Algunas consideraciones sobre el contrato" en "El Código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1986, pág. 378.
- (44) LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 63.
- (45) LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, op. cit., pág. 378. (43)
- (46) DEMOGUE, citado por CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 16.
- (47) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 221. (7)
- (48) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 204. (31)

- (49) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil". Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Vol. I, pág. 359.
- (50) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 66. (44)
- (51) OSSORIO MORALES, Juan, "Lecciones de Derecho civil - Obligaciones y contratos", Editorial COMARES, Granada, 1985, pág. 208.
- (52) REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 258.
- (53) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 66. (1)
- (54) LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, op. cit., pág. 383. (43)
- (55) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 242. (10)
- (56) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 64. (44)
- (57) TUHR, Andreas von, "Tratado de las obligaciones", Editorial Reus, Madrid, 1934, Tomo I, pág. 192.
- (58) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo II, Vol. I, pág. 59. (49)
- (59) MASNATTA, Héctor, op. cit., pág. 66. (40)
- (60) RUGGIERO, Roberto de, "Instituciones de Derecho civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo II, Vol. I, pág. 250.
- (61) MASNATTA, Héctor, op. cit., pág. 56. (40)
- (62) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo II, Vol. I, pág. 359. (49)
- (63) LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, op. cit., pág. 385. (43)
- (64) MASNATTA, Héctor, op. cit., pág. 68. (40)



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

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Contenido del artículo 1356.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

La norma contenida en el artículo 1356 no ha figurado en la Ponencia original, en ninguna de las cinco Ponencias sustitorias, en el Anteproyecto ni en el primer Proyecto.

El primer rastro que he encontrado de ella es un Anteproyecto elaborado por la Comisión Revisora, en el cual figura el texto siguiente:

**Artículo 1373-A.-** Las disposiciones sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes. Son imperativas cuando expresamente prohíben pacto distinto.

Se sugirió un texto sustitutorio de este artículo, que decía así:

**Artículo 1373-A.-** Por regla general, se considera que las disposiciones de este Código sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, de tal manera que cabe pacto distinto.

Para que una disposición sea considerada imperativa,

esto es que no puede ser sustituida o alterada por las partes, se requiere que ella indique que no cabe pacto distinto.

El segundo Proyecto, en su artículo 1322, adoptó la fórmula que aparece en el actual artículo 1356 del Código.

## 2).- CONTENIDO DEL ARTICULO 1356.-

Ya se ha visto, al comentar el artículo 1354 del Código civil, la distinción entre normas *imperativas* y normas *dispositivas*, que radica en el carácter inderogable por los particulares de las primeras y el carácter supletorio de la voluntad de las partes de las segundas.

Parecería, a primera vista, que dicho artículo, al establecer que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, hace innecesario el artículo 1356 del mismo Código.

Sin embargo, este último artículo tiene un cometido muy importante, pues no sólo destaca que en materia contractual las normas dispositivas son la regla y las imperativas la excepción, sino que también se orienta a poner de manifiesto dos principios que no fluyen necesariamente del contenido del artículo 1354:

- 1).- Que el sistema del Código civil no es dejar todo el contenido contractual, con la consabida limitación de las normas imperativas, al exclusivo arbitrio de las partes, sino proveer de un conjunto de reglas, ideadas por el legislador para diseñar un régimen que él considera justo, que se incorporan al contrato en ausencia de una estipulación de las partes que las excluya o sustituya.
- 2).- Que si esto ocurre, las reglas supletorias, pese a tener carácter dispositivo antes de aplicarse, se convierten en obligatorias una vez incorporadas al contrato, con igual fuerza que las normas imperativas, de tal manera que sería necesario un nuevo contrato para privarlas de esa fuerza<sup>(1)</sup>.

Por otro lado, puede observarse el rol que juegan las normas legales de carácter imperativo tanto en el artículo 1354 como en el 1356. En ambos casos, el legislador no permite el libre juego de la autonomía privada, pues de la misma manera como en el primero limita el ámbito del contenido del contrato poniéndole el marco de las normas imperativas, así también en el segundo no permite a las partes salirse de ese marco pactando en contra de él.

Aun cuando guardan bastante similitud, no debe identificarse la categoría de las normas imperativas y las normas dispositivas con la categoría de los elementos esenciales y los elementos naturales del contrato.

En efecto, si bien tanto las normas imperativas como los elementos esenciales son inderogables<sup>(2)</sup>, en el sentido que así como no cabe que se pacte contra una norma imperativa tampoco es posible que se cambie un elemento esencial (por ejemplo, que en la compraventa no haya precio en dinero, lo cual determinaría la nulidad del contrato), pueden existir normas imperativas que no constituyen elementos esenciales del contrato (por ejemplo, la nulidad de la renuncia a la acción por lesión, que no es un presupuesto necesario para la existencia del contrato, ya que si se pactara la renuncia lo único que sería nulo es ésta y no el contrato).

Del mismo modo, aun cuando es posible pactar tanto contra las normas dispositivas como contra los elementos naturales del contrato, existen normas dispositivas que no constituyen elementos naturales (por ejemplo, la presunción que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común, no es un elemento natural del contrato sino una norma de conveniencia legislativa para aclarar la posición doctrinaria adoptada por el codificador).

Por aplicación del artículo 1356 del Código civil se llega a un procedimiento de lo que podría llamarse integración impropia del contrato (digo impropia porque la verdadera integración se produce después de celebrado el contrato y no al celebrarlo, no modi-

ficando -como estipulación- el acuerdo de voluntades sino -como efecto- la relación jurídica creada por él), desde que tanto en el caso de las normas legales imperativas como en el de las normas legales dispositivas no excluidas ni sustituidas por las partes se incorporan al contrato, dando lugar en el primer caso a una integración (impropia) cogente y en el segundo a una integración (impropia) supletiva.

Usando otras palabras, en este caso la norma dispositiva se incorpora a la declaración contractual, mientras que en la integración propia el contenido de la norma se incorpora a la relación jurídica.

Coloquémonos en el caso de un contrato de transferencia de la propiedad de un bien (compraventa, permuta, mutuo) en el que las partes no pactan que la obligación de saneamiento no se transmite a los herederos del transferente. Por aplicación del artículo 1487 del Código civil, se incorporará al contrato la norma de este artículo, o sea que la obligación de saneamiento se transmite a los herederos y no se producirá simplemente el efecto, o sea que la obligación de saneamiento se transmitirá automáticamente.

BIANCA<sup>(9)</sup> sostiene, con razón, que la incorporación de la norma dispositiva supletoria requiere acreditar la ausencia del acuerdo convencional, de la misma manera que la aplicación de la estipulación convencional requiere probar la existencia de tal estipulación.

**BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1356:**

- (1) GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense, Río de Janeiro, 1986, pág. 27.
- (2) MUÑOZ, Luis, "Contratos", Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960, Tomo I, pág. 81.
- (3) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 484.



**Artículo 1357.-** *Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Contenido del artículo 1357.
- 3.- Contrato civil o contrato administrativo.
- 4.- Posibilidad de derogación de la ley.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 24 de la Ponencia original tenía el siguiente texto:

**Artículo 24.-** Sólo por ley se podrá establecer garantías y seguridades otorgadas mediante contrato y por razones de interés público.

En la Exposición de Motivos de este artículo se dijo que se introducía lo que en la práctica se conoce con el nombre de contratos-leyes, en los cuales el Estado, por un acto de autolimitación, se coloca en un plano de igualdad jurídica dentro de la esfera privada y contrae obligaciones que, para mayor garantía de la comunidad, deben estar prefijadas por la ley.

Con el mismo texto, la norma figura en el artículo 15 de la primera y segunda Ponencias sustitutorias y en el artículo 8 de la tercera Ponencia sustitutoria.

En el artículo 8 de la cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto se modifica el texto, quedando así:

**Artículo 8.-** Sólo por ley, sustentada en razones de interés público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

Este texto se conservó en el artículo 1377 del primer Proyecto.

En el artículo 1377 del Anteproyecto de la Comisión Revisora se modificó ligeramente la redacción, en el sentido siguiente:

**Artículo 1377.-** Sólo por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato, cuyas estipulaciones sólo podrán ser variadas de común acuerdo.

El artículo 1323 del segundo Proyecto adoptó el texto que figura en el artículo 1357 del Código civil.

## 2).- CONTENIDO DEL ARTICULO 1357.-

Tal como se indica en la Exposición de Motivos de este artículo<sup>(1)</sup>, uno de sus antecedentes es la sistemática contenida en el Capítulo III del Título Octavo de la Ley General de Minería, aprobada por Decreto Legislativo N° 109.

Según el artículo 157 de dicha Ley, a fin de promover la inversión y facilitar el financiamiento de los proyectos mineros con una determinada capacidad inicial mínima o de ampliaciones destinadas a llegar a esa capacidad, el Poder Ejecutivo queda autorizado para asegurar contractualmente el régimen de beneficios que se indica en este artículo (estabilidad tributaria, ampliación de tasa anual de castigos, revaluación, reducción de la tasa del impuesto a la renta, etc.).

Por otro lado, la misma Exposición de Motivos<sup>(2)</sup> señala que el contrato-ley confiere seguridad para quien invierte grandes capitales, generalmente en operaciones de alto riesgo, de lenta

maduración o larga amortización y su mayor significado está en el hecho de que cualquier incumplimiento debe sujetarse a las normas generales de la contratación civil y no a las administrativas, que no son aplicables.

Tomando en consideración estas referencias, habría que pensar que el artículo 1357 del Código civil está orientado a que el Estado otorgue mediante contrato garantías y seguridades respecto a cuestiones no sólo de Derecho privado sino también de Derecho público. Tratándose de las cuestiones de Derecho privado, en las cuales no está en juego el cumplimiento de una finalidad pública propia del Estado, sino la realización de actividades comerciales o industriales, como por ejemplo garantías o seguridades de cumplimiento de contratos de arrendamiento, de locación de servicios no personales, de compraventa de bienes de uso común, no cabe duda que nos encontramos frente a contratos de Derecho privado.

Sin embargo, dado el carácter de estos actos, no se justifica que el Estado sea autorizado por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, para otorgar contractualmente garantías y seguridades del cumplimiento de los mismos, ya que ello son obligaciones propias de todo contratante. Es inocultable, pues, que el artículo 1357 está orientado a permitir también el otorgamiento de garantías y seguridades relacionadas con los fines públicos propios del Estado. Esto ha llevado a centrar el debate, no en determinar el verdadero contenido del artículo 1357 del Código civil, como creo que debió hacerse, sino en la naturaleza jurídica de los contratos que se celebren al amparo de dicho artículo, esto es si se trata de contratos civiles o de contratos administrativos, tema que será desarrollado en el rubro siguiente.

### **3).- CONTRATO CIVIL O CONTRATO ADMINISTRATIVO.-**

Antes de analizar la situación de uno y otro, conviene hacer una precisión previa.

El contrato no es una institución propia del Derecho privado, sino que también lo es del Derecho público. En ambos Derechos el contrato es exactamente lo mismo, o sea un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear (regular, modificar o extinguir) entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él.

Aceptado este planteamiento previo, se van a examinar a continuación las dos tesis que se han sostenido para explicar la naturaleza de los contratos que se celebren al amparo del artículo 1357 del Código civil.

### ***La tesis del contrato civil.-***

De acuerdo con esta tesis, los contratos en los cuales el Estado o uno de sus órganos otorga seguridades o garantías en virtud de haber sido autorizado al efecto por una ley, están regidos por las normas del Derecho privado.

Esta posición ha sido inicialmente acogida por un fallo de la Corte Suprema de 4 de marzo de 1982 (Sociedad Anónima Fábrica Nacional Textil "El Amazonas" c/. el Estado, "El Peruano" de 05-04-1982) que fue dictado por los fundamentos pertinentes del dictamen del Fiscal. En el respectivo dictamen, el Fiscal opinó que el contrato celebrado por el Estado con una empresa industrial que concede a ésta la suspensión de los derechos arancelarios que afectará la importación de bienes de capital, "era y es ley entre las partes y su cumplimiento tal y como fue concebido, es ineludible".

Agrega el Fiscal que "doctrinariamente se trata de la figura jurídica llamada 'Contrato-Ley' o 'Ley-Contrato', en la que el Estado se encuentra dentro de la esfera de la contratación privada. Estos Contratos-Leyes no pueden modificarse en forma unilateral. Por lo tanto es a mérito de ese contrato basado en esa Ley y en el solemne compromiso que fluye de todo convenio, que la demandante tiene un derecho adquirido que no puede suprimirse ni recortarse".

Posteriormente, el hecho que el artículo 1357 figurara en el Código civil, ha dado pie para que se sostenga que los contratos que se celebren en las condiciones señaladas en él están regidos por el Derecho privado.

A mayor abundamiento, Max ARIAS SCHREIBER, autor de la Ponencia sobre la Sección Contratos en general, de la cual forma parte el artículo 1357, señala en la Exposición de Motivos, como se ha visto, que los contratos celebrados al amparo del mismo constituyen una relación contractual de Derecho privado<sup>(\*)</sup>.

### ***La tesis del contrato administrativo.-***

No existe uniformidad en la doctrina administrativa respecto a las características del contrato administrativo. Después de consultar varios autores<sup>(3)</sup>, voy a acoger plenamente la posición de MARIENHOFF, por considerarla la más adecuada, de tal manera que se le va a citar a continuación, muchas veces en forma literal.

El contrato administrativo ha sido definido como "el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un

---

(\*) La Exposición de Motivos del artículo 1357 dice lo siguiente:

"Una de las más novedosas instituciones del nuevo Código es el llamado contrato-ley o ley-contrato, en virtud del cual y mediante normas preestablecidas el Estado otorga garantías y seguridades a través de la relación contractual, cuyas estipulaciones no pueden modificarse sin que medie la voluntad común de las partes.

"Si bien existieron dudas en cuanto a la incorporación de este precepto, pues se sostuvo que la 'materia era de Derecho Administrativo', pesaron en el ánimo del legislador consideraciones de interés para la inversión externa e interna. "Por lo demás es válido que el Estado se someta a la esfera del Derecho privado y se coloque de modo paritario con el contratante particular cuando la conveniencia pública lo requiera. Esta es, en el fondo, la esencia del 'contrato-ley', en el cual y partiendo de la existencia de una regulación legal que confiera seguridades y garantías, quedan concretadas en una relación contractual de Derecho privado y de cumplimiento forzoso para los otorgantes".

órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular, para satisfacer necesidades públicas”.

El requisito indispensable para que un contrato pueda ser administrativo es que una de las partes, por lo menos, sea el Estado o un órgano del mismo.

Entre los criterios que se han propuesto para distinguir el contrato administrativo del contrato de Derecho privado celebrado por un órgano del Estado, el más adecuado es aquel que considera que el contrato administrativo se caracteriza por dos notas: 1º por su objeto; y 2º cuando no siendo administrativo por su objeto, contenga cláusulas exorbitantes del Derecho privado.

El contrato es administrativo por razón de su objeto cuando versa sobre prestaciones relacionadas, directa o indirectamente, con alguna de las funciones esenciales o fines específicos del Estado.

Aun cuando el contrato no sea administrativo por razón de su objeto, tendrá tal carácter cuando contenga cláusulas exorbitantes del Derecho privado, esto es cláusulas que bien sea son inusuales en este Derecho o bien resultarían ilícitas por exceder el marco de la contratación civil.

Ya se ha visto que, en el caso del artículo 1357 del Código civil, la norma contenida en él carecería de justificación si se refiriera a garantías y seguridades relacionadas con las actividades comerciales o industriales del Estado, y que sólo cobra sentido si se entiende que tales seguridades y garantías también pueden estar vinculadas con los fines públicos propios del Estado (estabilidad tributaria, garantías de provisión de divisas, revaluación, reducción de tasas de impuestos).

En estas condiciones, los contratos celebrados al amparo del artículo 1357 del Código civil serían contratos administrativos por razón de su objeto, cuando recayeran sobre prestaciones

que constituyen funciones específicas del Estado, como Poder público.

Una de las características de los contratos administrativos por razón de su objeto es aparejar cláusulas implícitas (no expresas) exorbitantes del Derecho privado, en el sentido que la Administración Pública está facultada para actuar de manera que sería irregular o ilícita dentro de un contrato de Derecho privado.

