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 III

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 III

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 III)

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 III

Artículo 1390.- *Págs.*

1).- Antecedentes de este artículo 19

2).- Introducción al tema 20

3).- El contrato por adhesión 21

4).- El contrato prácticamente necesario 27

5).- La conjugación inevitable 28

6).- Concepto de contrato necesario por adhesión 30

7).- Características del contrato necesario por adhesión 34

8).- Naturaleza jurídica 37
- La adhesión como acto unilateral 38
- La adhesión como contrato 39
- Las tesis intermedias 40
- Opinión personal 41

9).- Ventajas e inconvenientes 46

10).- El contrato-tipo 48

11).- Medidas de protección 50

12).- A manera de conclusión 51

Bibliografía del artículo 1390 54

Artículo 1391.-

1) .- Antecedentes de este artículo 59

2) .- La adhesión a un contrato abierto 60

3).- Modalidades de la adhesión 63

Bibliografía del artículo 1391 64

Artículo 1392.-

1) .- Antecedentes de este artículo 65

2) .- Entorno de las cláusulas generales de contratación 67
- Provisión de bienes y servicios 68
- Consumo de bienes y servicios 70
- Contratación masiva y célebre 71
- Precisión necesaria 73

3) .- Concepto de cláusulas generales 77
- Definición 78
- Denominación 81

4) .- Características de las cláusulas generales 83
- Predisposición 83
- Generalidad y abstracción 86
- Inmutabilidad 88

5) .- Cláusulas generales y cláusulas especiales 91

6) .- Clasificación de las cláusulas generales 92
- Principales y accesorias 92
- Neutrales y vejatorias 94

7) .- Rol en la formación del contrato 95
- Manera de su incorporación al contrato 95
- Incorporación a la oferta 98
- Fijación de contenido normativo 100

8).- Naturaleza Jurídica 101
- Tesis normativista 102
- Tesis contractualista 103
- Tesis mixtas 104
- Opinión personal 105

9).- Diferencias con el contrato por adhesión 113

10).- Rasgos de las cláusulas generales 116
- Redacción impresa 116
- Complejidad 117
- Lenguaje 117

11).- Ventajas e inconvenientes de las cláusulas generales 118
– Ventajas 119
– inconvenientes 121

12).- Colisión de cláusulas generales 122

13).- Medidas para controlar las cláusulas generales 123

14).- El contrato normativo 125

15).- La protección al consumidor 127

16).- Regulación mundial de las cláusulas generales 128
a).-Países que han tratado el tema en el Código civil 129
b).-Países que han regulado el temaen leyes especiales 131

17).- Conclusión 137

Bibliografía del artículo 1392 139

Artículo 1393.-

1) .- Antecedentes de este artículo 147

2) .- Control administrativo de las cláusulas generales 148

Bibliografía del artículo 1393 153

Artículo 1394.-

1) .- Antecedentes de este artículo 155

2) .- Obligatoriedad de la aprobación administrativa 156

3) .- Situación de los contratos por adhesión 158

Artículo 1395.-

1) .- Antecedentes de este artículo 161

2) .- Procedencia de la no incorporación 162

Bibliografía del artículo 1395 165

Artículo 1396.-

1) .- Antecedentes de este artículo 167

2) .- El contrato de hecho 168

3) .- Finalidad del artículo 1396 173

Bibliografía del artículo 1396 176

Artículo 1397.-

1) .- Antecedentes de este artículo 179

2) .- Cláusulas no aprobadas administrativamente 181

3) .- Conocimiento de las Cláusulas generales 183

4) .- Posibilidad de conocimiento de las cláusulas 185
- Carga de conocibilidad 186
- Carga de diligencia 187

5) .- Presunción de conocimiento de las cláusulas generales 190
- Presunción de conocimiento 191
- Naturaleza de la presunción 191
- Modo de funcionar de la presunción 192

6) .- Efecto del conocimiento de las cláusulas 193

7) .- Imposibilidad de conocimiento 194

Bibliografía del artículo 1397 196

Artículo1398.-

1) .- Antcedentes de este artículo 199

2) .- Alcances del artículo 1398 200

3) .- El problema de las cláusulas "vejatorias" 201

4) .- Enumeración de las cláusulas vejatorias 203
- Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad 203
- Suspensión de la ejecución del contrato 205
- Rescisión y resolución del contrato 206
- Prohibición de oponer excepciones 207

– Prórroga o renovación tácita del contrato..... 207
– Fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje 208

5).- Carácter de la relación del artículo 1398..... 209

6).- Posibilidad de interpretación extensiva..... 211

7).- Invalidez de las cláusulas vejatorias..... 212

8).- Otras cláusulas vejatorias posibles..... 213

9).- Criterios de cláusulas vejatorias..... 214

10).- Solución más conveniente..... 215

Bibliografía del artículo 1398..... 218

Artículo 1399.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 221

2) .- Alcances del artículo 1399 222

3) .- Normas imperativas y normas dispositivas 222

4) .- Fundamentación del artículo 1399 224

5) .- Ineficacia de las estipulaciones..... 227

6) .- Incorporación de las normas dispositivas 227

7) .- Justificación de la validez de las estipulaciones 228

Bibliografía del artículo 1399..... 230

Artículo 1400.-

1) .- Antecedentes de este artículo 231

2) .- El problema de la referencia al artículo 1397..... 233

3) .- Concepto de módulo o formulario 234

4) .- Función de la cláusula agregada 237

5) .- Determinación de la incompatibilidad..... 237

6) .- Efecto de la incompatibilidad 238

7) .- Justificación de la prevalencia..... 239

8) .- Ineficacia de la cláusula agregada 240

9) .- Opinión personal 241

Bibliografía del artículo 1400 243

Artículo 1401.-

1) .- Antecedentes de este artículo 245

2) .- Alcances del artículo 1401 246

3) .- Carácter de la interpretación según el artículo 1401 248

4) .- La regla "contra stipulatorem" 252
- Antecedentes de la regla 252
- Fundamento de la regla 253
- La regla "favor debitoris" 254
- Posible compatibilidad de ambas reglas 255

5) .- La interpretación "en caso de duda" 256
- Noción de interpretación 257
- Necesidad de la intepretación 257
- Surgimiento de la duda 259
- Camino a recorrer 261
- Recto criterio 262

Bibliografía del artículo 1401 265

TITULO III

Objeto del contrato

Preliminar 271

1) .- Objeto y contenido del contrato 272

2) .- Noción de objeto del contrato 274

3) .- Tesis sobre el objeto ideal del contrato 276
- Relación entre obligación, prestación y bien 277
- Objeto directo y objeto indirecto del contrato 277
- La obligación como objeto del contrato 279

– La prestación como objeto del contrato 279
– El bien o servicio coo objeto del contrato 281

Bibliografía de El objeto del contrato 282

Artículo 1402.-

1) .- Antecedentes de este artículo 285

2) .- La posición del Código civil 286

3) .- Necesidad del artículo 1402 291

4) .- Alcances del artículo 1402 293

5) .- Objeto del contrato y objeto de la obligación 293

6) .- Las relaciones de cortesía 296

Bibliografía del artículo 1402 297

Artículo 1403.-

1) .- Antecedentes de este artículo 301

2) .- Estructura del artículo 1403 303

3) .- Licitud de la obligación 305
– Contratos ilegales 306
– Contratos prohibidos 310
– Contratos inmorales 310
– Elemento en el cual recae la ilicitud 311

4) .- Posibilidad de la prestación y del bien 313
– Elemento que debe ser posible 313
– Imposibilidad física y jurídica 314
– Imposibilidad originaria y sobrevenida 317
– Imposibilidad absoluta y relativa 318
– Imposibilidad objetiva y subjetiva 319
– Imposibilidad total y parcial 319
– Imposibilidad perpetua y temporal 320
– Imposibilidad y dificultad 320