Entre estas cláusulas exorbitantes *implícitas* se encuentra la potestad de la Administración Pública para realizar los siguientes actos:

- a).- Revocar unilateralmente el contrato administrativo por razones de "oportunidad". "mérito" o "conveniencia", es decir porque el contrato, siendo válido, resulta contrario al interés público.

En este caso, la revocación tiene carácter "constitutivo" y puede hacerla la Administración Pública por sí misma, sin recurrir al órgano jurisdiccional judicial (Poder Judicial), no teniendo efecto retroactivo.

- b).- Revocar unilateralmente el contrato administrativo por razón de "ilegitimidad", o sea por un vicio concomitante con la celebración del contrato, caso en el cual la Administración Pública puede efectuar directamente la revocación, la cual tiene carácter "declarativo", o sea con efecto retroactivo.

- c).- Rescindir unilateralmente el contrato por culpa o falta cometidas por el cocontratante particular. Esta potestad, cuando no está expresamente pactada en el contrato, no puede ejercitarla la Administración Pública por sí misma, sino que deberá solicitar la declaración de rescisión por el Poder Judicial.

Estas cláusulas exorbitantes *implícitas* de la Administración Pública encuentran su fundamento en que el Estado es una persona moral con potestades y derechos irrenunciables, como irrenunciables son los derechos por los cuales vela. El Estado no puede,

por ello, desligarse de sus potestades públicas para convertirse en un sujeto que vela por intereses privados; o, como dijo un autor, quitarse su capa de Derecho público para ponerse el sayo de su personalidad privada: ello le está vedado<sup>(4)</sup>.

Por lo tanto, según la tesis del contrato administrativo que se acaba de exponer, el Estado podría hacer valer en cualquier momento su "ius imperium" y revocar unilateralmente, por su propia autoridad, un contrato administrativo, siempre que se dieran los supuestos necesarios para el ejercicio de ese derecho de revocación.

### ***Posición personal.-***

Si me viera obligado a adherirme a una de las dos tesis, tal como han sido planteadas, creo que me inclinaría por la tesis del contrato civil.

En efecto, pese a que la tesis del contrato administrativo responde mejor a las exigencias de la contratación con el Estado, dado el natural imperio de la posición de éste en la relación jurídica, los altos intereses que protege y la presunción de legitimidad de sus actos, todo lo que determina que deben reconocerse al Estado privilegios que lo colocan en una situación de ventaja con relación al particular, debe tenerse presente que el tema en debate es determinar la finalidad del artículo 1357 del Código civil y, en tal sentido, hay que reconocer, a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema y de la Exposición de Motivos del Código civil, que tal finalidad es someter los contratos mediante los cuales el Estado otorga garantías y seguridades al régimen del contrato civil.

Respecto al pronunciamiento de la Corte Suprema, si bien el ordenamiento jurídico peruano no atribuye a la jurisprudencia el carácter de fuente directa del Derecho, se puede decir que "*de hecho*, la jurisprudencia es más importante que la norma legal en sí, pues prevalece -que es lo que prácticamente importa- no el sentido que la norma tiene, sino el que la jurisprudencia le atri-

buye"<sup>(5)</sup>. Esto determina que debe darse a la ejecutoria de 4 de marzo de 1982 un valor relevante para apreciar el Derecho que rige para el "Contrato-Ley".

En cuanto a la Exposición de Motivos hecha por el autor del artículo 1357 del Código civil, debe tenerse presente que uno de los medios de interpretar la ley, o sea de encontrar su verdadero sentido, es el elemento histórico, que está constituido por la legislación anterior, los trabajos de las Comisiones Codificadoras, los proyectos elaborados y las discusiones de los Cuerpos encargados de la tarea de redactar la ley.

Desde que se gestó el que es ahora artículo 1357 del Código civil, su autor, Max ARIAS SCHREIBER, sostuvo públicamente que los contratos-leyes son verdaderos contratos privados, por lo cual consideró que era indispensable que esta institución fuera introducida en el Código civil<sup>(6)</sup>. Posteriormente, los juristas integrantes de la Comisión Reformadora elaboraron la Exposición de Motivos de los artículos cuyos autores presentaron ante la Comisión Reformadora, conteniendo esta Exposición de Motivos "la interpretación lógica de las disposiciones del Código civil de 1984, la exposición del espíritu de la ley y la intención del legislador"<sup>(7)</sup>. En dicha Exposición de Motivos, ARIAS SCHREIBER consignó respecto del artículo 1357 las expresiones que se han transcrito en la nota a pie de la página 290.

Tanto la explicación inicial de ARIAS SCHREIBER cuanto su posterior Exposición de Motivos constituyen, por lo tanto, un elemento histórico de singular importancia para determinar el verdadero sentido del artículo 1357 del Código civil.

Estas razones llevarían a opinar que dicho artículo fue elaborado para que los contratos celebrados a su amparo tuvieran carácter civil.

Sin embargo, considero que el dilema inicial entre ambas tesis está mal planteado. No se trata de saber si los contratos celebrados al amparo del artículo 1357 tienen carácter civil o

administrativo, sino de establecer cuál es el verdadero contenido de dicho artículo; cómo debe aplicarse.

Tenemos dos elementos para ello.

El primero es que la ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, puede autorizar al Estado para establecer garantías y seguridades.

A diferencia que en el caso del artículo 1355 del Código civil, la referencia al interés social, nacional o público, si bien debe ser entendida también como una recomendación al legislador en el sentido que cuando dicte leyes con la finalidad indicada en dicho artículo sólo lo haga sustentándose en la protección de esos intereses, tiene importancia, por intervenir el Estado, pues puede dar lugar a justificar, por una razón *sobreviniente*, la revocación de las garantías y seguridades, como se verá más adelante.

Pero dictada la ley, aun sin observarse esta recomendación, no corresponde a la Administración Pública ni a los particulares objetarla basándose en que no está sustentada en razones de interés social, nacional o público. Simplemente deberá aplicarse. Tampoco podría el juez dejar de hacerlo, invocando su ilegalidad.

Si la norma hubiera estado ubicada en la Constitución (como entiendo que fue el propósito inicial de ARIAS SCHREIBER), habría pie para pensar en la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad si se acreditara que la ley fue dictada desoyendo las instrucciones sobre su justificación. No estándolo, esta acción queda excluida.

La ley debe estar destinada a autorizar al Estado (Administración Pública) a establecer garantías y seguridades, o sea que sus alcances están limitados a estos dos aspectos. No podría la ley, para conservar el carácter que le da el artículo 1357 del Código civil, permitir al Estado hacer algo distinto, como, por ejemplo, conceder derechos ni imponer obligaciones que no tuvieran fines de garantía o seguridad. Los derechos y/u obligaciones los establece la ley; la autorización al Estado referida en el artículo 1357

se limita a otorga contractualmente garantías y seguridades para el ejercicio de esos derechos o el cumplimiento de esas obligaciones.

El segundo elemento, sin duda el más importante, es que el Estado puede otorgar las garantías y seguridades mediante contrato. Si no existiera este segundo elemento, el artículo 1357 carecería de significación pues el Estado podría otorgar las garantías y seguridades mediante acto unilateral, con lo cual serían susceptibles de ser modificadas o suprimidas también por acto unilateral.

No interesa que el contrato sea civil o administrativo. Basta que sea contrato, por cuanto, como se ha visto, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público el contrato crea relaciones jurídicas entre las partes y es obligatorio para ellas<sup>(\*)</sup>.

No cabe duda, pues, que el contrato en ambos Derechos es una fuente de obligaciones. Y también en ambos la obligación contractual es lo mismo: un deber jurídico que ata a las partes. No debe olvidarse que es de la esencia del contrato su irrevocabilidad, entendida en el sentido que los contratos "sólo pueden revocarse por *mutuo disenso* de quienes los hayan otorgado, o en virtud de ciertas causas que la ley autoriza, de donde se sigue, a contrario, que la irrevocabilidad reside en la inhabilidad de la voluntad unilateral para poner fin al contrato"<sup>(9)</sup>.

---

(\*) Aun entre los autores que admiten que el contrato es administrativo por razón de su objeto, algunos<sup>(9)</sup> consideran que en el régimen contractual administrativo, "el principio de que las convenciones hechas en los contratos constituyen una regla a la cual las partes deben someterse como a la ley misma, mantiene su vigencia y debe ser aceptado en todo su alcance, aun cuando esté sometido a ciertas restricciones que le otorgan una nueva dinámica, como ocurre por ejemplo con la inmutabilidad de los términos contractuales, que es estricta en el Derecho privado, es sólo relativa en la órbita de los contratos administrativos", agregando, sin embargo, que "el contrato administrativo es, pues, ley entre las partes, y las obliga con idéntica fuerza con que obligan las convenciones hechas en los contratos de Derecho privado".

En estas condiciones, tan obligado se encuentra el Estado a cumplir sus obligaciones en un contrato civil como en uno administrativo. No puede desligarse injustificadamente de ellas invocando su calidad estatal, pues ella no lo autoriza para hacerlo. No existe ningún paliativo al respecto.

Lo que ocurre es que, como dice MARIENHOFF<sup>(10)</sup>, "en ambos campos del Derecho -privado y público- pueden tener lugar los acuerdos de voluntad. Y si bien en Derecho público los acuerdos de voluntad tienen sus lógicas limitaciones, también los tienen en el Derecho privado, donde el orden público, por ejemplo, actúa como límite de la libertad contractual. En *ninguno* de los campos del Derecho existe libertad ilimitada para contratar: en cada uno de esos campos hay limitaciones a la libre expresión de la voluntad, limitaciones propias de la naturaleza de cada rama del Derecho".

La gran virtud del artículo 1357 del Código civil es permitir al Estado que, pese a su "jus imperium", quede sometido a una relación contractual cuando se trate de otorgar garantías y seguridades a un particular o a otro órgano del Estado. Relación contractual que lo obliga a mantener tales seguridades y garantías en los términos del contrato.

De acuerdo a su texto, que es en realidad lo que determina su sentido, no es el propósito del artículo 1357 ni tiene mayor importancia que el contrato en virtud del cual el Estado otorgue las garantías y seguridades tenga carácter civil o administrativo. Esto dependerá de la naturaleza de la situación jurídica garantizada o asegurada, así como de la existencia de cláusulas exorbitantes en él. En uno u otro caso, el contrato, y no la ley, será la causa de las obligaciones que asuma el Estado (otorgar garantías y seguridades) y ello determinará que no pueda desatarse de esas obligaciones sino en la vía contractual.

Puede objetarse que si el contrato a que de lugar la aplicación del artículo 1357 tiene carácter administrativo, puede ser revocado unilateralmente por el Estado por razones de "oportunidad", de "ilegitimidad" y por culpa o falta del cocontratante. Sin

embargo, en ninguno de los tres casos esta revocación es arbitraria.

En el primer caso, es preciso que la revocación obedezca a la necesidad de satisfacer más adecuadamente las exigencias del interés público. Si la razón que determina que la ley autorice el otorgamiento de garantías y seguridades mediante contrato es que con ello se satisface el interés social, nacional o público, es congruente que si el interés invocado por la ley desaparece, por una razón necesariamente *sobrevenida*, pueda el Estado revocar unilateralmente el contrato desde que habría dejado de existir su razón de ser (causa). Desde luego, el cocontratante tiene la facultad de contradecir judicialmente la revocación, invocando que el interés que se ha querido proteger no ha desaparecido.

En el segundo caso, la revocación unilateral debe estar justificada por razones de "ilegitimidad". Se entiende por ilegitimidad la contradicción con el orden jurídico positivo<sup>(11)</sup>, o sea en contravención a los principios básicos sobre *legitimidad* establecidos por la ciencia jurídica. A diferencia de la revocación por *oportunidad*, que obedece a una razón *sobrevenida*, la revocación por *ilegitimidad* debe responder a un vicio *concomitante* con la celebración del contrato. Por lo tanto, si éste (el contrato) es regular no puede ser revocado unilateralmente por la Administración Pública, cuando ha creado derechos a favor de los particulares.

Por último, si se trata de una revocación debida a culpa o falta del cocontratante, ella debe ser planteada ante el Poder Judicial, por lo cual se produce una situación muy similar a la resolución por incumplimiento en el caso del contrato civil con prestaciones recíprocas.

Vemos, pues, que el hecho que el contrato a que dé lugar la aplicación del artículo 1357 del Código civil tenga carácter administrativo no le resta obligatoriedad ni permite su revocación arbitraria por parte del Estado, de tal manera que la protección que busca dicho artículo se alcanza también en este caso.

#### 4).- POSIBILIDAD DE DEROGACION DE LA LEY.-

Se esgrime como argumento en contra de la eficiencia del artículo 1357 del Código civil que el Estado, en virtud del *jus imperium* que le es connatural, puede en cualquier momento y sin expresión de causa derogar la ley que concedió la autorización para celebrar el contrato mediante el cual se otorgan las garantías y seguridades, con lo cual éstas desaparecen.

Pienso que esto no es así. Si la personalidad jurídica del Estado es una sola, respecto de lo cual hay unanimidad en la doctrina moderna, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad, desde que no puede partirse en dos ni quitar con una mano lo que legítimamente ha dado con la otra<sup>(\*)</sup>. El sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual, justificado por el artículo 1357 del Código civil, determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su *jus imperium*, en lo que es materia del contrato. No olvidemos que todo contratante, aun el Estado, por el hecho de celebrar el contrato pierde su libertad de desobligarse unilateral e injustificadamente de la relación jurídica.

Pensar distinto sería sostener que el Estado puede celebrar un contrato sin quedar sometido al mismo, lo cual implica afirmar que el contrato (aún el administrativo) no es obligatorio. Esto constituiría un absurdo jurídico pues el contrato es, por su naturaleza, un acto creador de obligaciones. Ya lo han dicho IHERING y JELLINEK<sup>(12)</sup>: "lo propio de la voluntad soberana, es no determinarse jamás sino por sí misma. Ahora bien, cuando el Estado contrata consiente en limitarse, se obliga por su propia voluntad;

---

(\*) Tal como lo manifiesta DUGUIT, "ningún órgano del Estado puede atentar contra un contrato, ni aún el Parlamento mismo. El acto por el cual un órgano o un agente del Estado, el Parlamento mismo, anulase o modificase una obligación contractual del Estado, no tendría valor, y los tribunales deberían condenar al Estado como si ese acto no existiera".

se autolimita; su voluntad, aun limitándose de ese modo, no se determina más que por sí misma, sigue, pues, soberana absoluta aun obligándose por contrato”.

Si el interés social, nacional o público invocado por la ley autoritativa del contrato desapareciera, podría el Estado, en vez de revocar unilateralmente el contrato por razón de *oportunidad*, optar por declarar mediante una nueva ley la efectiva inexistencia de dicho interés. La desaparición del interés debe ser *efectiva*, pues si no fuera así, esto es si la desaparición declarada por la ley no fuera real, cierta, dicha ley sería inconstitucional<sup>(13)</sup> y podría ser impugnada como tal.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1357:

- (1) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores, Lima, 1985, Tomo VI, pág. 21.
- (2) Loc. cit.
- (3) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970; DIEZ, Manuel María, "Derecho Administrativo", Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1965; ALESSI, Renato, "Instituciones de Derecho Administrativo", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1970; ALVAREZ-GENDIN, Sabino, "Tratado General de Derecho Administrativo", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958; BERCAITZ, Miguel Angel, "Teoría general de los contratos administrativos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.
- (4) WOODBRIDGE, Paul, "El contrato ley", Editorial Costa Rica, San José, 1972, pág. 17.
- (5) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil, Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo I, Vol I, pág. 102
- (6) "Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, Tomo II, pág. 453.
- (7) "Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios", op. cit, Tomo I, pág. XIV. (1)
- (8) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1965, Tomo II, Volumen I, pág.
- (9) ESCOLA, Héctor, "Tratado integral de los contratos administrativos", Buenos Aires, 1977, Tomo I, pág.

- (10) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., Tomo III-A, pág. 88. (3)
- (11) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., Tomo III-A, pág. 605. (3)
- (12) Cita de DUGUIT, León, "Las transformaciones del Derecho", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1975, pág. 100.
- (13) BIDART CAMPOS, Germán F., "Derecho Constitucional", E.D.I.A.R., Buenos Aires, 1966, Tomo II, pág. 301.