5) .- El problema de la comercialidad de la cosa 321

6) .- Determinación de la prestación o del bien 322

7) .- El objeto del contrato y el del acto jurídico 326
8) .- Necesidad de encontrar una solución 329
9) .- El problema de las nulidades 331
Bibliografía del artículo 1403 335

Artículo 1404.-

1) .- Antecedentes de este artículo 341
2) .- Apreciación de la ilicitud y de la imposibilidad 343
Bibliografía del artículo 1404 346

Artículo 1405.-

1).- Antecedentes de este artículo 347
2).- Concepto de convención sobre herencia futura 348
3).- Elementos de la convención sobre herencia futura 349
4).- Herencia de persona cuya muerte se ignora 350
5).- Declaración de muerte presunta 351
6).- Campo de aplicación 351
7).- Breve reseña histórica 352
8).- Régimen legal peruano 353
9).- Clases de convenciones sucesorias 354
- Convenciones institutivas 354
- Convenciones renunciativas 355
- Convenciones dispositivas 355

10).- Cuestionamiento de las convenciones sobre herencia futura 356
- Propiciar el deseo de la muerte del causante 357
- Incertidumbre sobre la propiedad 358
- Medio de violar la disposiciones sobre la legítima 358
- Posibilidad de fraudes 359
- Pérdida de la libertad de testar 360

11).- Opinión personal 360
- Convenciones institutivas 361

– Convenciones renunciativas 363
– Convenciones dispositivas 364

Bibliografía del artículo 1405..... 366

Artículo 1406.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 369

2) .- Fundamento de la nulidad 370

3) .- Viabilidad del precepto 370

Bibliografía del artículo 1406..... 372

Artículo 1407.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 373

2).- Carácter de la función del tercero 375

3).- Diferencia entre arbitrio de equidad y mero arbitrio..... 376

4).- Presunción del arbitrio de equidad 378

5).- Objeto de la determinación 378

6).- Naturaleza jurídica de la deferencia al arbitrio 379

7).- Naturaleza jurídica del rol del arbitrador..... 380

8).- Deberes y derechos del arbitrador 381
– La prestación del arbitrio..... 381
– La retribución del arbitrador 382
– Responsabilidad del arbitrtador..... 383

9).- La decisión del arbittrador..... 383
– Concepto de la decisión 384
– Caracteres de la decisión..... 384
– Naturaleza jurídica de la decisión 385
– Obligatoriedad de la decisión 386

10).- Causales de impugnación 388
– Vicios o defectos de la decisión..... 388
– Vicios o defectos del contenido 389

11).- Posibilidad de sustitución del arbitrador..... 390
– Determinación manifiestamente inicua o errónea 390

– Falta de determinación 393
– Situación legal actual 394

Bibliografía del artículo 1407..... 400

Artículo 1408.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 403

2) .- El mero arbitrio 404

3) .- El límite de la mala fe..... 404

4) .- La falta de determinación..... 406

Bibliografía del artículo 1408..... 408

Artículos 1409 y 1410.-

1) .- Antecedentes de estos artículos..... 410

2) .- Consideraciones generales 413
3) .- Bienes futuros 414
– Posibilidad de contratación sobre bienes futuros..... 415
– Tipos de contratación sobre bienes futuros..... 416
– Naturaleza jurídica de la contratación sobre bien futuro 417
– Naturaleza jurídica de la "emptio rei speratae"..... 419
– Naturaleza jurídica de la "emptio spei"..... 420
– Posición personal..... 421
– La similitud con el contrato de obra 428
– El compromiso de entrega del bien futuro 430

4) .- Bienes ajenos..... 431
– Breve reseña histórica 432
– Consideraciones generales..... 433
– Tipos de contratación sobre bienes ajenos 436
– Compraventa del bien ajeno 438
– El delito de estelionato 447

5) .- Bienes gravados o sujetos a litigio 449

Bibliografía de los artículos 1409 y 1410..... 451

TITULO IV

Forma del contrato

Preliminar 457

- Contratos formales y no formales 458
- Contratos "ad probationem" y " ad solemnitatem" 460
- Inconvenientes y ventajas de la forma 461
- Tratamiento legislativo 462

Bibliografía sobre La forma del contrato 463

Artículo 1411.-

1) .- Antecedentes de este artículo 465

2) .- La presunción 466

3) .- Necesidad de pacto anticipado por escrito 467

4) .- Requisito indispensable para la validez del contrato 468

Bibliografía del artículo 1411 470

Artículo 1412.-

1) .- Antecedentes de este artículo 471

2) .- Facultad para compelerse recíprocamente a llenar la formalidad 472

Bibliografía del artículo 1412 475

Artículo 1413.-

1) .- Antecedentes de este artículo 477

2) .- Forma de la modificación del contrato 478

Artículo 1390.- *El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.*

SUMARIO

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Introducción al tema.
3.- El contrato por adhesión.
4.- El contrato prácticamente necesario.
5.- La conjugación inevitable.
6.- Concepto de contrato necesario por adhesión.
7.- Características del contrato necesario por adhesión.
8.- Naturaleza jurídica.
9.- Ventajas e inconvenientes.
10.- El contrato-tipo.
11.- Medidas de protección.
12.- A manera de conclusión.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 66 de la Ponencia original tenía la redacción siguiente:

> **Artículo 66.-** El contrato se forma por adhesión, cuando una de las partes está sujeta a la aceptación de términos preestablecidos y en los que no existe capacidad de negociación.

Igual texto se conservó en el artículo 67 de la primera Ponencia sustitutoria, en el artículo 65 de la segunda Ponencia sustitutoria y en el artículo 31 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

Habiéndose observado que lo que caracteriza al contrato por adhesión no es tanto la aceptación de términos preestablecidos, pues ello puede ocurrir también en los contratos paritarios, sino que tal aceptación se debe a la carencia de poder de negociación por parte del adherente, se dio una nueva redacción al artículo 1405 del primer Proyecto, que quedó así:

> **Artículo 1405.-** El contrato se celebra por adhesión cuando una de las partes, colocada por la otra en la disyuntiva de aceptar íntegramente los términos preestablecidos por ella o rechazarlos totalmente, se somete a tales términos.

Esta redacción se varió, sin alterar su contenido conceptual, en el artículo 1355 del segundo Proyecto, cuyo texto fue el siguiente:

> **Artículo 1355.-** El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Puede observarse que es el mismo texto del artículo 1390 del Código civil.

2).- INTRODUCCION AL TEMA.-

Quizá desde que en 1902 SALEILLES mostró su perplejidad ante la construcción jurídica que debía darse a unos contratos que él llamó, a falta de otra denominación más adecuada, *contratos de adhesión*, pocos temas, con la posible excepción de la lesión y la teoría de la imprevisión, han suscitado tanta atención de la doctrina contractualista.

Sin embargo, el tratamiento de este tema se ha visto complicado por otros fenómenos contemporáneos, como es el auge de la contratación en masa, el desarrollo de los monopolios y la difusión del uso de las condiciones generales de contratación, dando lugar a que se establezca una vinculación muy estrecha entre

todos ellos, con lo cual se ha perdido, quizá, la visión prístina del contrato de adhesión.

Comprendo que el jurista no puede aislarse de la realidad de la vida y estudiar una institución fuera del contexto donde ella juega su rol natural, pero, por otro lado, se corre el peligro de confundir el instrumento con el uso que se le da. Quiero decir con esto que sin desconocer que el contrato de adhesión ha sido y es una manera de contratar que se presta a la imposición de una voluntad sobre otra, su esencia no es necesariamente cumplir esa misión.

Ha constituído para mí una revelación en este sentido el planteamiento de ALBALADEJO[1], quien dice que "hay dos cosas que, a veces, se confunden (al menos en parte) o se presentan involucradas: el contrato de adhesión y el contrato de celebración prácticamente necesaria. Ello se explica -pero no se justifica- porque frecuentemente son de adhesión los de celebración necesaria en la práctica".

Me voy a permitir aislar, por un momento, ambos conceptos, a fin de analizarlos por separado, para volverlos a unir después, desde que comprendo que la verdadera problemática del contrato de adhesión es la conjunción de su mecánica con su utilización.

3).- EL CONTRATO POR ADHESION.-

Hasta aquí he utilizado la denominación de SALEILLES "contrato de adhesión", pero considero que la que realmente le corresponde es la de "contrato por adhesión", desde que la adhesión no es el objeto del contrato sino la manera de celebrarlo.

El artículo 1390 del Código civil establece que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Puede observarse que lo que caracteriza al contrato por ad-

hesión no es que la voluntad del aceptante se pliegue a la del oferente, pues ello ocurre en todo contrato, ya que la aceptación no es otra cosa que la asunción por el aceptante de la voluntad del oferente para hacerla también suya. En la medida que esta identificación de voluntades no se produzca, o sea si la voluntad del destinatario de la oferta es distinta de la del oferente, no podrá existir aceptación ni, desde luego, contrato.

Recuérdese que en los contratos la aceptación se manifiesta generalmente mediante un "sí", que es la adhesión más absoluta de la voluntad del aceptante a la del oferente. Aún en aquellos casos en que la aceptación consiste en la elección de una alternativa o en la admisión de parte de la oferta dentro del límite máximo de ésta, la voluntad del oferente contiene ya la posibilidad de la elección o de la admisión, de tal manera que la voluntad del aceptante no se aparta de los alcances de la voluntad del oferente.

Ya se ha visto (supra, Tomo I, pág. 77) que la composición de intereses opuestos no es una función necesaria del contrato, pues basta, para que exista acuerdo de declaraciones de voluntad, que los intereses de las partes sean simplemente distintos (correspondan a diferentes partes). Es más, cuando los intereses son opuestos, la conciliación de los mismos se efectúa en el curso de las tratativas, que es una etapa precontractual, que puede o no existir. Llegado el momento de contratar, cualquiera que sea el camino que se ha seguido para llegar a este momento (las tratativas o el acuerdo inmediato), la voluntad del aceptante es igual a la del oferente, por lo cual la adhesión (en el contrato por adhesión) juega el mismo rol que la aceptación (en el contrato clásico). Ambas son la declaración conjunta de una voluntad común.

En lo que se refiere a la declaración de la voluntad de aceptar no existe, por lo tanto, en la definición del contrato por adhesión contenida en el artículo 1390 nota alguna que caracterice a este contrato.

En cambio, de la citada definición surgen dos elementos típicos del contrato por adhesión, que lo distinguen del contrato *pa-*

ritario[2] o *discrecional*[3] (así denomina la doctrina al tipo tradicional o clásico de contrato, en el que existe colaboración de las partes en el diseño del mismo).

El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Esta fijación puede ser, en teoría, previa a la oferta, aunque debe tomarse en consideración que la predisposición de las estipulaciones no es una característica del contrato por adhesión (como sí lo es de las cláusulas generales de contratación), de tal manera que normalmente el oferente fija sus estipulaciones al momento de declarar su oferta. De todas maneras, aún si fueran fijadas previamente, para que las estipulaciones resulten operativas deben incorporarse a la oferta, desde que, como se verá enseguida, están destinadas a que, mediante su aceptación, se forme el contrato. Esto sólo es posible técnicamente si las estipulaciones constituyen la oferta, que es la declaración contractual en la cual recae la aceptación. No sería dable que las estipulaciones fueran expresadas mediante una declaración distinta de la oferta, pues ello daría lugar a que el destinatario tuviera que aceptar dos declaraciones distintas, la que contiene las estipulaciones (para adherirse) y la que contiene la oferta (para contratar), lo cual está en contra del procedimiento de formación del contrato (tanto paritario como por adhesión) que requiere únicamente la aceptación de la oferta. Resulta ineludible, pues, que en el contrato por adhesión las estipulaciones formen parte de la oferta.

Por otro lado, en este contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral. No sería contrato por adhesión si sólo una fracción del contenido contractual fuera prefijada unilateralmente por una de las partes y el resto fuera el resultado de una modelación común de ambas, desde que la esencia de este contrato es que todas sus condiciones sean fijadas unilateralmente. Obsérvese que el artículo 1390 habla de aceptar o rechazar *íntegramente* las estipulaciones, de tal manera que son éstas las que determinan el contenido

del contrato. En estas circunstancias, las estipulaciones fijadas por una de las partes no sólo deben formar parte de la oferta sino que constituyen toda la oferta.

Podría repararse que es posible que la oferta no la formule el redactante de las estipulaciones sino alguien que desea contratar con él y que, en este caso, la oferta no contendría las estipulaciones sino las condiciones propias del oferente. Empero, debe observarse que como el redactante sólo está dispuesto a contratar en sus propios términos, modificará la oferta recibida para adecuarla a estos términos, y como tal modificación tendrá el carácter de contraoferta (artículo 1376 del Código civil), sus estipulaciones constituirán realmente la oferta del contrato por adhesión.

El hecho que el contrato sea modelado por ambas partes o por sólo una de ellas podrá ser un problema de ejercicio de la libertad de configuración interna, pero no afecta la esencia del contrato, que es el acuerdo de declaraciones de voluntad. En la medida que se llegue a este acuerdo por una u otra vía se habrá alcanzado la finalidad del contrato, que es la creación de la relación jurídica patrimonial entre las partes.

En principio, la oferta del contrato por adhesión es de carácter naturalmente recepticio, o sea que debe ser dirigida a uno o varios destinatarios determinados para ser conocida por ellos. En tal eventualidad, la oferta es obligatoria, o sea que no puede ser revocada por el oferente. Sólo en el caso de que la oferta de este contrato sea dirigida a personas indeterminadas, bien sea al público en general o bien *ad incertam personam*, no tendrá carácter recepticio dado el tratamiento de invitación a ofrecer que le da el Código civil.

Si en el contrato por adhesión la oferta se hace al público la situación puede complicarse por la naturaleza de esta oferta. BULLARD[4] destaca, con acierto, que si el artículo 1388 del Código civil establece que la oferta al público vale como invitación a ofrecer, resultaría que el oferente es el que se adhiere a las estipulaciones fijadas por el invitante. Entiendo que, en este caso, la mecánica de la operación es que la oferta al público, desde que

tiene que ser completa, debe estar constituída por las estipulaciones fijadas por el prerredactante, pero como esta oferta no vale como tal sino como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes acceden a esta invitación, la alternativa no está, en realidad, contenida en la declaración considerada como oferta sino en la considerada como invitación, de tal manera que los invitados, dada la naturaleza del contrato por adhesión, sólo pueden optar entre ofrecer ciñéndose total y exclusivamente a las estipulaciones fijadas en la invitación o no ofrecer. En realidad, cuando el invitado opta por ofrecer, su oferta, si bien es declarada por él, es redactada por el oferente al público. Este oferente, que es considerado como destinatario de las ofertas de los invitados, está en libertad de aceptar aquellas ofertas que, dadas las circunstancias, se encuentre en condiciones de hacerlo.

Quizá por esto es que dice BERLIOZ[5] que en los contratos clásicos el oferente tiene la iniciativa de la conclusión del contrato y la iniciativa en la determinación del contenido contractual, mientras que en los contratos por adhesión las dos iniciativas pueden estar separadas, correspondiendo la iniciativa en la conclusión del contrato al oferente (invitado) y la iniciativa en la determinación del contenido contractual al estipulante (invitante), quien sería el destinatario de la oferta.

El segundo elemento característico de la definición legal del contrato por adhesión es que la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones, o sea de su oferta, y el rechazo, también íntegro, de ella. Obsérvese que no se trata de una imposición, en el sentido que el redactante u oferente presiona o somete al destinatario para que acepte su oferta, sino únicamente lo coloca en una disyuntiva ante la cual el destinatario tiene, en principio, amplia libertad de elección entre la aceptación y el rechazo.