**Artículo 1358.-** *Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- La incapacidad.
- 3.- Necesidades ordinarias de la vida diaria.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El primer antecedente del actual artículo 1358 del Código civil es el artículo 10 de la cuarta Ponencia sustitutoria, cuyo texto era el siguiente:

**Artículo 10.-** Los menores pueden celebrar los contratos relacionados con las necesidades de su edad.

En la Exposición de Motivos de este artículo se decía que teniendo en cuenta que los menores celebran en la práctica frecuentes contratos al adquirir mercaderías en las tiendas, hacer consumos, viajar en los vehículos de transporte público, ingresar a cinemas, teatros, espectáculos deportivos y otros similares, se ha considerado necesario incorporar este precepto. De otro modo y ante el silencio de la ley tales contratos serían nulos por incapacidad absoluta de una de las partes.

La quinta Ponencia sustitutoria y el Anteproyecto introdujeron algunas modificaciones en el citado artículo 10, quedando con la siguiente redacción:

**Artículo 10.-** Los menores y mayores incapaces pueden celebrar únicamente contratos en la medida que estén relacionados con las circunstancias de su edad o de su grado de incapacidad, respectivamente.

En la correspondiente Exposición de Motivos sólo se agregó que este precepto está relacionado con la denominada "capacidad de ejercicio", quedando como valor entendido el hecho de que estos incapaces no podrán celebrar directamente aquellos contratos de disposición o afectación que por su importancia puedan poner en peligro su patrimonio y que, en estos casos, tendrán que intervenir sus representantes legales.

La redacción del citado artículo 10 se mantuvo en el artículo 1379 del primer Proyecto.

En el segundo Proyecto su artículo 1324 tiene el mismo texto que el actual artículo 1358 del Código civil.

## 2).- LA INCAPACIDAD.-

Puede observarse en el rubro "Antecedentes de este artículo" que precede, que en el Anteproyecto se distinguía entre los menores y los mayores incapaces, como si se tratara de dos categorías distintas. El artículo 1358 del Código civil, con mejor técnica, trata ambos casos con el denominador común de "incapaces".

La incapacidad, entendida jurídicamente como la falta de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, es un concepto negativo: la carencia de capacidad.

Conviene, pues, conocer qué es la capacidad para de allí determinar quienes son los incapaces a que se refiere el artículo 1358 del Código civil.

No puede darse un concepto general de capacidad, sino de cada una de sus dos manifestaciones: la capacidad *jurídica* y la capacidad de obrar.

### **Capacidad jurídica.-**

Se entiende por capacidad jurídica, también llamada (con denominación que ha sido adversamente criticada<sup>(1)</sup>) *de goce*, la "medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas"<sup>(2)</sup>(<sup>1</sup>).

La capacidad jurídica puede ser *general*, cuando es atribuida para la totalidad de las relaciones jurídicas, y *especial*, cuando se refiere a determinadas relaciones singulares (por ejemplo, no es capaz de ser adoptante aquel cuya edad es inferior a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar). La capacidad jurídica general es la regla y las limitaciones a esa capacidad son la excepción<sup>(3)</sup>.

La capacidad jurídica general se adquiere por el nacimiento, mientras que la capacidad jurídica especial se establece caso por caso.

### **Capacidad de obrar.-**

Se entiende por capacidad *de obrar*, llamada también *de actuar* o *de ejercicio*, "la medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones"<sup>(4)</sup>.

Así como la capacidad jurídica es la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, la capacidad de obrar es la aptitud de realizar los actos jurídicos necesarios para adquirirlos y contraerlos.

---

(\*) La posición de quienes sostienen que la capacidad jurídica es el contenido o el límite de la personalidad es criticada adversamente por BARBERO, afirmando que la personalidad es un *quid*, mientras que la capacidad es un *quantum*. Se puede ser, como "persona", más o menos "capaz"; pero no se puede ser más o menos "persona".

La capacidad a que se refiere el artículo 42 del Código civil es de obrar (de ejercicio), aunque se ha estimado innecesario definirla, prefiriéndose regular los casos de incapacidad<sup>(5)</sup>. Por lo tanto, las incapacidades (faltas de capacidad) contempladas en los artículos 43 y 44 del Código civil son de obrar.

En el caso del artículo 1358 del Código civil, se trata de una capacidad de obrar, pues se relaciona con la aptitud de celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de los incapaces.

Al igual que en el caso de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar puede ser *general* o *especial*, pudiendo ser, tanto la primera como la segunda, *plena* o *atenuada*.

Capacidad *general plena* es la que faculta al sujeto para realizar toda clase de actos, como ocurre en el caso del mayor de dieciocho años de edad (artículo 42 del Código civil).

Capacidad *general atenuada* es una capacidad que habilita al sujeto para celebrar toda clase de actos, aun cuando para algunos de ellos requiere la asistencia de otras personas. Por ejemplo, el menor que tenga más de dieciséis años puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres autoricen el acto o lo ratifiquen (artículo 456 del Código civil).

Capacidad *especial plena* es la que autoriza la libre celebración de determinados actos jurídicos. Por ejemplo, el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples (artículo 455 del Código civil).

Capacidad *especial atenuada* es una capacidad que permite la realización de determinados actos con asistencia de otras personas. Por ejemplo, el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria o profesión (artículo 457 del Código civil).

En el caso del artículo 1358 del Código civil se trata de

una capacidad de obrar especial plena, pues los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar libremente, por sí solos, todos los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

### ***El discernimiento.-***

Los sujetos a que se refiere el artículo 1358 son los incapaces no privados de discernimiento.

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que tal concepto de *incapaces no privados de discernimiento* se introdujo recién en el segundo Proyecto, pues anteriormente se hablaba simplemente de los menores y mayores incapaces.

El cambio estuvo orientado no sólo a lograr una mejora técnica (tan incapaces son los menores como los mayores incapaces) sino también a conjugar la norma con el inciso 2. del artículo 43 de dicho Proyecto que establecía, como asimismo lo hace el Código civil, que son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.

Resulta así que están comprendidos en el artículo 1358 del Código civil todos los incapaces mencionados en los artículos 43 y 44 de dicho Código, con excepción de las personas privadas de discernimiento.

El *discernimiento* ha sido definido como "la facultad intelectual o recto juicio que permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas, así como distinguir entre el bien y el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos, dichos y acciones"<sup>(6)</sup>. El primero es el discernimiento *cognoscivo*; y el segundo, el *moral* <sup>(7)</sup>. FERNANDEZ SESSAREGO<sup>(7)</sup> dice

---

(\*) El artículo 921 del Código civil argentino establece que los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez

que corresponderá al juez determinar si la persona se encuentra privada de discernimiento.

Se presenta, pues, una situación curiosa ya que, no obstante que el artículo 1358 del Código civil se refiere a los incapaces de obrar, en general, no privados de discernimiento, o sea tanto a los absolutamente incapaces como a los relativamente incapaces, les confiere a estos incapaces de obrar una capacidad especial de obrar, con lo cual se podría decir que convierte a los incapaces en capaces especiales plenos.

Esto no es descabellado pues, como afirma MOSSET<sup>(6)</sup>, "a diferencia de la incapacidad jurídica, a la cual no se le puede encontrar un remedio, la ley presta remedios a la incapacidad de obrar".

### ***La legitimación.-***

Aun cuando este tema no está comprendido en el supuesto del artículo 1358 del Código civil, conviene tocarlo por cuanto es frecuente confundir la legitimación con la capacidad.

ALBALADEJO<sup>(9)</sup> considera que la "legitimación" es la situación o relación en la que, además de ser capaz, debe hallarse el sujeto respecto del negocio singular, para que éste sea válido y plenamente lícito. En sentido parecido, DIEZ-PICAZO<sup>(10)</sup> opina que legitimación "es el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el acto mismo", distinguiendo, como subespecies, la legitimación directa, que corresponde siempre al titular del derecho que se ejercita o al titular del interés que debe quedar afectado por el acto jurídico, y la indirecta, cuando la posibilidad de actuar se

---

años, como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.

confiere a una persona distinta del titular del derecho o interés, caso en el cual se encuentra la representación.

SPOTA le da un enfoque algo distinto, aproximándose a la representación, o sea a la legitimación indirecta de que habla DIEZ-PICAZO, al definirla como "la posición en que una persona se halla con respecto a un patrimonio ajeno, en cuya virtud la declaración de voluntad de aquel sujeto tiene consecuencias jurídicas respecto al titular de dicho patrimonio".

Se dice<sup>(11)</sup>, por ello, que "mientras la capacidad es una manera de ser del sujeto *en sí* (o sea, una cualidad del sujeto), la legitimación consiste en el hecho de encontrarse en una determinada posición, esto es, en un modo de ser del sujeto *respecto a otros* o con relación al bien o a los intereses que son materia del contrato".

BARBERO<sup>(12)</sup>, por su parte, afirma que la "capacidad" significa proporción de idoneidad del sujeto *para un tipo de acto*; "legitimación" significa proporción de idoneidad *para un acto singular*, conmensurada a favor de circunstancias particulares del caso, y distintas en cada caso. Por eso, agrega, la falta de una o de otra proporción significa, respectivamente, "incapacidad de obrar" o "falta de legitimación".

Una persona puede ser plenamente capaz de obrar, como es generalmente el caso de todas las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, no obstante lo cual puede encontrarse en una situación determinada que no le permite realizar ciertos actos jurídicos. El mismo BARBERO pone como ejemplo de la persona que puede ser "capaz" pero no estar "legitimada", el de aquella que puede tener la capacidad de actuar en juicio, para hacer valer una servidumbre, pero no estar legitimada a ello si no es propietaria del fundo al cual es inherente la servidumbre.

Es frecuente hablar de la incapacidad de determinado funcionario para realizar ciertos actos, pese a que dicho funcionario no se encuentra incluso en ninguno de los casos contemplados en los artículos 43 y 44 del Código civil, sino simplemente carece de

la facultad para practicar dichos actos como funcionario. Este es un caso de falta de legitimación y no de incapacidad.

Tomemos como ejemplo los casos contemplados en el artículo 1366 del Código civil, que enumera las personas que no pueden adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta pública, directa o indirectamente o por persona interpuesta. Estas personas, que por regla general son plenamente capaces de obrar, adolecen, en mi opinión, de falta de legitimación directa para adquirir tales derechos. Debo admitir, sin embargo, que hay pareceres distintos que estiman que se trata de casos de incapacidad jurídica especial.

Esta divergencia de posiciones podría encontrar su explicación en un novísimo enfoque doctrinario del problema, que se orienta a identificar la falta de legitimación directa con la incapacidad jurídica.

### 3).- NECESIDADES ORDINARIAS DE LA VIDA DIARIA.-

El Código civil de 1936 establecía, sin excepción alguna, la nulidad absoluta del acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz y la nulidad relativa del acto por incapacidad relativa del agente.

Similar disposición existe en numerosos Códigos extranjeros.

La doctrina, que reconoce que la aplicación estricta de esta disposición acarrearía como necesaria consecuencia que todos los contratos celebrados por los menores de edad quedarán sancionados con nulidad o anulabilidad, no se resigna a este resultado por encontrarlo inarmónico con la vida misma del Derecho. Dice SPOTA<sup>(13)</sup> que los negocios jurídicos de la vida cotidiana no pueden ser negados aun a un menor absolutamente incapaz si no cerramos los ojos ante lo que ocurre en el tráfico jurídico.

Por ello, los juristas empezaron a elaborar la tesis de los

“pequeños contratos”, entendidos éstos como los actos menudos de la vida corriente, para los cuales la incapacidad de los menores es sólo una “pura fórmula”, que podría ser calificada de teórica.

CARRESI<sup>(14)</sup> nos habla que se admite comúnmente, tal vez más porque se toma el acto como una insuprimible realidad que porque se lo repute en armonía con los principios del ordenamiento jurídico, que una limitada capacidad de obrar, la cual se considera por esto como capacidad de obrar especial, compete a los menores en orden a esos actos menudos de la vida cotidiana (adquisición de pequeñas cantidades de mercadería o de servicios de uso corriente que importan un costo limitado)

Existe consenso en que los “pequeños contratos” deben referirse a actos de la vida cotidiana y es dentro de este marco, como dice SPOTA<sup>(15)</sup> (uno de los adalides de este movimiento), citando a FERRARA, que los menores actúan en la escena jurídica, “si no queremos caer en la acertada crítica que alguna vez se ha hecho: ‘es un jurista: deduce, pero no observa’. Es decir, no ve alrededor de sí mismo, lo que ocurre en la vida diuturna y se limita a establecer ‘principios’ y ‘corolarios’ como en pleno campo geométrico, incurriéndose en las exageraciones de toda doctrina meramente conceptual”.

BORDA<sup>(16)</sup>, observando que desde muy corta edad los menores, y también los dementes y sordomudos, hacen compras de poco monto al contado, se trasladan de un lugar a otro en los medios colectivos de transporte, pagando su pasaje, asisten a cinematógrafos y otros espectáculos, pagando su entrada, dice que estos contratos son perfectamente válidos. Lo más importante e innovador de su planteamiento es que “no se trata, como suele creerse, de actos nulos pero *tolerados*, sino de actos lícitos, porque responden a una necesidad tan ineludible que aunque el legislador los prohibiera expresamente, continuarían cumpliéndose”<sup>(\*)</sup>.

---

(\*) En la misma línea de pensamiento GORDILLO<sup>(17)</sup> dice: “Por último, y sin salir del ámbito de las actuaciones eficaces del incapaz, no

Ante esta realidad inocultable, que revela la admisión de la tesis de los "pequeños contratos", la Comisión Reformadora, a propuesta de Max ARIAS SCHREIBER, decidió abrir la puerta grande a esta nueva concepción, dándole su espaldarazo mediante una regulación legislativa para evitar que esos juristas a que se refiere SPOTA invocaran miopemente la rigidez del sistema de nulidades. Fue así como surgió la idea del actual artículo 1358 del Código civil.

La fórmula adoptada es muy feliz.

Por un lado, permite a todos los incapaces, tanto a los absolutos como a los relativos, la celebración de contratos, con la atinada limitación de que no se encuentren privados de discernimiento. Esta limitación resulta indispensable, pues para dar valor a los contratos celebrados por los incapaces debe partirse del concepto de que ellos puedan darse cuenta, no necesariamente de sus consecuencias jurídicas, sino de distinguir lo que están obteniendo mediante el contrato, o sea que es distinto adquirir una golosina que un cuaderno, o asistir a un cine que a un espectáculo deportivo. Así podrán apreciar que el contrato tiene, en cada caso, un valor económico.

---

obstante su incapacidad, debe señalarse ese conjunto de actos ordinarios y menores -atti minuti della vita quotidiana, se dirá en Italia- en los cuales el incapaz proyecta su esfera de actuación congrua, sin perjuicio, ni suyo ni ajeno, y sin contradicción de nadie. Creemos que mantener aquí otra cosa sería tanto como abocar el Derecho al terreno de lo irreal y de lo absurdo. Tiene razón Giovanni GIUNTA cuando afirma que, justificada la incapacidad para la tutela del incapaz, nadie podrá sostener que no pueda éste adquirir por sí mismo un mendrugo de pan o ejercitar modestas actividades retribuidas. El reconocimiento legal más explícito de este sector de actuaciones eficaces se encuentra en el # 52, 3 del ZGB de la DDR; la regla general de la ineficacia de los actos de los incapaces se excepciona en los contratos sobre objetos de escaso valor y tendentes a la atención de las necesidades de la vida ordinaria, siempre que las obligaciones de ellos derivadas encuentren inmediato cumplimiento por las partes".

De otro lado, el objeto del contrato, o sea la relación jurídica, debe estar vinculado con las necesidades ordinarias de la vida diaria, entendiéndose que este vínculo ha de ser en función de cada contratante. Son muy distintas las necesidades ordinarias de un niño de once años y las de un joven de dieciseis. Son también distintas las necesidades de un sordomudo, que puede tener bastante cultura, y las de un retardado mental.

Son necesidades ordinarias de la vida diaria aquellas que es necesario o conveniente satisfacer para el desarrollo normal de las actividades cotidianas, que atañen bien sea al sustento o bien a la educación, el vestido, la recreación, el deporte, etc. Si entendemos el contrato como un fenómeno social, toda persona, así sea incapaz, necesita relacionarse con otras personas para obtener, a través del contrato, la satisfacción de tales necesidades.