Un planteamiento sumamente interesante al respecto es el de LUKES[6], quien dice que no puede hablarse de "*sumisión*" del destinatario a la oferta del contrato por adhesión, pues ello exigiría el sometimiento a reglas o normas que ya se hallan en vigor,

en tanto que en la aceptación de la oferta del contrato por adhesión su objeto es dar vigencia a esas normas, elevándolas a la categoría de contrato, por lo cual lo que hay es una aceptación propiamente dicha de una oferta de contrato.

Es cierto que, como veremos, cuando se conjuga el contrato de adhesión con el contrato de celebración prácticamente necesaria el destinatario se ve realmente compelido a aceptar, pero ello se debe no a la naturaleza del contrato por adhesión sino a la situación en que él (el destinatario) se encuentra por razón del contrato necesario. Aislados ambos contratos, la libertad del destinatario es absoluta en cuanto a la elección, si bien no lo es respecto a los alcances de la elección, que son inflexibles. O acepta o rechaza, no hay otra posibilidad.

Por ello, considero que, a diferencia de lo que opinan algunos autores, el destinatario de la oferta de un contrato por adhesión no puede proponer al oferente modificar la oferta, o sea formular una contraoferta, pues ello se encuentra fuera de la alternativa en que ha sido colocado. Creo que, en este contrato específico, la modificación es simplemente un rechazo de la oferta, sin ser de aplicación el artículo 1376 del Código civil. Pensar de otra manera significaría admitir que la oferta de un contrato por adhesión puede convertirse, por el hecho de ser modificada, en la oferta de un contrato paritario.

Recapitulando lo expuesto, cabe decir que el contrato por adhesión, considerado en sí mismo, es una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará.

Tratándose de la particularidad del contrato por adhesión ofrecido al público, la situación es igual salvo que, como la oferta vale como invitación a ofrecer, las características de la oferta

son asumidas por la invitación y, en realidad, el que se encuentra en la alternativa de elección es el oferente.

4).- EL CONTRATO PRACTICAMENTE NECESARIO.-

La realidad de la vida pone de manifiesto que, si bien teóricamente toda persona, en ejercicio de la autonomía privada, se encuentra en libertad de contratar o no contratar y de determinar el contenido del contrato (supra, Tomo I, pág. 271), existen determinados bienes y servicios que resultan indispensables para satisfacer necesidades imprescindibles de la persona, lo cual la lleva a vincularse jurídicamente con otras personas para obtener, a través de las relaciones con éstas, la provisión de tales bienes y servicios. En la gran mayoría de los casos, estos vínculos jurídicos se establecen a través de contratos.

Se comprende que se presenta así en la persona un estado de necesidad que la compele a concluir los contratos aptos para ello, pero en la celebración de los cuales carece del poder de negociación que le permitiría encontrarse en un plan de igualdad para aceptar o rechazar los planteamientos que se le hagan. Su estado de necesidad la lleva a someterse a las condiciones según las cuales obtendrá la provisión de los bienes y servicios. Son, como los llama PERROUX, "contratos sin combate".

Se produce de esta manera una primera quiebra de la libertad de modelar el contrato, pues surge, quizá imperceptiblemente al principio, una parte fuerte, que impone condiciones, y una parte débil, que las acepta. El contratar en las condiciones impuestas empieza a convertirse en necesario, por ser la única manera de alcanzar la efectiva provisión de los anhelados bienes y servicios.

Por otro lado, estos bienes y servicios suelen ser provistos por empresas que ocupan, de hecho o por derecho, una situación de monopolio (u oligopolio) que les permite controlar el mercado. No es justificable, pero sí comprensible, que tales empresas

caigan en la tentación de utilizar el poder que les da encontrarse en esa situación para imponer condiciones que no están dispuestas a negociar, porque saben que, a la corta o a la larga, serán acatadas. Para ello, el medio más eficaz que tienen a su disposición es el contrato.

Este es el origen del contrato llamado *prácticamente necesario*, pues sin ser su necesidad impuesta por el ordenamiento jurídico, la parte débil, entendida como aquella compelida por las circunstancias a obtener los bienes y servicios cuya provisión se encuentra monopolizada por un grupo de empresas, se encontró colocada en la necesidad de contratar, aceptando las condiciones impuestas por tales empresas. Es por ello que estos contratos han sido llamados también "de agarrotamiento o de opresión"[7].

El contrato prácticamente necesario se ha convertido, así, en una realidad que no es posible desconocer.

5).- LA CONJUGACION INEVITABLE.-

Sería irreal pensar que el contrato por adhesión fue una construcción jurídica de laboratorio, producto de una investigación científica de carácter teórico, y que el contrato prácticamente necesario fue el resultado exclusivo del juego de factores económicos, en una conyuntura histórica determinada, pues ambos se encuentran inevitablemente interrelacionados. Es posible que el primero sea consecuencia del segundo.

Sin embargo, sería igualmente irreal considerar que cada uno de ellos existe exclusivamente en función del otro.

El contrato por adhesión puede jugar un rol propio, independiente del tráfico masivo de bienes y servicios, y vincular a personas que no se encuentran entre sí en una situación de dependencia económica u obligadas a satisfacer necesidades impostergables. Se presentan innumerables casos en los que una de las partes, sin encontrarse en una situación de monopolio o pode-

río, sólo está dispuesta a contratar en sus propios términos, por convenir así a sus intereses, y en que la otra parte no tiene objeción en verse enfrentada a una alternativa ineludible de contratar o no contratar. No es raro, también, que personas no deseen verse envueltas en el lento juego de las tratativas, por no agradarles la negociación, y que prefieran una rápida decisión sobre el negocio que plantean. Finalmente, suele ocurrir que se trate de comisionistas con instrucciones precisas sobre las condiciones de los negocios que se les han encomendado, que por ello sólo están en aptitud de celebrar transacciones a base de contratos por adhesión.

De otro lado, el contrato prácticamente necesario no tiene que canalizarse sólo a través del contrato por adhesión. Es conocido el caso planteado por RIPERT[8] del ama de casa que, sin duda, discute con el carnicero el precio y calidades de la carne necesaria para la comida familiar, pero cuyo consentimiento no es libre pues tiene que capitular forzada por las necesidades de la vida cotidiana. La contratación masiva a base de cláusulas generales de contratación constituye otro ejemplo de satisfacción de necesidades apremiantes por medio de contratos que permiten un margen de negociación. Por último, se da, aunque todavía en forma incipiente en nuestro país, las asociaciones de consumidores que tratan de igual a igual con empresas monopolísticas a través de contratos paritarios la provisión de bienes y servicios indispensables para sus asociados.

Sin embargo, no puede desconocerse que el campo natural del contrato prácticamente necesario es a través del contrato por adhesión y que ambos están indiscutiblemente destinados a vincularse el uno con el otro.

En efecto, el medio más adecuado para que el proveedor de bienes y servicios imponga inflexiblemente sus condiciones a quienes necesitan disponer de esos bienes y servicios es ofrecerlos mediante contratos por adhesión, colocando a los destinatarios en la alternativa de aceptar las condiciones contenidas en las ofertas o no contratar. Como esta segunda alternativa es difícilmente escogida, dado el estado de necesidad en que se

encuentran los destinatarios de la oferta, el proveedor se asegura prácticamente de este manera la aceptación de sus condiciones.

Pienso que la manera más realista de estudiar el contrato por adhesión es vinculándolo al contrato prácticamente necesario, pues de esta manera despliega toda su problemática, por lo cual éste es el método que voy a seguir en adelante para desarrollar el tema del contrato por adhesión, que, por eso, podríamos llamar para este efecto "contrato necesario por adhesión".

En otro trabajo[9] he analizado, con bastante detenimiento, la naturaleza jurídica del contrato por adhesión, considerándolo desde la óptica indicada en el párrafo anterior, planteando las dos tesis que se han elaborado para explicar dicha naturaleza, o sea aquélla que considera que no se trata de un contrato sino de un acto unilateral de quien fija las estipulaciones y la otra que le otorga carácter decididamente contractual. Mucho de lo allí dicho conserva actualidad, de tal manera que en la exposición que sigue trataré sólo de cubrir los puntos que merecen una revisión o sobre los cuales existen enfoques novedosos.