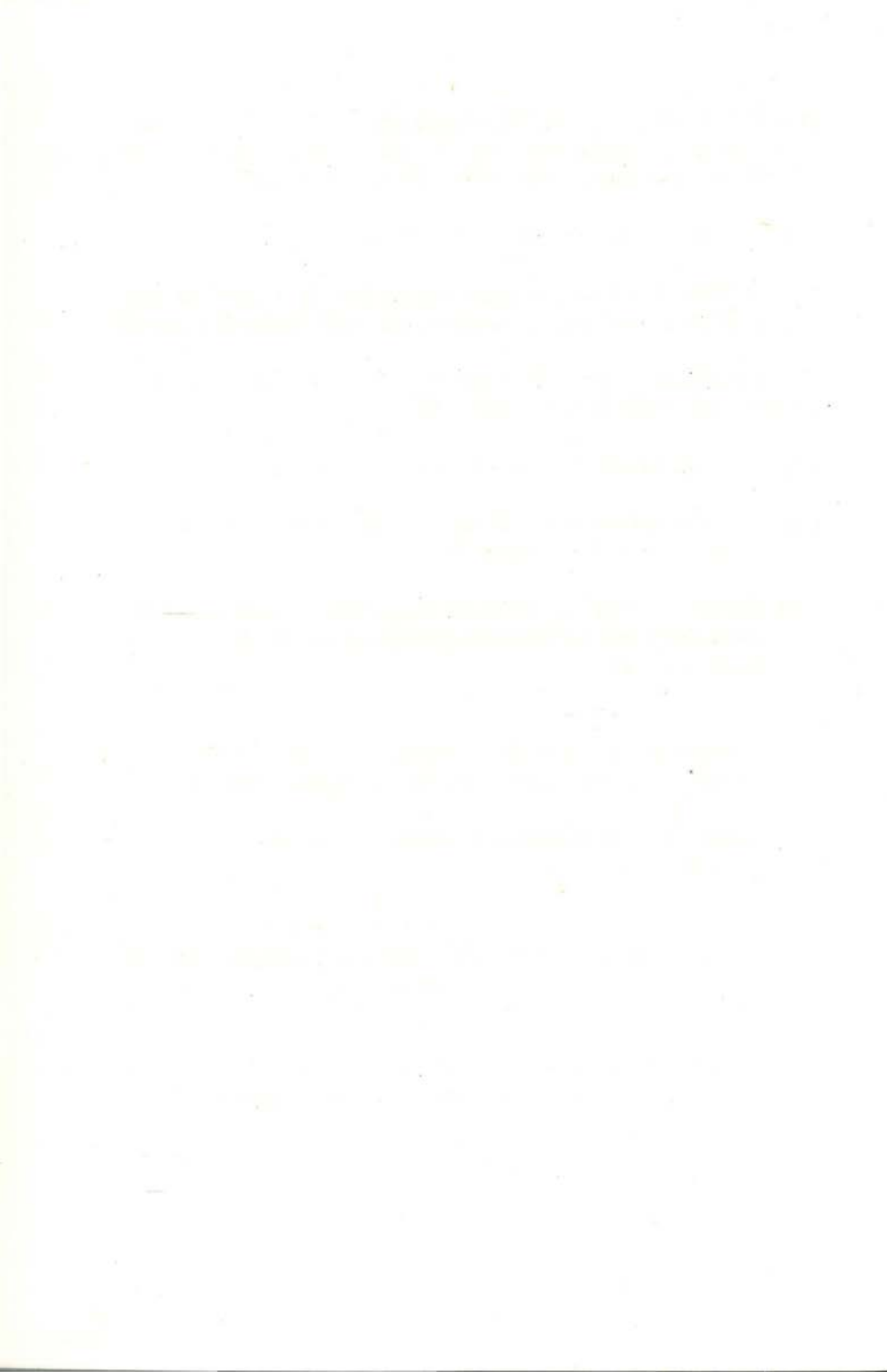
Una circunstancia que influye también fuertemente en la conveniencia de permitir a los incapaces la celebración de contratos es el creciente auge del fenómeno de la contratación en masa, que muchas veces se presenta bajo el manto de las relaciones contractuales de hecho. El incapaz no puede verse excluido de este tráfico, que versa sobre la provisión de bienes y servicios indispensables para la vida cotidiana de todos, capaces e incapaces, como son el uso de los transportes públicos, la asistencia a espectáculos, las compras en los almacenes de autoservicio, etc.

En tal sentido, el artículo 1358 del Código civil está complementado con el artículo 1396 del mismo Código, según el cual en los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando sea incapaz.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1358:

- (1) JOSSE RAND, Louis, "Derecho civil". Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo I, Vol. I, pág.
- (2) BARBERO, Domenico, "Sistemas de Derecho privado", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, Tomo I, pág. 190.
- (3) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 161.
- (4) BARBERO, Domenico, op. cit. Tomo I, pág. 190. (2)
- (5) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "El Derecho de las Personas", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 102
- (6) CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974, Tomo I, pág. 718.
- (7) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, op. cit., pág. 105. (5)
- (8) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 164. (3)
- (9) ALBALADEJO, Manuel, "El negocio jurídico", Librería Bosch, Barcelona, 1958, pág. 190.
- (10) DIEZ-PICAZO, Luis, "La representación en el Derecho privado", Editorial Civitas, Madrid, 1979, pág. 60.

- (11) CARNELUTTI y BETTI, citados por MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 89.
- (12) BARBERO, Domenico, op. cit., Tomo I, pág. 208. (2)
- (13) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil -Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo II, pág. 220.
- (14) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo I, pág. 141.
- (15) SPOTA, Alberto C., op. cit., Tomo II, pág. 223. (13)
- (16) BORDA, Guillermo A., "Manual de Contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 72.
- (17) GORDILLO CAÑAS, Antonio, "Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1986, pág. 214.



**Artículo 1359.-** *No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Inexistencia del contrato.
- 3.- Alcances de la conformidad.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 9 de la Ponencia original tenía el siguiente texto:

**Artículo 9.-** Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído, salvo que hayan acordado que se consideran ligadas aun cuando el contrato esté incompleto.

Habiéndose observado que resulta arduo admitir que existe contrato cuando las partes están conscientes que no se han puesto de acuerdo sobre todos los extremos del mismo, esto es que saben que el contrato no está completo, en la primera Ponencia sustitutoria se modificó dicho texto en el artículo 11, que decía así:

**Artículo 11.-** No se considerará concluído el contrato mientras las partes no estén conformes sobre todos sus extremos, aunque la discrepancia fuera secundaria.

Esta redacción se conservó en el artículo 11 de la segunda

Ponencia sustitutoria, en el artículo 12 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1381 del primer Proyecto.

Un nuevo cambio se hizo en el artículo 1381 del Anteproyecto de la Comisión Revisora, que disponía:

**Artículo 1381.-** No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todos sus extremos, aunque la discrepancia fuere secundaria.

En el artículo 1325 del segundo Proyecto se substituyó la palabra "extremos" por "estipulaciones" y la palabra "fuere" por "sea", quedando, por lo tanto, con el texto del artículo 1359 del Código civil.

## 2).- INEXISTENCIA DEL CONTRATO.-

Pese a que el sistema del Código civil vigente es no reconocer la figura del acto jurídico inexistente, que incorpora a la categoría del acto nulo, por considerar que inexistencia y nulidad no son instituciones distintas<sup>(1)</sup>, el artículo 1359 se ha visto en la necesidad de recurrir a dicha figura por razones de claridad.

En efecto, si se hubiera declarado que es nulo el contrato cuando las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, habría surgido la duda respecto a la probabilidad de que el acto jurídico, aunque inválido, hubiera existido como supuesto de hecho capaz de producir efectos secundarios, diferentes o negativos, que es una de las posibles manifestaciones de la nulidad.

Con la fórmula del artículo 1359 tal duda desaparece pues se pone de manifiesto que el acuerdo dedeclaraciones de voluntad sobre algunas, aunque sean muchas, estipulaciones, no tiene ni siquiera la apariencia de un contrato, lo cual determina que no pueda producir efecto alguno, ni siquiera negativo<sup>(2)</sup>.

Esto puede traer algunas complicaciones técnicas, pues sien-

do el sistema de nulidades del Código civil el de *numerus clausus*, podría decirse que la inexistencia del contrato no está comprendida en la relación taxativa contenida en el artículo 219, por lo cual en el supuesto del artículo 1359 no puede aplicarse la sanción de nulidad.

Creo, sin embargo, que pudiendo acreditarse, como es posible hacerlo a través de la respectiva Exposición de Motivos y la doctrina nacional, que el codificador peruano optó conscientemente por identificar la inexistencia con la nulidad, el artículo 1359 está comprendido en el caso previsto en el inciso 7 del artículo 219.

### 3).- ALCANCES DE LA CONFORMIDAD.-

El artículo 1359 define la posición del codificador peruano respecto a un tema que ha dividido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia mundiales, cuál es el contenido que debe tener el acuerdo de declaraciones de voluntad para llegar a ser contrato.

La discusión se centra fundamentalmente sobre si basta el acuerdo sobre sólo las estipulaciones esenciales del contrato o se requiere que verse sobre todas las estipulaciones del mismo, inclusive las secundarias, pero comprende además otros temas paralelos, que se tratarán a continuación.

#### ***Estipulaciones esenciales y secundarias.-***

Uno de los problemas más difíciles que se presentan en este campo es distinguir cuando una estipulación es esencial y cuando es secundaria.

Se ha propuesto como sistema para efectuar esta distinción determinar si la estipulación es esencial en consideración a la naturaleza del contrato (que llamaré criterio objetivo) o en consideración de la voluntad de las partes (que llamaré criterio subjetivo)<sup>(3)</sup>.

De acuerdo con el criterio objetivo, las estipulaciones esenciales serían las que contienen los elementos esenciales de cada contrato<sup>(4)</sup> (recuérdese la clasificación de elementos esenciales, naturales y accesorios de los contratos)<sup>(5)</sup>.

No obstante que es bastante difícil establecer, como regla general, cuáles sean los elementos esenciales de cada contrato, la labor se facilita tratándose de los contratos que tienen definición legislativa, como ocurre en los contratos típicos considerados por el Código civil peruano, o definición doctrinal o jurisprudencial, en el caso de los contratos típicos sociales. Así, por ejemplo, dado que el artículo 1529 del Código civil define la compraventa como el contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar el precio en dinero, serían elementos esenciales de este contrato el bien y el precio. Del mismo modo, como el artículo 1666 define el arrendamiento como el contrato por el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por una renta convenida, los elementos esenciales serían el bien, la renta y la duración (que puede ser determinada o indeterminada).

El problema resulta más delicado en el caso de los contratos atípicos, en los que, por falta de definición, no es posible determinar cuáles de las obligaciones constituyen elementos esenciales y cuáles elementos secundarios de cada contrato. Tal como dice SCHMIDT<sup>(6)</sup>, resulta entonces necesario analizar, caso por caso, el objetivo económico de la operación contractual para determinar que obligaciones son indispensables a su realización: tales obligaciones constituirían los elementos esenciales del contrato.

Según el criterio subjetivo, las partes (generalmente el oferente en su oferta, o eventualmente el destinatario en el caso de una contraoferta) pueden expresar que, tanto en los contratos típicos (legales o sociales) como en los atípicos, determinados elementos distintos de los considerados como esenciales de acuerdo con los párrafos precedentes son para ellas esenciales, es decir determinantes de su voluntad, en relación con cierto contrato. En tal caso, estos elementos, pese a que normalmente tengan un carácter secundario, deberán ser considerados como esen-

ciales. Por ejemplo, en la compraventa no es esencial que los gastos de entrega sean de cargo del vendedor, no obstante lo cual el oferente puede darles tal calidad en su oferta, pasando a ser entonces elemento esencial del contrato<sup>(\*)</sup>.

No parece aceptable, en cambio, que un elemento esencial deje de serlo por aplicación del criterio subjetivo, porque ello daría lugar a que se desnaturalizara el contrato. Verbigracia, no podría expresarse en la oferta que el pago del precio en dinero no es esencial en un definido contrato de compraventa, pues tal estipulación determinaría que, en caso de no incorporarse ese elemento al contrato, éste dejara de ser una compraventa.

El criterio subjetivo tiene carácter excepcional, pues lo normal es que un elemento sea esencial por aplicación del criterio objetivo, de tal manera que es necesario probar (no se puede presumir) que un elemento, que no es esencial según el criterio objetivo, ha adquirido tal calidad por voluntad de las partes, esto es que ha "entrado en el campo contractual"<sup>(7)</sup>.

Por consiguiente, no es permitido que el juez, en vía de interpretación, otorgue a un elemento la calidad de esencial, pues ello significaría sustituirse a la voluntad de las partes en la determinación de los elementos esenciales, lo cual unánimemente no es aceptado.

Todas las estipulaciones que no contienen elementos esenciales, bien sea aplicando el criterio objetivo o bien el subjetivo, son consideradas secundarias.

---

(\*) El Código civil soviético de 1964 define en su artículo 120 los puntos esenciales de un contrato, acogiendo los criterios objetivo y subjetivo, diciendo (en traducción libre) que son "aquellos que son considerados como tales por la ley o necesarios para los contratos de un tipo determinado, como también todos aquellos puntos respecto a los cuales, por declaración (contractual) de una de las partes, debe alcanzarse un acuerdo".

Establecidas así cuáles son las estipulaciones esenciales y cuáles las secundarias, conviene estudiar las posiciones que legislativa y doctrinariamente se han adoptado para determinar cuando se ha llegado a la formación del contrato.

Existe una posición legislativa, adoptada inicialmente por los Códigos de Prusia, Sajonia y Austria, posteriormente por el de Suiza y últimamente por el de la Unión Soviética, según la cual el contrato se considera concluído cuando las partes llegan a un acuerdo sobre los puntos esenciales. El Código de las obligaciones suizo (artículo 2) agrega que el acuerdo debe comprender los puntos secundarios que han sido reservados y que, a falta de acuerdo sobre los puntos secundarios, el juez los regula teniendo en cuenta la naturaleza del negocio.

La doctrina francesa, no obstante que el Código NAPOLEON no tiene disposición alguna de carácter general sobre el tema, se inclina por considerar que hay contrato cuando se ha alcanzado acuerdo sobre los elementos esenciales, pudiendo ser completado por el juez aplicando las disposiciones supletorias de la ley, los usos o la equidad<sup>(8)</sup>. El acuerdo sobre los puntos esenciales, tanto los que lo son según el criterio objetivo cuanto según el criterio subjetivo, es no solamente necesario, sino también suficiente.

La doctrina y la jurisprudencia italianas, cuyo Código civil guarda también silencio sobre el particular, estaba orientada (no sin ciertos contrastes y vacilaciones), según relata MESSINEO<sup>(9)</sup>, en el sentido que el contrato es vinculante cuando el acuerdo versa sobre el contenido mínimo (que equivale a los *puntos esenciales* de la fórmula suiza), salvo que las partes hagan depender la obligatoriedad de todo el contrato también del acuerdo sobre elementos secundarios; de tal manera que el contrato no puede considerarse concluído, en cuanto falten tales elementos (puntos secundarios) que hacen no-definitiva la voluntad de las partes. Sin embargo, MIRABELLI, en una obra posterior<sup>(10)</sup>, nos indica que la doctrina y la jurisprudencia han rechazado, ahora, la admisibilidad de la distinción entre cláusulas principales y accesorias, afirmando resueltamente que el contenido del contrato es unitario y que el acuerdo debe alcanzar todos los puntos.

Se invoca como justificación del planteamiento legislativo de los Códigos suizo y soviético que se simplifica, para el intérprete, la solución de las controversias.

La posición contraria, o sea que se requiere la conformidad sobre todos los elementos, esenciales y secundarios, del contrato, se planteó legislativamente por el Código civil alemán, cuyo numeral 154 establece que mientras las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre todos los puntos de un contrato sobre los cuales, según la declaración aun solamente de una parte, debe lograrse conformidad, en la duda no está concluido el contrato, agregando que la conformidad sobre puntos aislados no es vinculante.

El Código civil de Etiopía adopta una posición ecléctica, pues si bien en el primer párrafo de su artículo 1695 dice que el contrato no queda concluido en tanto subsiste un desacuerdo sobre una condición, aunque sea secundaria, mencionada en la declaración de voluntad de una de las partes, agrega en su segundo párrafo que cuando las partes han manifestado, sin embargo, que ellas se consideran ligadas, el contrato existe aún si el acuerdo celebrado resulta incompleto.