Nos será difícil, sin embargo, determinar la naturaleza jurídica del contrato necesario por adhesión si antes no conocemos el concepto y características del mismo.

6).- CONCEPTO DE CONTRATO NECESARIO POR ADHESION.-

Manifesté al principio de este comentario que la aparición prácticamente contemporánea del contrato por adhesión, de la contratación en masa, del surgimiento de grandes monopolios de hecho o de derecho y la utilización de cláusulas o condiciones generales de contratación había dado lugar a una tendencia doctrinal muy marcada de tratar todos estos fenómenos conjuntamente, como si fuesen necesariamente inseparables, lo que ha ocasionado, en mi opinión, una confusión de conceptos que hace muy difícil tratar el tema del contrato necesario por adhesión.

Pienso que si bien la contratación en masa ha propiciado que se utilice el contrato por adhesión en este tipo de contratación, no es el único campo donde el contrato por adhesión juega su rol, de tal manera que no es conveniente que se considere como uno de los elementos para establecer el concepto de este contrato el de su uso masivo.

Por otro lado, como se verá más adelante, las cláusulas o condiciones generales de contratación, no obstante que el acto de la adhesión tiene en ellas una participación importante -aunque, diría yo, adjetiva-, cumplen una función distinta que la del contrato por adhesión, pues han sido creadas o concebidas para satisfacer, ellas sí, las necesidades de la contratación en masa. No existe en las cláusulas generales de contratación el carácter impositivo del contrato por adhesión sino, por el contrario, su utilización obedece al propósito de facilitar y agilizar la contratación.

En cambio, como he advertido anteriormente, el surgimiento de los grandes monopolios u oligopolios y de empresas que controlan la provisión de bienes y servicios indispensables, bien sea a sectores de la economía o bien a la colectividad en general, ha dado lugar al nacimiento de una contratación compulsiva, en la que no se escucha a la contraparte y se le coloca, precisamente por el estado de necesidad en que se encuentra, en la situación de aceptar los términos del proveedor. Es fácil comprender que dados los elementos típicos del contrato por adhesión -fijación unilateral de las estipulaciones contractuales por una de las partes y alternativa inflexible que se plantea a la otra parte de aceptar o rechazar íntegramente tales estipulaciones- resulta el instrumento jurídico ideal para plasmar dicha contratación compulsiva.

El concepto de contrato necesario por adhesion que se va a tratar de desarrollar a continuación, si bien prescindirá de las connotaciones propias de la contratación en masa y de las cláusulas generales de contratación que una parte de la doctrina le asigna, tomará en consideración y conjugará los dos fenómenos expuestos en el párrafo anterior, o sea la contratación compulsiva o necesaria y la contratación por adhesión.

Considero adecuado examinar separadamente la situación de cada una de las partes en el contrato necesario por adhesión, para luego estudiar la manera como ellas se relacionan entre sí dando lugar a la conclusión del mismo. Para facilitar esta tarea se va tomar el caso de un contrato cuya oferta es dirigida a una persona determinada, pues si bien el contrato necesario por adhesión puede ser ofrecido al público, ello no lo caracteriza, como en contrario piensa un numeroso sector de la doctrina, desde que sus elementos típicos se dan tanto en los contratos ofrecidos recepticiamente como en los ofrecidos a personas indeterminadas. Por lo demás, ya se ha visto que la oferta al público de tales contratos tiene su problemática propia.

Se encuentra, por un lado, el oferente, quien fija unilateralmente las estipulaciones del contrato y las plantea inmodificablemente al destinatario, con el propósito de que tales estipulaciones sean aceptadas íntegramente por éste. Cuenta como arma para alcanzar ese propósito su situación de poderío, que proviene generalmente de controlar en forma absoluta la provisión de determinados bienes o servicios que son indispensables para el destinatario. Debe destacarse que este poder de control tiene su origen usualmente, aunque no necesariamente, en gozar de un monopolio legal o de hecho. En otras palabras, el oferente no sólo busca colocar al destinatario en la alternativa ineludible de aceptar o rechazar íntegramente sus estipulaciones, sino que, es más, consciente de su poderío sabe que el destinatario se verá forzado a la aceptación.

No es característica de la contratación necesaria por adhesión que las estipulaciones fijadas por el oferente sean abusivas o vejatorias, desde que lo que fundamentalmente busca éste es que sean inmodificables, pero no puede desconocerse que en gran número de casos no puede resistir el oferente la tentación de beneficiarse indebidamente con el contrato.

Frente al oferente se encuentra el destinatario cuyo mayor anhelo es disfrutar del bien o servicio que se le ofrece y, para lo cual, está dispuesto a doblegarse ante las estipulaciones del oferente. No es exacto, como algunos sostienen, que el destinatario

acepta la oferta contra su voluntad. Por el contrario, el estado de necesidad en que se encuentra -que puede ser real o solamente psíquico (fomentado, por ejemplo, por la propaganda)- lleva al destinatario a desear la celebración del contrato tal como se lo plantea el oferente, pues ésta es la única manera como puede satisfacer su necesidad.

Para plasmar los propósitos de ambos se requiere la adhesión del destinatario. Se dice[10] que la adhesión se distingue de la aceptación en que ésta da lugar a la declaración de voluntad común, mientras que aquélla rara vez se aúna a la oferta. Pienso que esto no es así, por cuanto tanto el adherente como el aceptante hacen suya la oferta y así lo declaran. Si bien es verdad que en el contrato paritario el destinatario de la oferta goza, en teoría, de la libertad de aceptar o no, situación en la que no se encuentra el destinatario de la oferta en el contrato necesario por adhesión, quien se ve forzado a adherirse por la necesidad en que se encuentra, no es menos cierto que en ambos casos el destinatario quiere celebrar el contrato en los términos contenidos en la oferta, existiendo un absoluto acuerdo de declaraciones de voluntad. Lo único que varía son las razones para llegar a este acuerdo, que en el primer caso es la conveniencia y en el segundo la necesidad(*).

(*) Con relación a este tema dice MARIN PEREZ[11] lo siguiente: "La necesidad de hecho de concluir el contrato, por la necesidad de procurarse un bien o servicio objeto de la prestación de la empresa, no ataca a la contractualidad del fenómeno más de lo que hace la necesidad jurídica de contratar. No es la necesidad de contratar lo que puede excluir la libertad de autodeterminación. Lo que puede viciar el negocio es el uso ilimitado de la libertad de uno, de contratar frente a la necesidad de otro. Si una parte tiene necesidad de contratar y la otra la libertad de imponerle las condiciones que quiera, absteniéndose, diversamente, de procurarle el bien o el servicio del cual la otra parte tiene necesidad, la igualdad de las partes se convierte en una ficción. La desproporción de las prestaciones y la iniquidad de las condiciones del contrato, son verdaderas consecuencias de la ilicitud del comportamiento de la parte que conocía la necesidad de la otra y que se ha aprovechado de dicho estado de necesidad para obtener una ventaja. El principio de la igualdad de las partes en la afirmación

Lo peculiar de la adhesión es que es una aceptación en bloque de todas las estipulaciones fijadas por el oferente, sin discusión alguna, de tal manera que el contrato se forma en los términos en que es planteado.

7).- CARACTERISTICAS DEL CONTRATO NECESARIO POR ADHESION.-

La doctrina se ha cuidado de señalar las características del contrato del rubro. Empero, dada la confusión existente sobre la esencia de este contrato, se han incluído, por lo general, rasgos que son más bien peculiares de la contratación en masa o de las cláusulas generales de contratación. Perdóneseme si soy insistente, pero creo que el contrato necesario por adhesión tiene identidad propia, que lo distingue de otras maneras de contratación (que pueden ser muy similares o darse en circunstancias a veces difíciles de separar), por lo cual voy a referirme sólo a aquellos atributos que, a mi juicio, realmente le corresponden.