Una disposición similar ha sido consignada en el artículo 40 del Proyecto de textos sobre las fuentes de las obligaciones y la formación de los contratos, aprobado por la Comisión Reformadora del Código civil francés, que dice que el consentimiento debe recaer sobre todas las estipulaciones del contrato, añadiendo que cuando ciertas cláusulas han quedado reservadas, el contrato no se forma en tanto no se llegue a un acuerdo de voluntades sobre estas estipulaciones, a menos que las partes hayan querido ligarse inmediatamente respecto de los puntos sobre los cuales hay acuerdo.

En un momento pasado<sup>(11)</sup> me incliné por la solución dada por el legislador etíope, pero después reflexioné que no es posible que exista contrato, o sea que haya consentimiento (que significa sentir lo mismo), cuando las partes saben que el acuerdo celebrado resulta incompleto, a no ser que se entienda (como no resulta del texto) que las partes renuncian al acuerdo sobre los puntos reser-

vados. Una reflexión similar cabe hacer respecto del artículo 40 del Proyecto de Código civil de Francia.

En la mayoría de los Códigos neolatinos no se toca el tema del contenido del contrato, pero la doctrina y la jurisprudencia parecen orientadas a exigir una conformidad perfecta, o sea tanto sobre los elementos esenciales como sobre los secundarios<sup>(12)</sup>.

El fundamento de esta posición favorable al acuerdo total es que, como dice Manuel Augusto OLAECHEA<sup>(13)</sup>, ella da mayor seguridad a las estipulaciones, porque suprime una serie de dificultades y porque es muy difícil distinguir en el hecho lo esencial de lo accidental. Se dice también que se respeta la voluntad de los contratantes, pues un elemento secundario puede ser (subjétivamente considerado) de importancia decisiva para las partes.

Interesante resulta la evolución del pensamiento de LAFAILLE<sup>(14)</sup>, quien no obstante haber sostenido en la cátedra que los tribunales podían sustituir la voluntad de las partes respecto a los elementos secundarios, tras nuevas reflexiones pesaron en su ánimo los riesgos de un temperamento que estaría erizado de inconvenientes y contribuiría en grado importante a destruir la estabilidad de los contratos.

El artículo 1359 del Código civil peruano ha hecho bien, pues, al exigir la necesidad del acuerdo sobre todas las estipulaciones del contrato, contengan éstas elementos esenciales o secundarios.

La Exposición de Motivos de dicho artículo<sup>(15)</sup> dice que "el precepto se basa en el principio de la integración o circuito contractual, según el que tiene que existir plena inteligencia para que se considere generado el contrato, de modo que cualquier discrepancia que pudiese existir respecto de sus estipulaciones, aun cuando secundaria, será motivo suficiente para que no se estime celebrado. En resumidas cuentas, la voluntad tiene que ser total o integral y no parcial o fraccionada".

### ***El rol de las normas dispositivas.-***

Se ha visto al comentar el artículo 1356 del Código civil que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes. También se ha destacado en el mismo comentario que las normas dispositivas se incorporan al contrato en ausencia de una estipulación de las partes que las excluya o sustituya.

Por otro lado, las normas imperativas y las dispositivas sobre contratos tienen carácter general, o sea están pensadas para aplicarse a todos los contratos a que ellas se refieren, pero estos contratos no van a surgir a la vida si las partes no se ponen de acuerdo sobre los elementos que los van a singularizar, que son precisamente los elementos esenciales de cada contrato. Por ejemplo, existen normas imperativas y dispositivas para los contratos de compraventa en general, pero para que nazca un determinado contrato de compraventa es necesario el acuerdo del comprador y del vendedor sobre el bien y el precio (elementos esenciales de la compraventa), que es lo que lo va a distinguir de los demás contratos de compraventa.

La incorporación de las normas funciona plenamente, desde luego, en los contratos típicos considerados por el Código civil, para los cuales existen normas imperativas y dispositivas, tanto en la parte general como en las respectivas partes especiales, que regulan toda el área contractual, de tal manera que dichos contratos pueden ejecutarse cabalmente si las partes se ponen de acuerdo sobre sus elementos esenciales. No ocurre lo mismo tratándose de los contratos atípicos, respecto de los cuales sólo son aplicables las normas de la parte general, lo que determina que las partes deban llegar a un acuerdo no solamente sobre los elementos esenciales sino también sobre los elementos secundarios.

Tomando esto en consideración, debe reputarse que en el caso de los contratos típicos legales las partes, conociendo lo dispuesto por el artículo 1356 del Código civil, están aceptando implícitamente que se incorporen a dichos contratos las normas imperativas y dispositivas correspondientes a ellos, cuando no

estipulan en contra de estas últimas normas, de tal manera que en tales contratos el acuerdo sobre los elementos esenciales significa, en realidad, la conformidad sobre todas las estipulaciones (esenciales y secundarias), de que habla el artículo 1359 del mismo Código.

Desde luego, si las partes se reservan (utilizando el lenguaje del Código suizo) determinadas estipulaciones secundarias, o sea ponen de manifiesto que no han alcanzado acuerdo sobre ellas, no es posible aplicar las normas dispositivas supletorias que regulen los temas materia de las estipulaciones reservadas. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 1359 del Código civil, no se habrá concluido el contrato hasta que no se satisfagan las reservas (sobre este punto debe verse el comentario al artículo 1360 del mismo Código, que sigue).

Volviendo al caso del contrato de compra venta, si bien el acuerdo sobre el bien y el precio dará lugar a que se incorporen automáticamente al contrato todas las normas del Título I de la Sección Segunda del Libro VII del Código civil, bastará, por ejemplo, con que una de las partes no convenga en que el riesgo de pérdida de bienes ciertos pase al comprador en el momento de la entrega, sino que ello ocurra en el momento del pago del precio (lo cual es un elemento secundario), para que no haya contrato hasta que se solucione esta reserva, no pudiendo el juez aplicar supletoriamente la norma dispositiva sobre el particular contenida en el artículo 1567 del Código.

En los contratos típicos sociales y en los atípicos la labor del juez es mucho más delicada, pues no siendo posible incorporar al contrato sino las normas imperativas y dispositivas de la parte general y no las de los contratos especiales (que no provienen de la ley en los contratos típicos sociales y no existen en el caso de los contratos atípicos), le toca decidir si las estipulaciones convenidas por las partes contienen elementos (no interesa que sean esenciales o secundarios) suficientes para crear obligaciones lícitas que contengan prestaciones posibles. No se olvide que un acuerdo de voluntades que no tiene como efecto crear obligaciones válidas no es un contrato. Esto determina la posibilidad de

que exista un acuerdo total entre las partes sobre los extremos que figuran en la oferta, no obstante lo cual no se habrá celebrado contrato alguno.

Desde luego, el juez para apreciar si el acuerdo de declaraciones de voluntad tiene carácter contractual, podrá aplicar las teorías de la absorción, de la combinación y de la analogía de las que se ha tratado al comentar el artículo 1353 del Código civil (sub-rubro "La atipicidad") y determinar así cuales de las normas imperativas y dispositivas de los contratos típicos son susceptibles de aplicación al contrato típico social y al atípico en examen. Ello le permitirá apreciar si los elementos acordados por las partes, combinados con tales normas, permiten configurar un contrato.

### ***Formación progresiva del contrato.-***

Pese a que este tema será tratado con mayor detenimiento al comentar el artículo siguiente, conviene adelantar aquí algunas ideas que tienen relación con el contenido del contrato.

En muchos casos el contrato se forma mediante la aceptación incondicionada de la oferta, con lo cual el contrato tendrá el contenido que figura en la oferta. Si este contenido es suficiente para dar lugar a un contrato, se habrá formado éste.

Pero en otros casos el contrato puede formarse progresivamente, o sea mediante el intercambio de una serie de ofertas y contraofertas (no me refiero a las tratativas) que van dejando como resultado que las partes llegan a acuerdos parciales hasta que finalmente se produce el acuerdo total. En este caso el contrato no se forma con la aceptación de una sola oferta sino que la aceptación final compendia toda una serie de ofertas y aceptaciones parciales<sup>(16)</sup>.

Tomando en consideración que el artículo 1359 del Código civil dispone que no hay contrato mientras las partes no están conformes sobre todas sus estipulaciones, el problema que surge en estos casos es determinar en qué momento los elementos

parciales acordados<sup>(\*)</sup> (que, desde luego, en el Derecho peruano no son vinculantes por no constituir un acuerdo sobre todos los extremos del contrato), unidos a las normas imperativas y dispositivas susceptibles de incorporación, han dado lugar a un acuerdo sobre las estipulaciones susceptibles de determinar la formación del contrato propuesto.

Supóngase que las partes pretenden celebrar un contrato de compraventa y que sucesivamente se han puesto de acuerdo sobre el bien materia de él (un automóvil determinado), sobre el lugar de entrega, sobre la forma de pago (al contado), sobre la renuncia al saneamiento por evicción, pero no sobre el importe del precio. El problema consiste en saber, en el supuesto que las partes no se desdigan de estos acuerdos parciales, si el posterior acuerdo sobre el precio ha determinado la formación del contrato. La respuesta parece afirmativa, en el indicado supuesto, pues la incorporación de las normas imperativas y dispositivas del contrato de compraventa, unidas a los acuerdos parciales, permite establecer todos los términos del contrato.

La solución sería mucho más difícil, como se ha visto, en el caso de un contrato típico social o de uno atípico.

---

(\*) MIRABELLI<sup>(17)</sup> nos habla de una tesis que sostiene que estos acuerdos parciales constituyen propios y verdaderos contratos que tienen como contenido, no el contenido del contrato propuesto, sino la recíproca renuncia al poder de revocar determinados puntos o cláusulas que forman parte de dicho contrato. Dicho autor piensa que el estado actual de la doctrina no permite atribuir a estos acuerdos una configuración jurídica en ese sentido.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1359:

- (1) VIDAL RAMIREZ, Fernando, "Teoría general del acto jurídico", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 506.
- (2) "Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código civil", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980, Tomo II, pág. 67.
- (3) SCHMIDT, Joanna, "Négotiation et conclusion de contrats" Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1982, pág. 32.
- (4) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 342.
- (5) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 124.
- (6) SCHMIDT, Joanna, op. cit., pág. 33. (3)
- (7) IBIDEM, pág. 36.
- (8) IBIDEM, pág. 79.
- (9) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 344. (4)
- (10) MIRABELLI, Giuseppe, "Dei contratti in generale", UTET, Torino, 1977, pág. 50.
- (11) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 159. (5)

- (12) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil", Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1953, Tomo VIII, pág. 140.
- (13) Citado por CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, "El Derecho de los contratos", Departamento de Publicaciones de la U.N.M.S.M., Lima, 1966, pág. 237.
- (14) LAFAILLE, Héctor, op. cit., Tomo VIII, pág. 139. (12)
- (15) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores, Lima, 1985, Tomo VI, pág. 23.
- (16) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 49. (10)
- (17) IBIDEM, pág. 51.

**Artículo 1360.-** *Es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Propósito del artículo 1360.
- 3.- El sistema de la punktation.
- 4.- El sistema de los acuerdos parciales.
- 5.- El sistema del artículo 1360.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Ya se ha visto en el comentario al artículo 1359 del Código civil el texto que tuvo el artículo 9 de la Ponencia original y las razones que motivaron su modificación.

También como consecuencia de tales razones se incluyó en la primera Ponencia sustitutoria un nuevo artículo, signado con el número 12, cuyo texto era el siguiente:

**Artículo 12.-** Es válido el contrato cuando las partes hayan resuelto reservar algún extremo del mismo, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso operará retroactivamente.

Este texto se conservó en el artículo 12 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 13 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1382 del primer Proyecto y del Anteproyecto de la Comisión Revisora.

En el artículo 1326 del segundo Proyecto se sustituyó la palabra "extremo" por "estipulación" y la palabra "operará" por "opera", quedando, por lo tanto, con la misma redacción que el artículo 1360 del Código civil.

## 2).- PROPOSITO DEL ARTICULO 1360.-

El artículo 1344 del Código civil de 1936 establecía, en sentido similar al del artículo 1359 del Código actual, que mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído, agregando que la inteligencia sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito.

La aplicación de este artículo durante la vigencia del Código civil de 1936 dio lugar a muchos problemas, dada su rigidez.

En efecto, la realidad de la vida puso de manifiesto que el *iter* formativo del contrato no es siempre el mismo. En algunos casos, las partes se ponen de acuerdo inmediatamente a través de la aceptación irrestricta de la oferta, lo que determina la conformidad sobre todos los extremos del contrato. Pero en otros, el proceso de elaboración del contrato es más lento, se desarrolla en etapas durante las cuales las partes van conviniendo sobre puntos aislados y reservando otros para una futura oportunidad, no obstante lo cual desean dar carácter obligatorio a los acuerdos parciales.

El artículo 1344 del Código civil de 1936 no permitía alcanzar este último deseo, pues no concedía valor vinculante alguno a los acuerdos sobre puntos aislados, de tal manera que cualquiera de las partes podía desdecirse de tales acuerdos.

Tomemos como ejemplo la compraventa de un automóvil. Las partes se ponían sucesivamente de acuerdo no sólo sobre los elementos esenciales de dicho contrato, o sea sobre las características del vehículo y su precio, sino también sobre elemen-

tos secundarios tales como la forma de pago de éste, el lugar de entrega del vehículo, el momento de la transferencia del riesgo, pero no sobre la renuncia al saneamiento por vicios ocultos. No obstante que el propósito de las partes hubiera sido que se respetaran los acuerdos parciales, y aún hubieran dejado constancia de ellos por escrito, el artículo 1344 del Código civil de 1936 impedía lograr este propósito. Al momento de ponerse de acuerdo sobre la renuncia al saneamiento por vicios ocultos, una de las partes podía desconocer el acuerdo sobre el precio o sobre cualquiera de los otros puntos concordados.

No debe creerse, sin embargo, que la solución del artículo 1344 sea descabellada. Responde perfectamente al principio de que el contrato es un acuerdo de las voluntades *actuales* al momento de celebrarlo, de tal manera que el contenido del contrato debe ser el que las partes desean que tenga en este momento. Si han cambiado de voluntad durante el proceso de formación del contrato, debe darse valor a la nueva voluntad, a fin de que el acuerdo pueda ser *actual y total*.

Sin embargo, como dice SCHMIDT<sup>(1)</sup>, "en el curso del periodo precontractual, cada una de las partes experimenta un conflicto entre la necesidad de salvaguardar su libertad de no contratar sino al momento del acuerdo definitivo y aquella de asegurar la confianza en cuanto a los fragmentos del contrato ya negociados. El respeto absoluto de la libertad contractual conducirá a rehusar toda intervención jurídica antes que el contrato no esté sellado, estando las partes libres de llevar la negociación como les parezca. La necesidad de confianza requiere, por el contrario, una intervención del derecho para asegurar la armonización de los intereses en presencia, bajo el respecto de la lealtad y de la buena fe".

El codificador peruano de 1984 se encontró en el conflicto que relata SCHMIDT y ha tratado de solucionarlo. Conviene conocer qué caminos tenía ante sí para lograrlo.

### 3).- EL SISTEMA DE LA "PUNKTATION".-

Se ha visto al comentar el artículo 1359 del Código civil que la legislación germánica (Códigos de Prusia, Sajonia y Austria) anterior al BGB de 1900, así como posteriormente los Códigos de Suiza y de la Unión Soviética, han seguido la orientación de considerar que el contrato se considera concluído cuando las partes se ponen de acuerdo sobre los puntos esenciales.

Dentro de esta orientación cobró gran auge el sistema de la "punktation" (minuta) según el cual las partes durante la negociaciones precontractuales dejan constancia escrita en documentos de los acuerdos parciales a los que van llegando en el curso de dichas negociaciones.

Esto permite establecer en que momento se ha logrado, a través de dichos acuerdos parciales, conformidad sobre todos los puntos esenciales del contrato propuesto, momento en el cual este contrato se considera celebrado.

Puede observarse que el sistema de la *punktation* juega un rol muy efectivo en los ordenamientos legales que siguen la orientación antes indicada. También lo juega en aquellos otros que no contemplan el tema, pero cuya doctrina y jurisprudencia consideran que, en ausencia de norma expresa, debe seguirse dicha orientación.

Con la promulgación del BGB surgió un nuevo planteamiento legislativo, pues su numeral 154 establece (traducción de Carlos MELON INFANTE) que mientras las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre todos los puntos de un contrato sobre los cuales, según la declaración aun solamente de una parte, debe lograrse conformidad, en la duda no está concluído el contrato, agregando que la conformidad sobre puntos aislados no es vinculante, incluso si se ha realizado un borrador.

El sistema de la *punktation* perdió en este nuevo planteamiento su primitiva utilidad (destacar el acuerdo sobre los puntos esenciales), pero no dejó de tenerla pues la minuta (así voy a

llamarla en adelante para destacar su nuevo rol) sirve para comprobar si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos planteados en la oferta (definitiva).

El planteamiento del BGB, por otro lado, quita expresamente valor a los acuerdos parciales que figuren en la minuta, de tal manera que no puede hablarse propiamente de *formación progresiva* del contrato, ya que éste se concluye en un solo momento (instantáneamente), que es aquél en el que se alcanza el acuerdo sobre todos los puntos que figuran en la oferta.

Puede observarse que este planteamiento adolece, pues, del mismo defecto observado al analizar el artículo 1344 del Código civil peruano de 1936 (que, por lo demás, se inspira en el numeral 154 del BGB).

La doctrina italiana, cuyo Código civil no contiene disposición alguna sobre el particular, permite dar a la minuta una utilización distinta. Se coloca en el caso que las partes, no obstante no haber llegado a acuerdo sobre todos los puntos contenidos en la oferta, consideran que mediante los acuerdos parciales que figuran en la minuta se alcanza la finalidad perseguida por ellas. En tal caso se prescinde de los puntos sobre los que no se ha llegado a acuerdo y se estima que la minuta vale como contrato perfecto<sup>(2)</sup>.

Un autor italiano<sup>(3)</sup> da un nuevo significado a la minuta al otorgarle el carácter de documento que consagra el acuerdo sobre puntos esenciales, al cual concede valor vinculante, a no ser que exista reserva sobre puntos secundarios o sobre otros puntos esenciales no considerados originalmente. Esta opinión, sin embargo, se considera aislada.

Otro autor de la misma nacionalidad<sup>(4)</sup> considera que si consta de la minuta que las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los elementos esenciales y han hecho reserva sobre otros puntos, el contrato debe considerarse concluído pero subordinado a la condición de que se alcance acuerdo también sobre los puntos reservados. Este planteamiento tiene gran importancia para nosotros porque se acerca (sin identificarse) a la solución peruana.

Por último, hay quienes opinan<sup>(5)</sup> que la minuta indica la conclusión del contrato cuando contiene acuerdo sobre todos los extremos del contrato, aun cuando las partes hubieran convenido que el contrato constara de escritura pública.

#### 4).- EL SISTEMA DE LOS ACUERDOS PARCIALES.-

El propósito de este sistema es que en las negociaciones que preceden a la formación del contrato las partes, sin comprometerse a concluir tal contrato, puedan llegar a acuerdos sobre puntos aislados del contrato proyectado, que tengan fuerza vinculante en el caso que éste se celebre. Si esto último no ocurre, los acuerdos parciales quedan sin efecto, sin responsabilidad para las partes.

Se pretende alcanzar mediante este sistema los siguientes efectos:

- a).- Asegurar a los que estipulan libertad para ulteriores negociaciones;
- b).- Permitir la fijación irrevocable de cláusulas del eventual contrato que decidan perfeccionar;
- c).- Admitir la posibilidad de la interrupción o de la inoperancia de las negociaciones preliminares<sup>(6)</sup>.

Entre la doctrina consultada sobre el sistema de los acuerdos parciales, quien lo desarrolla mejor es la tratadista francesa Joanna SCHMIDT<sup>(7)</sup>, a quien voy a seguir muy de cerca en esta exposición.

Se define el acuerdo parcial como "la convención concluída en el curso de las negociaciones, por la cual las partes fijan los puntos de la negociación sobre los cuales están, desde ahora, de acuerdo".

El acuerdo parcial puede resultar, según SCHMIDT<sup>(8)</sup>, sea de

una aceptación parcial de la oferta de un contrato definitivo, sea de una aceptación completa de una oferta parcial.

La primera determinación que deben hacer las partes es si el (o los) acuerdo parcial es suficiente o no para la formación del contrato definitivo.

Para realizar esta determinación las partes han de tomar en consideración si el acuerdo parcial cubre todos los elementos esenciales (y los secundarios que las partes hayan reservado) del contrato definitivo, cuando éste es típico legal, caso en el cual este contrato se forma por incorporación de las normas imperativas y dispositivas correspondientes a dicho contrato. En el caso de los contratos definitivos típicos sociales y de los atípicos la solución es bastante más delicada, según se ha visto en el subrubro "El rol de las normas dispositivas" del comentario al artículo 1359.

Si el acuerdo parcial no es suficiente para formar el contrato definitivo, por no comprender todos los elementos esenciales o los secundarios que las partes hayan reservado, el propósito es que este acuerdo sea vinculante en el caso que, mediante acuerdos parciales adicionales, se llegue a formar el contrato definitivo. Al efecto dice SCHMIDT que, en este caso, "las partes no consideran que el acuerdo parcial vale como contrato definitivo; la conclusión de éste está subordinada al acuerdo sobre otros elementos: la convención parcial vendrá a ser, solamente, una parte del contrato definitivo. La negativa a hacerle producir efectos jurídicos sólo concierne al acuerdo parcial en su relación con el contrato definitivo; ella no concierne a los efectos del acuerdo parcial como tal. De aquí se concluye que el acuerdo parcial produce, en efecto, consecuencias específicas, distintas de las del contrato definitivo; él obliga a las partes a respetar los puntos ya fijados, que no podrán ser desconocidos en el curso de la negociación (salvo por un nuevo acuerdo). Un comportamiento contrario a tal compromiso puede ser fuente de responsabilidad contractual". Desde luego, en el caso del fracaso de las negociaciones sobre los restantes puntos se produce la caducidad del acuerdo parcial.

Hay que observar que, pese a la opinión de ciertos autores que consideran que el sistema de los acuerdos parciales es una versión neolatina del sistema de la *punktation*<sup>(9)</sup>, los efectos de uno y otro sistemas son diferentes. En el sistema de la *punktation* la constancia del acuerdo sobre los puntos parciales sólo tiene por finalidad permitir la determinación de si se ha llegado a formar el contrato definitivo; en el sistema de los acuerdos parciales la finalidad es dar a estos acuerdos valor vinculante, aun cuando no hubiera llegado aún a formarse el contrato definitivo.

#### 5).- EL SISTEMA DEL ARTICULO 1360.-

La solución dada por el codificador peruano es, puede decirse, original. No sigue fielmente ni el sistema de la *punktation* (tampoco el de aquí derivado de la minuta) ni el de los acuerdos parciales, aunque se aproxima a este último.

Está articulada sobre las siguientes bases:

- 1).- El contrato es válido aún cuando las partes han hecho alguna reserva;
- 2).- La validez del contrato queda supeditada a que la reserva quede satisfecha;
- 3).- Si esto se produce, la validez del contrato opera retroactivamente.

Conviene estudiar cada una de estas bases.

En primer lugar, se declara la validez del contrato, lo que supone un consentimiento. Es necesario, pues, que exista una oferta en que se plantee que el contrato quedará formado con el acuerdo sobre determinados puntos (es necesario precisarlos), no obstante que exista desacuerdo sobre otros puntos (también deben precisarse), siempre que se llegue a un acuerdo sobre estos últimos puntos. Se requiere también que esta oferta sea aceptada, o bien que la reserva se formule en la aceptación, caso en el cual

ésta adquirirá el carácter de contraoferta (véase artículo 1376 del Código civil), que requerirá, a su turno, una aceptación. Esto debe repetirse cada vez que se llega a un nuevo acuerdo, con su correspondiente reserva.

Hago esta última salvedad porque considero que, en el caso de no satisfacerse totalmente la reserva, esto es que se llegara a acuerdo sobre algunas estipulaciones reservadas pero subsistiera el desacuerdo respecto a otras, sería posible celebrar un nuevo acuerdo sobre todas las estipulaciones convenidas y reservar las restantes.

Por otro lado, como bien dice ARIAS SCHREIBER<sup>(10)</sup>, la reserva puede versar sobre puntos esenciales o secundarios, lo cual tiene sentido pues como el contrato sólo quedará formado si se satisface la reserva, cuando esto ocurra existirá acuerdo tanto sobre los puntos esenciales como sobre los secundarios. Hay que sobreentender, desde luego, que una vez satisfecha la reserva habrá acuerdo sobre los puntos esenciales, ya que no puede formarse ningún contrato en que este acuerdo no exista. Quiero decir con esto que bien sea en los puntos respecto de los que hay acuerdo o bien en los que son materia de la reserva, deben estar comprendidos todos los puntos esenciales.

En segundo lugar, la reserva debe quedar satisfecha, o sea que sólo habrá realmente contrato si esto ocurre.

MOROTE<sup>(11)</sup> plantea la posibilidad de que el artículo 1360 pueda ser interpretado de dos maneras diferentes. Según una de ellas, el contrato es válido desde que las partes resuelven reservar alguna estipulación, invalidándose posteriormente, con efecto retroactivo, en el caso que la reserva no sea oportunamente satisfecha. De acuerdo con la otra, el contrato no es válido hasta que no se satisface la reserva. Se inclina por la segunda interpretación.

Estoy de acuerdo con él, pues si bien es cierto que el texto induce a pensar que la primera interpretación es correcta, esto no es aceptable ya que no cabe entender que es válido el contra-

to desde el momento en que las partes han resuelto reservar alguna estipulación, pues ello significaría aceptar que hay contrato a pesar que las partes no estén de acuerdo sobre todas sus estipulaciones, lo cual va en contra de lo dispuesto por el artículo 1359, que constituye el supuesto necesario para la aplicación del artículo 1360. Pienso, por ello, que el contrato sólo se formará cuando se satisfaga la reserva, aunque con efecto retroactivo. Si la reserva no se satisface oportunamente (dentro del plazo señalado por las partes o, en su defecto, del que fije el juez) no hay contrato, dejando de obligar el acuerdo parcial.

Obsérvese que, a diferencia del sistema de la *punktation*, no se considera formado el contrato cuando exista acuerdo sobre los puntos esenciales, descartándose el acuerdo sobre los demás puntos mencionados en la oferta, sino que se supedita la validez del contrato al acuerdo sobre los puntos que quedaron reservados.

Más bien, existe cierta similitud con el planteamiento de CARNELUTTI, expuesto en el rubro "El sistema de la *punktation*", que subordina la conclusión del contrato a la condición que se alcance acuerdo también sobre los puntos reservados, con la diferencia que en dicho planteamiento se exige que el acuerdo inicial debe recaer sobre todos los elementos esenciales del contrato, lo cual no se requiere en la solución peruana.

Esta solución se acerca más, en el fondo, al sistema de los acuerdos parciales, pues cuando el artículo 1360 habla de que es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, a buena cuenta está diciendo que es vinculante el acuerdo parcial sobre los puntos no reservados. Lo que la distingue es que en el sistema de los acuerdos parciales no se precisan los puntos que quedan reservados, mientras que en el caso del artículo 1360 esta precisión es necesaria.

En tercer lugar, si la reserva queda satisfecha ello determina que tenga efecto retroactivo al momento en que fue formulada, o sea al momento en que se produjo el acuerdo parcial.

Al comentar el artículo 1372 del Código civil se estudia-

rá más a fondo el concepto de la retroactividad, pero desde ahora puede adelantarse, siguiendo a CABANELLAS<sup>(12)</sup>, que es la eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado.

El artículo 1360 del Código civil debe entenderse, pues, en el sentido que los puntos reservados tienen eficacia no a partir del momento en que queda satisfecha la reserva, o sea desde que se llega a un acuerdo sobre estos puntos, sino desde que se produjo la reserva, esto es cuando se celebró el acuerdo parcial inicial.

Esta solución es una opción legislativa, pues tanto pudo elegirse como momento de conclusión del contrato aquel en que se celebró el acuerdo parcial inicial cuanto aquel otro en el que se satisfizo la reserva.

Posiblemente la elección de este último momento hubiera sido más lógica, pues es el instante en que las partes están de acuerdo sobre todas las estipulaciones, que es el requisito que exige el artículo 1359 para que el contrato exista. Sin embargo, por razones prácticas se eligió el momento en que se formuló la reserva, para dar al contrato obligatoriedad desde entonces.

Las ventajas que ofrece el sistema adoptado por el codificador peruano son evidentes. Retomemos el ejemplo del contrato de compraventa de un automóvil puesto en el rubro "Propósito del artículo 1360" que precede, en el cual durante las negociaciones las partes se habían puesto sucesivamente de acuerdo sobre las características del vehículo, su precio, la forma de pago de éste, el lugar de entrega del automóvil, el momento de la transferencia del riesgo, pero habían reservado la renuncia al saneamiento por vicios ocultos. Con el sistema del artículo 1360 del Código civil de 1984, a diferencia de lo que ocurría en el caso del artículo 1344 del Código civil de 1936, cuando las partes llegan a un acuerdo sobre la renuncia al saneamiento por evicción, todos los acuerdos parciales anteriores (características del vehículo, precio, etc.) conservan plena validez y las partes no pueden desdecirse de ellos, de tal manera que el contrato se forma con los elementos que constaban en el acuerdo parcial y los que fueron materia de la reserva.

#### BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1360:

- (1) SCHMIDT, Joanna "Négociation et conclusion de contrats", Jurisprudence Générale Dalloz, París, 1982, pág. 6.
- (2) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 311.
- (3) CARRARA citado por MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 299.
- (4) CARNELUTTI citado por CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo I, pág. 707.
- (5) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 234.
- (6) GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense, Río de Janeiro, 1986, pág. 62.
- (7) SCHMIDT, Joanna, op. cit., pág. 245. (1)
- (8) IBIDEM, pág. 246.
- (9) IBIDEM, pág. 245.
- (10) ARIAS SCHREIBER, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 110.

- (11) MOROTE NUÑEZ, Hugo Alberto, "Análisis funcional del compromiso de contratar", Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, pág. 445.
- (12) CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario de Derecho usual", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974, Tomo III, pág. 595.



**Artículo 1361.-** *Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.*

## S U M A R I O

- 1.- Antecedentes de este artículo.
- 2.- Significado de la obligatoriedad del contrato.
- 3.- Fundamento de la obligatoriedad.
- 4.- Presunción de veracidad de la declaración.

### 1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 5 de la Ponencia original tenía la siguiente redacción:

**Artículo 5.-** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esta coincidencia deberá probarlo.

Puede observarse que el texto del primer párrafo de este artículo era igual al del artículo 1328 del Código civil de 1936.

Comentando este último artículo, GARCIA SAYAN<sup>(1)</sup> y CORNEJO<sup>(2)</sup> han dicho que, en realidad, contenía dos proposiciones distintas: (a) los contratos son obligatorios en cuanto se haya

expresado en ellos; y (b) los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Esto ha llevado a pensar que la buena fe sólo es importante para la ejecución de los contratos y no para su celebración, lo cual no resulta del pensamiento del codificador de 1936.

Tomando en consideración estos comentarios, y además que la presunción establecida en el artículo 5 de la Ponencia original debe estar vinculada a la declaración contractual y no a su ejecución, el artículo 5 de la primera Ponencia sustitutoria fue redactado así:

**Artículo 5.-** 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 deberá probarlo.

El tema de la buena fe recibió un tratamiento distinto en un artículo separado.

El texto antes transcrito ha sido conservado en el artículo 5 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 14 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1383 del primer Proyecto y del Anteproyecto de la Comisión Revisora.

En el artículo 1327 del segundo Proyecto se regresó, no sé -o al menos no recuerdo- por qué razón, al texto del artículo 5 de la Ponencia original, orientación que se rectificó en el artículo 1361 del Código civil.

## **2).- SIGNIFICADO DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO.-**

Cuando se habla del contrato obligatorio, esta expresión puede ser entendida de dos maneras diferentes: como acto jurídi-

co que crea obligaciones, para distinguirlo de los otros actos jurídicos plurilaterales (convenciones) que crean relaciones jurídicas o derechos de otra naturaleza (familiares, reales); o como generador de un efecto obligatorio (atadura). Esta segunda acepción es a la que se refiere el artículo 1361 del Código civil.