1).- El contrato es configurado exclusivamente por una de las partes.

Esta característica tiene una importancia muy grande pues determina que, a diferencia de los contratos paritarios, no exista una de las dos manifestaciones de la autonomía privada, que es la libertad *contractual*, llamada más propiamente de *configuración interna*.

Una de las partes, el estipulante, fija unilateralmente todos los términos del contrato, de tal manera que, cuando éste se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde exclusivamente a la voluntad del oferente.

---

del contrato postula, o que las partes ignoren la disparidad de sus respectivas fuerzas, o que si la conocen no se aprovechen para obtener de ella ventajas desproporcionadas o inícuas.

2).- La oferta (o, en su caso, la invitación a ofrecer) no puede ser discutida, lo que da lugar a que el destinatario se vea colocado, como dice el artículo 1390 del Código civil, en la alternativa de aceptar o rechazar *íntegramente* las estipulaciones fijadas por la otra parte. Es necesario que la imposición de esta alternativa fluya claramente de la oferta o de las circunstancias en que ella es emitida.

Obsérvese que éste es un requisito impuesto por el oferente, que no depende del estado de necesidad en que pueda encontrarse el destinatario, ya que sea quien fuere éste debe atenerse a optar por uno de los dos extremos. Como se dice coloquialmente "*o lo tomas o lo dejas*".

Se trata, pues, de una oferta especial, distinta de la del contrato paritario, en la que se incorpora, como uno de los elementos de ella, la alternativa exclusiva entre aceptar o rechazar. Se excluye obviamente la contraoferta.

3).- El oferente se encuentra en una situación de poderío.

Por determinadas circunstancias, que pueden variar, el oferente o estipulante goza del poder de disponer la provisión de bienes o servicios que son necesarios para el destinatario.

El poder del oferente no radica necesariamente, pues, en tener el control de una provisión cualquiera, ya que si se tratara de bienes o servicios de muy poca necesidad o que son fungibles no tendría ese poder, sino en que la provisión de ellos sea indispensable para el destinatario.

Sólo así el destinatario se verá compelido a optar por la aceptación, que es el verdadero poder que interesa al oferente. De nada valdría a éste que el destinatario se encontrara, realmente, en la libertad de aceptar o rechazar la oferta, pues el rechazo de ella frustraría el interés del oferente.

Esta característica, al igual que la que sigue, es lo que diferencia el simple contrato por adhesión del contrato nece-

sario por adhesión, ya que en el primero el oferente impone al destinatario la alternativa entre aceptar o rechazar las estipulaciones, pero carece del medio compulsivo para llevar al destinatario a la aceptación.

Generalmente el poder del oferente proviene de encontrarse en una situación de monopolio de hecho o de derecho o en cualquier otra situación que le proporcione el control de la provisión de los bienes o servicios. Sin embargo, puede darse el caso que, sin tener el control de la provisión, los bienes o servicios que ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al consumidor a verse realmente compelido a adquirirlos.

Finalmente debe observarse que el poderío del oferente no tiene que ser necesariamente económico, pues puede ocurrir que en la relación contractual el económicamente fuerte sea el que se encuentre en estado de necesidad, como sería el caso del arrendamiento de casas en una playa de pescadores de moda.

4).- Como correlato de la característica anterior, el destinatario de la oferta o de la invitación a ofrecer debe considerarse necesitado del bien o servicio ofrecido.

No basta que el destinatario se encuentre en un estado de necesidad sino que sea consciente de ello, pues de nada valdrá al oferente poner al destinatario en una alternativa forzosa si es que éste no se da cuenta que se halla colocado entre la espada y la pared, pues no se vería compelido a aceptar.

Por otro lado, como se ha indicado anteriormente, la necesidad del destinatario puede ser real o psíquica, esto es que verdaderamente se encuentre en estado de necesidad o crea encontrarse en ese estado. Esto último suele ocurrir cuando se fomenta el consumismo mediante una propaganda sumamente efectiva, que da lugar o lo que se ha llamado agudamente "un poder de seducción"[12].

5).- La oferta contiene estipulaciones que agravan la situación del destinatario.

Esta no es una característica indispensable en el contrato necesario por adhesión, pero se da con tanta frecuencia que es necesario considerarla.

En efecto, teniendo el oferente la libertad de fijar las estipulaciones del contrato, cuida con toda razón de velar adecuadamente por sus intereses. Empero, aprovechando de encontrarse en una situación de poderío frente a su contraparte no es raro que esta blecezca estipulaciones que, sin llegar a ser ilícitas, indebidamente le favorecen o que, también indebidamente, perjudican a la contraparte. La experiencia nos enseña que en la mayoría de los contratos necesarios por adhesión hay cláusulas que rompen el equilibro contractual en detrimento del adherente.

Tales cláusulas reciben en el lenguaje jurídico el nombre de *vejatorias* y son materia de un tratamiento especial por el artículo 1398 del Código civil. Haré un examen expreso de ellas al comentar dicho artículo.

8).- NATURALEZA JURIDICA.-

La confusión que se hace entre los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación da lugar a que, también en el tema de la naturaleza jurídica, se mezclen argumentos que, en realidad, corresponden a situaciones distintas. Trataré nuevamente, por lo tanto, de aislar las razones aplicables exclusivamente a los contratos necesarios por adhesión.

Poco se ha avanzado en los últimos años respecto a la naturaleza jurídica del contrato por adhesión, de tal manera que la mayoría de lo que he dicho en otro trabajo[13] mantiene su vigencia. Para no incurrir en innecesarias repeticiones, me voy a limitar a destacar algunos enfoques novedosos, que sí se han dado, y a comentar argumentos presentados desde ángulos diversos.

Para este efecto se van a revisar las tesis de la adhesión como acto unilateral, de la adhesión como contrato y las intermedias.

La adhesión como acto unilateral.-

Los abanderados de esta posición siguen siendo SALEILLES, DUGUIT y HAURIOU, a los que se ha sumado posteriormente BUEN LOZANO[14], quienes consideran que el llamado contrato por adhesión es solamente un acto unilateral, producto de la voluntad del estipulante, que si bien requiere de la adhesión del destinatario para producir efectos, esta adhesión no cambia su naturaleza unilateral, pues se trata simplemente de un mecanismo para que entre en vigor, a semejanza, como dice MOSSET[15], de la promulgación de una ley con respecto a su validez.

Se han dado como razones para justificar la naturaleza unilateral de la adhesión la falta de discusión y la desigualdad de las partes, argumentándose que el contrato es, en su esencia, un acuerdo de dos voluntades que libremente desean modelar el contrato para establecer entre ellas una relación jurídica que responda a sus respectivos intereses. Cuando está ausente uno de estos elementos -la discusión de los términos del contrato y la igualdad de los contratantes- el acto jurídico es obra de una de las partes, la que por su posición de poderío no admite la discusión e impone su voluntad unilateral, y carece de la bilateralidad tanto en la configuración como en la conclusión que es propia del contrato.

Siguiendo esta línea de pensamiento se dice que la adhesión es un acto jurídico distinto de la estipulación, de tal manera que, en realidad, no se trataría de un solo acto jurídico bilateral -el contrato-, sino de dos actos jurídicos unilaterales e independientes: de un lado, "una voluntad unilateral que dicta su ley" y, del otro, "un acto unilateral de adhesión de otra voluntad a la ley que le ha sido propuesta" (SALEILLES).

Quizá constituye un aporte novedoso el hecho por KUMMEROV[16] en el sentido que cuando la voluntad se manifiesta mediante una adhesión incondicional, motivada por un indiscuti-

ble estado de necesidad, no se llega a un acuerdo de voluntades, de donde colige que la figura resultante de la adhesión no puede ser un contrato.

Otro enfoque muy interesante es el de SCHLESSINGER(17), quien sostiene que la esencia del contrato radica en la fase de las tratativas, durante la cual se forma realmente la voluntad común, de tal manera que la oferta y la aceptación sólo son momentos conclusivos de la actividad precontractual de las partes. Si dicha fase se elimina no puede formarse la voluntad común ni, por consiguiente, existir contrato.

No me refiero al carácter normativo que esta posición concede a la redacción unilateral, pues dicho carácter, entendido como su trascendencia en suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico, está referido más propiamente a las cláusulas generales de contratación que a los contratos por adhesión.

La adhesión como contrato.-

Cada vez se afianza más en la doctrina la opinión de que el contrato por adhesión, incluyéndose el contrato necesario por adhesión, constituye una modalidad de contrato.

Tampoco se han hecho en apoyo de esta tesis nuevos planteamientos. El argumento principal sigue descansando en que no es connatural al contrato el que sea precedido por tratativas, pues lo único importante es que exista consentimiento (o sea acuerdo de declaraciones de voluntad) y éste puede formarse tanto a través de una discusión previa como de una aceptación inmediata. Se admite que en el contrato necesario por adhesión puede haber una menor libertad que en el contrato paritario para llegar al consentimiento, pero se niega que esto determine la inexistencia del contrato, sino únicamente que se debe velar más cuidadosamente, mediante normas de protección y procedimientos de interpretación, para evitar el posible abuso del poder por una de las partes contratantes.

ALBALADEJO[18] nos dice que "lo que diferencia de los demás contratos a estos llamados de adhesión, no es que en ellos haya adhesión pura y simple de la oferta, y en los otros no, sino que en unos hay una oferta última (un texto del contrato, que admite el aceptante) formado a base de negociaciones (o, al menos, *podida* formar a base de negociaciones, aunque el aceptante haya aceptado, sin más, la primera proposición de aquél), y en otros hay una oferta, primera y última, formada sólo con la intervención del oferente, es decir un texto del futuro contrato, redactado sin tratos previos y sin intervención del aceptante", agregando que, planteadas así las cosas, "resulta que el llamado contrato de adhesión, no presenta, *como contrato*, especialidad alguna respecto a los demás, pues, en todo caso, lo más que tiene de peculiar es la *formación de la oferta*".

Las tesis intermedias.-

Son las de LUKAS, DEREUX y BOURCART, ya expuestas en otro trabajo[19].

Como se recordará, DEREUX distingue dos clases de cláusulas, unas esenciales, que generalmente son verbales o manuscritas, que suelen contener la verdadera voluntad de ambos contratantes, y otras accesorias, que usualmente figuran impresas, que son producto de la voluntad del prerredactante. Sólo cabe agregar a lo allí dicho que la doctrina ha encontrado dificultad en establecer cuáles cláusulas son principales y cuáles accesorias.

HAURIOU[20] manifiesta al respecto que "es necesario colocarse en el punto de vista del individuo débil y aislado que trata con una potente organización; las cláusulas esenciales para este individuo serán las más particulares, aquéllas que reglan su caso en lo que él tiene de particular; si se trata de una póliza de seguro, serán las estipulaciones relativas a la valuación de sus riesgos y al monto de su prima; si se trata del abono del teléfono, será la indicación del monto de su abono. Al contrario, las cláusulas secundarias del punto de vista del abonado serán todas las

cláusulas impresas en la póliza del abono o en la póliza del seguro; son tan secundarias para él, que ni se da trabajo de leerlas. Seguramente éstas son las cláusulas más importantes para la compañía de seguro o para la administración, y, si se considera objetivamente la operación, son las más importantes para la operación. No importa, desde el momento que, en la idea del abonado son secundarias, ellas continuarán siéndolo. ¿Y por qué esta tramutación de los valores reales de las cosas y este verdadero contrasentido? Porque la tesis contractual lo exige".

Para MONTAGNE[21] el sistema de DEREUX, como teoría, es peligroso pues plantea el problema de cuáles son las cláusulas principales y las accesorias, sin que el que estén impresas o manuscritas baste para diferenciarlas. Considera que hay que hacer mérito del contenido de las cláusulas, nó para caracterizar el contrato, sino para su mejor interpretación, dejando al juez amplitud para apreciar el carácter principal o accesorio.

Opinión personal.-

Considero que para determinar la naturaleza jurídica del contrato por adhesión conviene analizar primero la situación del contrato *libre* por adhesión, para luego estudiar si esta situación sufre variación tratándose del contrato *necesario* por adhesión.

Recordemos que el artículo 1390 del Código civil dice que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Se trata, pues, de que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones del contrato, las incorpora a su oferta y advierte a la otra parte que dicha oferta sólo puede ser aceptada íntegramente o rechazada, también íntegramente.

La posición del destinatario de la oferta es la de optar entre la aceptación y el rechazo total de la oferta.

Sin embargo, esto no debe ser entendido en términos tan rígidos, pues pienso que en el contrato *libre* por adhesión el destinatario de la oferta no está obligado a optar entre la aceptación y el rechazo, pudiendo muy bien limitarse a no declarar su voluntad en uno ni otro sentido, o sea a abstenerse de declarar su voluntad.

En tal caso, la oferta, si ha sido hecha sin conceder plazo determinado o determinable, caducará inmedia tamente, y si ha sido hecha concediendo un plazo determinado o determinable, caducará al vencimiento de dicho plazo.

Puede observarse que lo que, en realidad, caracteriza al contrato por adhesión no es tanto que el destinatario se vea colocado en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente la oferta, lo cual vemos que no es totalmente cierto, sino que las estipulaciones que constituyen la oferta son fijadas unilateralmente por el oferente y no surgen como fruto de tratativas previas.

Considero que si la formación del contrato se produce por razón de la aceptación de la oferta, que es el acto en virtud del cual el destinatario de la oferta hace suya la voluntad del oferente contenida en ella y lo declara así en su aceptación, con lo que se da lugar a la declaración conjunta de una voluntad común, esto ocurre tanto en el contrato paritario como en el contrato por adhesión.

El origen de la voluntad del oferente contenida en la oferta, esto es si se encuentra en la conciliación de intereses producida en la etapa de las tratativas u obedece a una determinación unilateral, no afecta, en mi opinión, el valor de la oferta como tal ni, desde luego, el de su aceptación.

Por lo tanto, en el contrato *libre* por adhesión la aceptación de la oferta por el destinatario de ella constituye una declaración de voluntad emitida sin coacción alguna -desde que pudo rechazarla o simplemente abstenerse de aceptar- que da lugar al acuerdo de declaraciones de voluntad de que trata el artículo 1351 del Código civil.

No cabe duda, pues, que el contrato *libre* por adhesión tiene naturaleza jurídica contractual. Conviene analizar ahora si el contrato *necesario* por adhesión se encuentra o no en la misma situación.

Quiero hacer un alto antes de seguir adelante. Quien se encuentra en un estado de necesidad que sólo puede satisfacerse mediante la obtención de un bien o servicio a través de la celebración de un contrato, que es lo que caracteriza al contrato necesario por adhesión, quiere obtener este resultado. No se trata de que celebra el contrato contra su voluntad o sin su voluntad. Por el contrario, su voluntad, como destinatario de la oferta, está decididamente orientada a aceptar dicha oferta por ser ésta la manera cómo se da lugar a la formación del anhelado contrato.

Puede ser que se trate de una voluntad viciada (el tema del efecto del estado de necesidad sobre la voluntad será estudiado al tratar la institución de la lesión), pero no hay duda que se trata de una voluntad efectiva.

Retomemos, con esta salvedad, el hilo de nuestro discurso y analicemos la situación del contrato *necesario* por adhesión, para lo cual conviene revisar el proceso de su formación:

a).- En primer lugar debe tenerse presente que el propósito del estipulante no es simplemente obligarse a proveer determinado bien o servicio a cambio de cierta prestaciòn, desde que ello puede, en principio, obtenerlo a través de la promesa unilateral regulada por el artículo 1956 y siguientes del Código civil(*), sino lograrlo mediante el contrato para gozar de toda la protección que esta institución otorga a los con-

---

(*) Comentando los artículos 1987 y 1989 del Código civil italiano, que son las fuentes de los artículos 1956 y 1959 del Código civil peruano, dice SBISA[22] que una de las modalidades de la promesa unilateral es que mira a satisfacer un interés patrimonial directo del promitente y requiere un sacrificio económico, o de cualquier modo que sea un comportamiento susceptible de valuación económica, de parte del promisario.

tratantes, entre la que destaca su obligatoriedad para ambas partes.