Los contratos establecen entre las partes un vínculo, que determina el cumplimiento de la relación jurídica que constituye su objeto. La obligatoriedad del contrato es, pues, la fuerza que obliga a tal cumplimiento. (no se trata propiamente, pues, de la obligatoriedad del contrato sino de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él<sup>(\*)</sup>).

Ya se ha visto que de acuerdo con la teoría normativista, que comparto en su sentido general, con las reservas expresadas anteriormente (supra, Tomo I, pág. 269), el Estado concede a los particulares la atribución de establecer y regular entre sí sus relaciones jurídicas patrimoniales, otorgándoles el poder de hacer obligatorias estas relaciones. Se produce así una situación *sui generis* pues, por un lado, los particulares, en ejercicio de esa atribución, tienen libertad para vincularse jurídicamente a través del contrato; por otro lado, la celebración del contrato les quita la libertad de desvincularse unilateralmente<sup>(\*\*)</sup>. Podría decirse coloquialmente que a través del contrato el Estado concede a los particulares la facultad de escoger la cuerda para atarse entre sí.

---

(\*) El Código civil español dice con acierto en su artículo 1091, no que el contrato tiene fuerza de ley, como lo hace el artículo 1342 del Código civil italiano, sino que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley ...".

(\*\*) HERNANDEZ GIL<sup>(3)</sup> describe admirablemente esta situación, diciendo así: "El contrato se celebra con libertad; y se fija su contenido con libertad. Surgido así, aparece dotado de fuerza normativa vinculante. Lo pactado, es decir, lo recíprocamente auto-regulado, pasa a ser regulación, precepto que vincula a los contratantes y a sus herederos y causahabientes. La voluntad, entonces, deja de ser libre en la esfera del contrato, o bien sólo goza de aquella libertad que se le reconozca dentro de la regulación contractual.

La antítesis de las que nos habla HERNANDEZ GIL en la nota a pie de página podría encontrar su explicación gráfica si concebimos que el contrato (acto jurídico) es el ejercicio de las libertades contractuales (la de conclusión y la de configuración interna) que permite crear la relación jurídica patrimonial y que esta relación es la ligadura que hace obligatorio el cumplimiento. Yo me obligo porque celebro el contrato, pero tengo que ejecutar la prestación porque existe la obligación.

Podría pensarse, si nos atenemos estrictamente a lo anteriormente expuesto, que la fuerza obligatoria del contrato proviene de la voluntad de las partes al decidirse a contratar, de tal manera que hipotéticamente podría ocurrir que las partes conviniere en que el contrato que celebran sólo creara obligaciones morales (con contenido patrimonial), cuyo cumplimiento no es exigible. Considero que ello no es posible porque la obligatoriedad del contrato no emana de la voluntad de las partes sino del mandato de la ley, contenido en el artículo 1361 del Código civil, de tal manera que, como dice SANTOS BRIZ<sup>(4)</sup>, la imperatividad de la norma contractual -después de dictada- no descansa en la voluntad de los contratantes, sino que les resulta impuesta por el ordenamiento jurídico. Debo admitir que hay excepciones a esta regla como, por ejemplo, el artículo 1943 del Código civil que dispone que el juego y la apuesta de carácter lucrativo no prohi-

---

Podría decirse que hay una antítesis entre la libertad con que se elabora el contrato y la exclusión o limitación de la libertad que se produce como resultado, de donde seguiría que la fuerza obligatoria de aquél dejaría de estar regida por el dogma de la autonomía de la voluntad. Pero la concepción tradicional, o no advierte la antítesis, o la evita, el considerar que la fuerza obligatoria del contrato es fruto del uso que se ha hecho de la libertad. Obligarse es, en el contrato, auto-obligarse. Hay que estar no a algo impuesto desde fuera, sino a algo querido desde dentro. La vida del contrato viene a ser una inalterable subsistencia de lo querido. Ya deja de ser relevantes si se sigue queriendo o no; se ha convertido en precepto el mantenimiento de lo pactado. Se inmoviliza o, dicho de otro modo, se objetiva lo que en un determinado momento se quiso”.

bidos por la ley (no obstante ser contratos) no otorgan acción para reclamar por su resultado, pero debe tenerse presente que, en este caso, la excepción a la obligatoriedad del contrato no proviene de la voluntad de las partes sino que está prevista en el propio Código.

Respecto al carácter de la obligatoriedad del contrato (debe entenderse que se trata de la obligatoriedad de la relación jurídica creada por él) existe una corriente doctrinaria, cuyos elementos más representativos son JOSSERAND<sup>(5)</sup> y RIPERT<sup>(6)</sup>, que considera que la crisis del contrato determina el debilitamiento de su fuerza obligatoria. Realmente no llego a compartir esta opinión. Pienso, por las razones expuestas al comentar el artículo 1355 del Código civil, que este Código, si bien se coloca en una situación de avanzada al permitir abiertamente el intervencionismo del Estado en la contratación privada, reconoce incuestionablemente la absoluta obligatoriedad del contrato, dentro del marco impuesto por ese intervencionismo.

No cabe duda que los artículos III y V del Título Preliminar y 1354, 1355, 1356, 1440, 1447 y 2121 del Código civil no sólo establecen límites al contenido de todos los contratos sino también permiten que sea modificada la relación obligatoria nacida de los mismos. Pero, establecidos esos límites y permitidas estas modificaciones, nuestro ordenamiento legal no permite ir más allá. Si las partes, asumiendo, como es necesario que asuman, las contingencias que pueden presentarse dentro de este marco legal, celebran un contrato, éste es absolutamente obligatorio en todo lo que no intervengan dichas contingencias. Ningún juez está facultado para, por equidad, debilitar la obligatoriedad del contrato invocando nuevas situaciones no contempladas legislativamente<sup>(\*)</sup>.

Por otro lado, respecto a los alcances de la obligatoriedad de los contratos, ella comprende sólo lo que se haya expresado en

---

(\*) Es interesante destacar que la Constitución de los Estados Unidos de América establece en su artículo I Sección 10<sup>(1)</sup> que "ningún Estado aprobará una ley que menoscabe la obligatoriedad de los contratos".

ellos. Como dice CORNEJO<sup>(7)</sup>, comentando el artículo 1328 del Código civil de 1936, cuya primera parte tenía una redacción igual a la del primer párrafo del artículo 1361 del Código civil de 1984, el contenido de las obligaciones contractuales hay que tomarlo en su sentido estricto, no pudiendo el juez ampliarlo o limitarlo por vía de interpretación ni suplirlo invocando la equidad, ni la misma naturaleza del convenio. Como se verá más adelante, el artículo 1362 de este último Código señala que los contratos deben celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, pero ello sólo establece una línea de conducta para la realización de estos actos y no significa una alteración del contenido de la declaración contractual.

La fuerza obligatoria del contrato es idéntica, como dice LAVALLE<sup>(8)</sup>, en los contratos típicos y en los atípicos y, dentro del contrato mismo, el hecho de que una cláusula sea atípica o inusual no es óbice para su obligatoriedad.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto puede llegarse a las siguientes conclusiones:

- a).- El contrato nace desde el momento en que existe el acuerdo de declaraciones de voluntad, determinando los alcances de tal acuerdo.
- b).- Una vez creada la obligación jurídica que es objeto del contrato, ella desarrolla toda su fuerza obligatoria.

Esto significa que dicha relación debe ser cumplida conforme al tenor de la declaración contractual.

### ***Sentido de la referencia a la ley.-***

El artículo 1.134 del Código NAPOLEON establece que "las convenciones legalmente formadas tienen lugar (*lieu*) de ley entre las partes que las han hecho ...". De allí la fórmula pasó a muchos Códigos civiles, entre los que voy a destacar, por su influencia en nuestro pensamiento jurídico, el de España de 1889

(artículo 1091) y el de Italia de 1942 (artículo 1372), que hablan ambos que los contratos (o las obligaciones que nacen de ellos) "tienen fuerza de ley entre las partes".

El Código civil argentino (artículo 1197) introdujo una pequeña pero importante variación en dicha fórmula al decir que las convenciones hechas en los contratos "forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".

RISOLIA<sup>(9)</sup> hace un interesante análisis de los antecedentes doctrinarios y de los trabajos preparatorios del Code, indicando que el sentido de la fórmula contenida en su artículo 1.134 implicaba la garantía de la autoridad de los contratos.

Algunos comentaristas de los Códigos civiles argentino<sup>(10)</sup> y español<sup>(11)</sup> consideran que la referencia a la ley significa que los contratos tienen, a semejanza de ésta, carácter normativo y que obligan por tener tal carácter.

Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina de ambos países, así como de Italia, opinan que la expresión "fuerza de ley" es simplemente una figura retórica, una metáfora, para enfatizar que los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley, sin pretender referirse a la naturaleza del vínculo contractual. Este último sentido ha sido claramente puesto de manifiesto en el texto argentino, que no habla de "fuerza de ley", sino que las partes deben someterse al contrato "como a la ley misma".

Refiriéndose RUGGIERO<sup>(12)</sup> a la expresión "fuerza de ley" utilizada por el codificador italiano aclara que con ella no se quiere decir que el contrato tenga virtud creadora de normas jurídicas, ya que la eficacia obligatoria del contrato presupone la existencia de una ley que la reconozca. Por su parte, observa MESSINEO<sup>(13)</sup> que con la citada expresión "no se quiere entender que el contrato sea equiparado, en su eficacia, a la ley. Como ya se consideraba bajo el imperio del código abrogado, a propósito del correspondiente art. 1123, tal concepto es totalmen-

te extraño al pensamiento del legislador; con dicha locución se limita a expresar algo más modesto, si bien muy significativo: que las partes no pueden sustraerse al deber de *observar* el contrato de acuerdo a su tenor, *en su conjunto y en cada una de sus cláusulas*".

### **Consecuencias de la obligatoriedad.-**

La consecuencia más importante de la obligatoriedad de las relaciones jurídicas creadas por el contrato, y la que realmente da sentido a dicha obligatoriedad, es su *intangibilidad o irrevocabilidad*.

Se entiende por intangibilidad (o irrevocabilidad) el que, una vez formado el contrato por el acuerdo de declaraciones de voluntad, la relación jurídica patrimonial que constituye su objeto, aun cuando no haya entrado en vigencia (verbigracia, por existir una condición o un plazo), no puede ser modificada sino por un nuevo acuerdo. Este nuevo acuerdo se llama, como se ha visto anteriormente (supra, Tomo I, pág. 59) *mutuo disenso*.

Desde luego, si existe al momento de celebrarse el contrato o surge con posterioridad a su celebración una causal de nulidad (absoluta o relativa), rescisión o resolución, es posible, por acción de una sola de las partes, dejar sin efecto el contrato por tal causal.

Pero si el contrato es perfecto (no adolece de defecto alguno) no cabe que uno de los contratantes, sin el asentimiento del otro, pueda modificar (en el más amplio sentido de la palabra) la relación jurídica creada por él.

Es más, ni aún las partes por mutuo disenso pueden modificar tal relación jurídica si con ello se perjudica el derecho de tercero (artículo 1313 del Código civil).

Son también consecuencias de la obligatoriedad del contrato, las siguientes:

a).- El juez debe aplicarlo de conformidad con lo expresado en él.

Tal como se ha dicho anteriormente, esta aplicación no puede dejar de hacerse so pretexto de interpretación<sup>(\*)</sup> o por respeto a los principios de equidad.

b).- Las estipulaciones contractuales priman sobre las normas dispositivas de la ley, no así sobre las imperativas.

c).- El juez es llamado a pronunciarse sobre todo lo que se refiere al cumplimiento del contrato.

### *Limitaciones a la obligatoriedad.-*

No obstante la obligatoriedad de las relaciones jurídicas creadas por contratos que no adolecen de defecto alguno, existen posibilidades que se modifiquen tales relaciones, como ocurre, por ejemplo, en los siguientes casos:

a).- El contrato puede prever su propia revisión, por decisión de una de las partes.

Realmente no existe en este caso un atentado contra la fuerza obligatoria del contrato, pues la modificación estaba prevista en el mismo.

---

(\*) Tanto en la Ponencia original como en las cinco Ponencias sustitutorias, en el Anteproyecto y en el primer Proyecto existía un artículo, que fue variando de numeración, que decía lo siguiente: "Los jueces no pueden crear contratos para las partes, bajo pretexto de interpretación". Este dispositivo tenía su fuente en el artículo 1714 del Código civil de Etiopía.

La norma fue suprimida por la Comisión Revisora, tal como consta de la anotación puesta en el artículo 1435 de su Anteproyecto.

- b).- Por establecerlo así una ley dictada con posterioridad a la celebración del contrato.

Conviene recordar (comentario al artículo 1355 del Código civil) que el artículo III del Título Preliminar de dicho Código establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones existentes, sin que esto signifique que la ley tiene fuerza o efectos retroactivos.

Ello da lugar a que si después de celebrado un contrato determinado se dicta una ley que afecta, de una manera u otra, la obligatoriedad de las relaciones jurídicas creadas por los contratos de naturaleza similar, dicha ley será de aplicación a la relación jurídica que es objeto de aquel contrato. Por ejemplo, si se celebra un contrato de suministro periódico de determinados bienes con precios referidos a una moneda extranjera (artículo 1235 del Código civil) y posteriormente se dicta una ley que establece un control de precios para esos bienes, esta ley será aplicable a dicho contrato y, en consecuencia, la obligatoriedad del mismo se verá afectada.

- c).- La protección de determinados contratantes.

Tenemos el caso del artículo 1398 del Código civil, según el cual en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas determinadas estipulaciones que benefician a quien las ha redactado.

En sentido parecido, existe un proyecto de Ley General de Protección al Consumidor, cuyo artículo 43 dispone que en los contratos con pago al crédito, el consumidor tiene derecho a revocar su consentimiento hasta tres días después de suscrito éste.

Ya se ha examinado el caso de los contratos de arrendamiento de inmuebles destinados a casa-habitación (ver comentario al artículo 1355 del Código civil).

- d).- La ley puede conceder expresamente al juez el poder de modificar el contrato.

Un ejemplo de ello lo constituye el artículo 1346 del Código civil, según el cual el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena (se refiere a la cláusula penal, que tiene carácter contractual) cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

### **3).- FUNDAMENTO DE LA OBLIGATORIEDAD.-**

Parecería que si el artículo 1361 del Código civil establece que los contratos son obligatorios en cuanto se ha expresado en ellos, el fundamento de la obligatoriedad del contrato se encuentra necesariamente en la ley. La ley crea, es como Dios. Basta que la ley diga que el contrato es obligatorio para que lo sea. No se necesita más.

Pero un razonamiento de este tipo, pese a ser plenamente válido, no satisface. La ley, como obra humana, ha de tener una razón de ser. No se legisla porque sí; se legisla porque hay una razón, un fundamento, para hacerlo. Si la ley ha considerado que el contrato debe ser obligatorio, es necesario conocer esa consideración. Los juristas han entendido perfectamente que no es suficiente que la mayoría de los Códigos civiles digan, con frases de contenido parecido, que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, sino que se preguntan ¿por qué se le ha dado esa fuerza? Hay varias respuestas a este interrogante.

#### ***Teorías que explican la obligatoriedad.-***

Pese a que los autores están de acuerdo en que éste es un tema que atañe más a la Filosofía del Derecho que al Derecho contractual, conviene tener una visión general del mismo, para saber el campo en que actuamos.

La doctrina<sup>(14)</sup> conviene en que las principales líneas directivas del pensamiento han sido las siguientes:

- La teoría del *pacto social* (GROCIO, PUFFENDORF), según la cual existe una convención tácita que obliga a los hombres a ser fieles a la palabra empeñada.
- La teoría de la *utilidad* (BENTHAM) que sostiene que más le interesa al hombre la observancia de los acuerdos, que su inobservancia, pues en este último caso cae en desconfianza frente a sus semejantes y, en definitiva, él mismo se perjudica.
- La teoría de la *tradición* (KANT, HEGEL, BOISTEL) que encuentra el fundamento de la obligatoriedad en que quien consiente en que otra persona adquiera un derecho que le atañe, hace surgir un problema similar al de la adquisición de la posesión mediante la entrega: uno consiente en despojarse de la posesión y otro consiente en adquirirla.
- La teoría de la *veracidad* (GIORGI) que asienta la obligatoriedad del vínculo en el deber universal y absoluto del hombre de "decir la verdad" y obrar de conformidad. La palabra dada debe responder a las más absoluta responsabilidad y mantenerse de acuerdo con ella.
- La teoría de la *condicionalidad* (AHRENS, SANCHEZ ROMAN) que supone que sería imposible la vida social si el que prometió algo dejara de cumplir lo que desde ese momento constituye condición o medio de derecho de aquél a quien se otorgó en virtud de contrato.

En realidad, si bien cada una de estas teorías (que no son excluyentes entre sí) tiene algo de razón y contribuye a explicar el fundamento de la obligatoriedad del contrato, ninguna de ellas llega al fondo del problema que, en mi opinión, es si dicha obligatoriedad descansa en la voluntad humana o en el ordenamiento jurídico, o dicho en otras palabras, si tiene un sustento *subjetivo* o uno *objetivo*.

Nos encontramos, pues, más bien ante un dilema similar al que se nos presentó al tratar de conocer el fundamento de la autonomía privada (comentario al artículo 1354 del Código civil), lo cual es lógico pues una de las manifestaciones de la autonomía privada es, precisamente, la obligatoriedad del contrato. Pienso, por ello, que nos encontramos nuevamente entre la posición del voluntarismo jurídico -que parte de una concepción individualista del mundo, que determina que la creación de obligaciones sólo puede tener su origen en un acto de voluntad- y la dirección normativista -que encuentra que la obligatoriedad del contrato se funda en que una norma de grado superior (la ley) le concede tal fuerza-.

Voy a desarrollar a continuación estas dos posiciones.

### ***La teoría del voluntarismo jurídico.-***

Tal como dice DIEZ-PICAZO<sup>(15)</sup>, según esta teoría "la creación de una obligación es un 'autoobligarse', es decir, una voluntaria enajenación o limitación de la propia libertad... De esta manera el contrato se convierte en el fundamento de todo el Derecho y de todas las obligaciones jurídicas. Donde termina el reino de los contratos comienza el de la pura fuerza. El derecho y las obligaciones tienen su fundamento en la libertad y en la voluntad individual".

La doctrina civilista tradicional encuentra en esta tesis el principio explicativo de donde se deduce el régimen del contrato.

### ***La teoría normativista.-***

Contra la posición voluntarista se opone (RADBRUCH) el argumento que nada justifica que la voluntad humana pueda producir por sí misma una obligación. ¿En virtud de qué principio, se agrega, el hombre, por el solo ejercicio de su libertad, puede crear una relación jurídica obligatoria? Por el contrario, esa misma libertad daría pábulo a que el hombre se desobligara de su obligación.

Es necesario, pues, que exista un principio superior a la voluntad que otorgue a la relación contractual carácter obligatorio. Este principio superior es el ordenamiento jurídico, lo que determina que, por consiguiente, no es el contrato (acuerdo de declaraciones de voluntad) lo que obliga, sino es la ley la que da al contrato su fuerza obligatoria.

Este razonamiento ha llevado a KELSEN a decir que "la convención es obligatoria en la medida que el orden jurídico la considera como un estado de hecho creador de derecho; o, en otros términos, en la medida que una norma de un grado superior (la ley o la costumbre) autoriza a los sujetos a crear (por delegación) una norma de un grado inferior. Esta es la aplicación de la regla *pacta sunt servanda* en la cual la validez se remonta finalmente a la norma fundamental del orden jurídico"<sup>(16)</sup>.

Pero KELSEN va más allá pues admite que se le pregunte cuáles son las razones que han llevado al legislador a instituir la convención como hecho creador de derecho, respondiendo que "se trata aquí de una cuestión de política jurídica en virtud de la cual el legislador deja a los sujetos de derecho el cuidado de regular ellos mismos sus intereses económicos y otros, porque estima que una reglamentación independiente y autónoma de estos intereses es la mejor solución y la más justa".

Respecto al carácter de la norma creada por el contrato, afirma KELSEN que "la oposición entre una creación de normas por la ley y una creación por una convención no es absoluta sino relativa, tanto en cuanto al carácter general o individual de las normas creadas, cuanto al carácter de heteronomía o de autonomía de la creación de las normas".

También dentro del marco de la posición normativista, ROUHETTE<sup>(17)</sup> sostiene que la fuerza obligatoria del contrato no está fundada ni sobre el acuerdo de voluntades ni sobre la voluntad del deudor, sino en la confianza del acreedor. Dice al respecto que "el problema práctico del contrato es aquel de su sanción, es decir de las condiciones en las cuales un acreedor puede actuar sobre la base de una promesa que el deudor no está dispuesto

a ejecutar; y parece natural que se aprecie las condiciones de la fuerza obligatoria de la promesa en la persona que se favorece con ella. En esta perspectiva, agrega ROUHETTE, hay que destacar que los pretendidos límites que la ley pone al poder de la voluntad de auto-obligarse son en realidad límites al derecho de accionar del pretendido acreedor.

### ***Los ensayos de conciliación.-***

Entre la teoría clásica, que otorga a la voluntad un rol excesivo, en todo caso principal, y la construcción positivista, que limita su función a una concesión del derecho positivo, se han intentado diversas conciliaciones.

GHESTIN<sup>(18)</sup> nos relata estos ensayos y plantea como conciliación posible la del derecho objetivo de lo justo y de lo útil. Admitiendo que la fuerza obligatoria del contrato está fundada en el derecho objetivo, este autor considera que lo justo y lo útil permiten controlar el contrato en nombre del interés general y de la justicia contractual. Lo justo y lo útil, dice, son los fundamentos mismos de la fuerza obligatoria del contrato, de donde se deduce la armonía de su régimen, distinguiendo entre la utilidad particular y la utilidad pública.

### ***Posición personal.-***

Tal como lo he expuesto en el comentario al artículo 1354 del Código civil, pienso que la tesis normativista responde mejor a la naturaleza de la autonomía privada. Por ello, me identifico con la posición de KELSEN en cuanto encuentra el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato en el ordenamiento jurídico positivo, el cual ha considerado que otorgar a los particulares la regulación de sus propios intereses, dentro de los límites que les señala el propio ordenamiento, es la solución más indicada y justa, con la única salvedad que yo distingo netamente entre el derecho objetivo (que emana de la norma jurídica) y el derecho subjetivo (que

emana del contrato, aun cuando excepcionalmente también de la norma jurídica), distinción que KELSEN no considera tajante.

En cuanto al fundamento de la obligatoriedad del contrato, o sea la razón de ser de que el ordenamiento jurídico lo disponga así, es, a mi juicio, la protección a una razonable seguridad jurídica que garantice que la relación jurídica creada por el contrato sólo podrá ser modificada por causas que, a criterio del mismo ordenamiento jurídico, realmente lo justifiquen.

### ***Obligatoriedad de las convenciones.-***

Sabemos que la convención es el género del contrato, en el sentido que es todo acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar y extinguir toda clase de relaciones jurídicas, efecto que, en el caso de los contratos, se limita a las obligaciones.

Dentro de la tesis del voluntarismo jurídico, que concede obligatoriedad al contrato por ser una manifestación de la voluntad de las partes, igual fundamento tendría la obligatoriedad de las convenciones.

Sin embargo, habiendo yo adoptado la tesis normativista y dado que el Código civil de 1984 da fuerza obligatoria sólo a los contratos, una interpretación rígida llevaría a la conclusión que las demás convenciones no son obligatorias.

Las convenciones son actos jurídicos, pues están comprendidas en la definición contenida en el artículo 140 del Código civil, que permite a la manifestación de voluntad crear (regular, modificar y extinguir) relaciones jurídicas, siendo necesario para su validez que se cumplan los requisitos exigidos por el mismo artículo.

Si el ordenamiento jurídico permite al acto jurídico producir dichos efectos, está autorizando también, aunque sea implícitamente, que ellos, en el caso de los actos jurídicos plurilaterales, sean

obligatorios para las partes, pues si no se daría el absurdo que se faculte a éstas para crear relaciones *jurídicas* entre sí y que estas relaciones fueran meramente potestativas.

ALBALADEJO<sup>(19)</sup> nos dice que "el negocio (acto jurídico) es un instrumento facilitado a la autonomía privada para que los sujetos autorregulen sus propios intereses y relaciones según su voluntad. Ahora bien, el declarante no se limita a querer platónicamente lo que manifiesta, sino que su declaración lo es de una voluntad *imperativa*; y el Derecho concede a esa voluntad expresada, eficacia reguladora. Es él el que hace de lo querido por el sujeto, una reglamentación, convirtiendo en *lex privata* el conjunto de cláusulas en que lo querido queda plasmado".

Sin embargo, este razonamiento no desvirtúa el principio de que así como las parte de la convención tengan la potestad de vincularse recíprocamente entre sí, de la misma manera tengan el poder de desvincularse unilateralmente, con lo cual recobrarán su primitiva libertad.

Pienso, por ello, que dado que la fuerza obligatoria del contrato, al igual que la de la promesa unilateral, proviene de la ley, las convenciones no son, en sentido estricto, obligatorias pues les falta el respectivo respaldo legal.

Empero, me parece que esta situación obedece a una imprecisión que tiene su origen en el Código NAPOLEON y que de allí se ha difundido en las codificaciones neolatinas.

En efecto, el artículo 1.134 de dicho Código dispone que las *convenciones* legalmente formadas tienen fuerza de ley entre aquéllos que las han hecho. Por otro lado, su artículo 1.101 indica que el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Resulta, pues, que el efecto obligatorio del contrato proviene, en realidad, de la fuerza obligatoria de la convención.

Los Códigos que se inspiraron en el Código francés (espe-

cialmente el italiano de 1865 y el español de 1889) no conservaron la distinción entre convención y contrato y en sus respectivos artículos 1123 y 1.091 simplemente dispusieron que los contratos o las obligaciones nacidos de ellos tienen fuerza de ley entre las partes, fórmulas que fueron copiadas por la mayoría de los Códigos neolatinos posteriores a ellos. Es cierto que el artículo 1197 del Código civil argentino hace referencia a las convenciones, pero con un sentido distinto, considerándolas como los acuerdos hechos en los contratos.

Ello obedece, en mi opinión, a una identificación, equivocada por cierto, entre la convención y el contrato, que no permitió percibir la diferencia entre ambos. Cuando la doctrina moderna empezó a distinguir nuevamente entre convención y contrato, surgió el problema de que la convención había sido privada, en realidad, de la fuerza obligatoria que tenía según el Código francés.

Creo que la jurisprudencia, mediante una interpretación extensiva, puede restablecer el carácter obligatorio de la convención, tomando en cuenta que tanto mediante la convención como mediante el contrato se crean convencionalmente relaciones jurídicas.

#### 4).- PRESUNCION DE VERACIDAD DE LA DECLARACION.-

Se ha visto que el primer párrafo del artículo 1361 del Código civil establece que el contrato es obligatorio en cuanto se ha expresado en él.

El segundo párrafo del mismo artículo agrega que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo.

En primer lugar, resulta incuestionable que se trata de una presunción *juris tantum*, pues el propio dispositivo está permitiendo indudablemente la prueba en contrario.

En segundo término, surge el problema de determinar cuál

es el sentido que debe darse a dicha presunción. Al comentar el artículo 1352 del Código civil, he relatado la interesante posición de ARIAS SCHREIBER en el sentido que el segundo párrafo del artículo 1361 del mismo Código ha optado por una fórmula distinta a las clásicas, que "consiste en que si bien su punto de partida está en la teoría o sistema de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria a la de la voluntad y la figura, en realidad, se invierte".

En el mismo comentario he expuesto las razones por las cuales considero que el Código civil de 1984, en lo relativo a cual de las cuatro teorías para solucionar la discrepancia entre la voluntad y la declaración se ha inclinado, ha optado por la teoría de la confianza. Reitero aquí lo dicho en ese momento.

En tercer lugar, y esto es particularmente importante para mí, el segundo párrafo del artículo 1361 habla (me parece que es el único lugar en que el Código civil lo hace) de la *voluntad común* de las partes.

Doy tanta importancia a esta mención por cuanto desde que empecé a enfrascarme en el tema del contrato privado (que pienso que me va a esclavizar, gracias a Dios, toda mi vida) cautivó mi interés el problema del verdadero sentido que debe darse al acuerdo de voluntades que caracteriza la formación del consentimiento. En otro trabajo<sup>(20)</sup> he tratado de profundizar este problema, llegando a la conclusión que el contrato en sí no puede ser sino la expresión de voluntades absolutamente iguales, de una *voluntad común a todas las partes*. Me identifico totalmente con lo que dije entonces y, por ello, constituye ahora para mí una satisfacción muy grande saber que no estaba solo y que el codificador de 1984 había escogido ya el mismo camino.

## BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1361:

- (1) GARCIA SAYAN, Enrique, "Las nuevas tendencias en el Derecho contractual", Tesis para el doctorado en Derecho, Lima, 1942, pág. 15.
- (2) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición sistemática y comentarios - De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 25.
- (3) HERNANDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, pág. 230.
- (4) SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, Tomo III, pág. 251.
- (5) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, pág. 281.
- (6) RIPERT, Georges, "El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno", Editorial José M. Cajica, Puebla, 1951, pág. 251.
- (7) CORNEJO, Angel Gustavo, op. cit., pág. 25. (2)
- (8) LAVALLE COBO, Jorge E., "De los contratos en general" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984., Tomo 5, pág. 889.
- (9) RISOLIA, Marco Aurelio, "Soberanía y crisis del contrato", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág.58.

- (10) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen III, pág. 329; SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, págs. 20 y 169.
- (11) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 261.
- (12) RUGGIERO, Roberto de, "Instituciones de Derecho civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo II. Volumen I, pág. 298.
- (13) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 143.
- (14) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 277; RUGGIERO, Roberto de, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 257 (12); CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, Tomo III, pág. 327; LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 274; ARIAS, José, "Contratos civiles", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Tomo I, pág. 69; PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho civil español", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, Tomo IV, Volumen II, pág. 14; DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1976, Tomo I, pág. 90; SPOTA, Alberto G., op. cit., Volumen III, pág. 343 (10).
- (15) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 90. (14)
- (16) Citado por GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 169.

- (17) Citado por IBIDEM, pág. 172.
- (18) IBIDEM, pág. 177.
- (19) ALBALADEJO, Manuel, "El negocio jurídico", Librería Bosch, Barcelona, 1958, pág. 54.
- (20) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 117.

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo I*, se terminó de imprimir en el mes de agosto de 1991, en los talleres de Editorial e Imprenta DESA S.A., General Varela 1577, Lima 5, Perú. La edición fue de 2,500 ejemplares

## PUBLICACIONES RECIENTES

MARIO CASTILLO y COSME NALVARTE

*El Perú de César Awapara. 1991. 428 p.*

MARCIAL RUBIO CORREA

*Error e ignorancia. El saber jurídico sobre la ignorancia humana (Biblioteca Para leer el Código civil, Vol. X). 1991. 324 p.*

JAMES HIGGINS

*Cambio social y constantes humanas. La Narrativa corta de Ribeyro. 1991. 178 p.*

LUIS JAIME CISNEROS

*El Funcionamiento del Lenguaje. 1991. 254 p.*

MARCIAL RUBIO CORREA

*El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. 5ta. ed. (corregida y aumentada). 1991. 412 p*

CELIA WU BRADING

*Manuel Ferreyros y la Patria Peruana. Epistolario. 1991. 368 p.*

MANUEL MARIA MARZAL (coordinador)

*El Rostro Indio de Dios. 1991. 452 p*

RICARDO GONZALES VIGIL

*El Perú es todas las sangres. 1991. 422 p.*

RAQUEL CHANG-RODRIGUEZ

*El discurso disidente: ensayos de literatura colonial peruana. 1991. 284 p.*

PROXIMA APARICION

PEDRO DE CIEZA DE LEON

*Crónica del Perú. Cuarta  
Parte. Las guerras civiles.*

*Vol. I—Guerra de las Salinas*

*Vol. II—Guerra de Chupas*

*Vol. III—Guerra de Quito*

HECTOR GALLEGOS

*Albañilería Estructural.  
(2da.edición, corregida y  
aumentada).*

JOSE LUIS ROVILLON

*Silex del Divino Amor*

MANUEL PIAGGIO

*Física con ejercicios.*

FONDO EDITORIAL

*Av. Universitaria, cuadra  
18, San Miguel, Apartado  
1761. Lima, Perú. Teléfo-  
nos: 626390 anexo 220 y  
626390.*