Consecuentemente, no se trata de una voluntad unilateral, independientemente declarada, que busca solamente que otras voluntades se plieguen a la suya, sino de una voluntad que busca ponerse de acuerdo con otra voluntad para que ambas juntas creen la relación jurídica entre ellas.

b).- Como en todo contrato por adhesión, el estipulante, sin participación del destinatario de la oferta, fija las estipulaciones que debe contener ésta y, consecuentemente, el respectivo contrato.

c).- El estipulante presenta su oferta al destinatario de la misma, planteándole que la acepte íntegramente o la rechace, también íntegramente.

Recuérdese que uno de los rasgos del contrato necesario por adhesión es que el estipulante conoce el estado de necesidad en que se encuentra el destinatario, de tal manera que sabe que éste se verá compelido a aceptar la oferta.

d).- El destinatario de la oferta recibe ésta y conoce así que el contrato propuesto le va permitir satisfacer su necesidad, por lo cual no vacilará en aceptar la oferta para lograr la celebración del contrato.

e).- Tenemos, en consecuencia, que, por un lado, la voluntad del oferente, si bien se ha formado unilateralmente, es en el sentido de celebrar el contrato, para lo cual declara esa voluntad mediante la formulación de la oferta.

Por el otro lado, la voluntad del destinatario de la oferta, que se ha formado también unilateralmente desde que no han existido tratativas, es igualmente la de celebrar el contrato, para lo cual declara esa voluntad mediante la aceptación. Debe tenerse presente que, como dice MARTIN BA-

LLESTERO[23], aquél que contrata a pesar de todo lo que no le gusta, sometiéndose a lo que no quiere, pero da, a pesar de todo, su aceptación mediante la adhesión, o sea da su querer y allí, en ese *trabajoso querer*, encuentra él una mayor premeditación de la verdadera y decisiva voluntad.

f).- No cabe duda que si bien la voluntad contenida en cada declaración se ha formado, tanto en el caso del estipulante como en el del destinatario, de manera unilateral, sin ser fruto de tratativas previas, ambas son coincidentes en el sentido de crear mediante el contrato una relación jurídica entre ellas, de tal manera que existe la declaración conjunta (contenida en la aceptación del destinatario) de una voluntad común (la del oferente que ha hecho suya el destinatario mediante su aceptación de la oferta) que caracteriza a todo contrato.

g).- Tal como dice JOSSERAND[24], "la ley no exige, en ninguna parte, que el acuerdo contractual vaya precedido de una libre discusión, de largos tratos; sobre todo, ningún texto exige que las dos partes tengan una intervención igual en la génesis del contrato; todo lo que se pide es que ambos interesados consientan, que exista acuerdo entre ellos al objeto de hacer nacer las obligaciones; poco importa que el terreno para el arreglo haya sido preparado o no por uno de ellos, pues hemos de cuidarnos de confundir los *tratos previos con el contrato*".

g).- Desde luego, esta voluntad común, si bien existe, no se ha formado libremente desde que es el fruto del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta y del abuso de ese estado de necesidad cometido por el oferente, pero ello no significa que no se celebre un contrato, sino que éste puede ser rescindido por lesión o anulado por la existencia de algún vicio del consentimiento.

Empero, mientras alguna de estas acciones no sea acogida judicialmente, el contrato tendrá vida y producirá sus efectos.

h).- Debe tenerse presente que no estamos en presencia de un caso de disentimiento, pues existe acuerdo de declaraciones de voluntad. Obsérvese que el destinatario de la oferta no incurre en error respecto del contenido de ésta ni el oferente incurre en error respecto del contenido de la aceptación, pues ambos entienden correctamente el sentido de las declaraciones que reciben.

El contrato necesario por adhesión no adolece, en este sentido, de nulidad por disentimiento.

Estas consideraciones permiten llegar a la conclusión que el contrato necesario por adhesión, pese a que el oferente abuse del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta, tiene, a semejanza del contrato *libre* por adhesión, naturaleza jurídica contractual, pues es el resultado de un acuerdo de declaraciones de voluntad. Es más, tanto el oferente como el destinatario de la oferta no sólo quieren que se efectúe la provisión del bien o servicio sino que ella se haga a través de un contrato y no de un acto jurídico distinto.(*)

Reitero que esto no significa que el contrato necesario por adhesión no pueda ser una fuente de abuso, porque la realidad de la vida nos señala que frencuentemente lo es, sino que el Derecho proporciona, o debe proporcionar los medios para evitarlo, sin desconocer su carácter contractual.

9).- VENTAJAS E INCONVENIENTES.-

Para apreciar las ventajas e inconvenientes del contrato por

(*) A título informativo resulta interesante saber que en las "3ras. Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", que tuvieron lugar en la ciudad de Junín (Provincia de Buenos Aires), del 27 al 29 de octubre de 1988, se arribó como segunda conclusión del Tema "Teoría general del contrato" a que los negocios celebrados por adhesión o sometidos a cláusulas predispuestas tienen carácter contractual.

adhesión la doctrina ha recurrido generalmente a características que no son típicas de esta manera de contratar, sino que más bien corresponden a la contratación masiva a base de cláusulas generales de contratación.

Voy a tratar de dejar para más adelante, cuando examine estas cláusulas, el análisis de las razones que les son propiamente aplicables, limitándome, por ahora, a exponer las ventajas e inconvenientes que son peculiares al contrato por adhesión.

Entre las *ventajas* pueden señalarse las siguientes:

a).- Agilidad en la negociación de los contratos, pues el destinatario suele tomar una decisión más rápida cuando se ve colocado en la alternativa de aceptar o rechazar la oferta, que cuando tiene la posibilidad de discutir cada uno de los términos del contrato.

Todos somos testigos de cuan lento es el juego del regateo, en el cual las partes abandonan con mucha dificultad sus posiciones iniciales para ir amoldando sus voluntades, hasta llegar al acuerdo final. Suprimida esta posibilidad, el destinatario de la oferta sólo tiene que hacer un balance de los pros y los contras que se le ofrecen, sin conjeturar nuevas posibilidades, lo que facilita su elección.

b).- Claridad en el texto del contrato, pues la redacción unilateral permite un mayor cuidado en la delimitación detallada y prolija de las respectivas prestaciones[25].

En la redacción conjunta cada parte busca asegurar su respectiva posición, sin cuidar muchas veces de la conjugación de ambas posiciones, lo que da lugar a ambigüedades de los términos y hasta incompatibilidades entre las estipulaciones.

c).- Mejora de las condiciones contractuales, especialmente en lo que se refiere al precio, pues el estipulante, sabiendo que no está expuesto a determinados riesgos que han sido eliminados, puede hacer mayores concesiones[26].

d).- Permite la difusión de los negocios mediante la uitilización en diversos lugares de agentes o comisionistas, quienes deben ceñirse a las instrucciones de su comitente[27].

Los más significativos *inconvenientes* son los siguientes:

a).- Pérdida por parte del destinatario de la oferta de su libertad de configuración interna, lo que recorta su autonomía privada.

El modelado del contrato corresponde así a una sola de las partes, quien lo hace exclusivamente a su manera.

b).- Da lugar a que el destinatario se sienta colocado en una posición de inferioridad, que lo lleva a aceptar con mansedumbre, aunque no se encuentre en estado de necesidad, lo que le propone el oferente. La inutilidad de la lucha origina un conformismo que no siempre es justificado.

c).- Tratándose de contratos necesarios por adhesión, existe el peligro que el oferente, abusando de su situación de poderío, imponga cláusulas vejatorias, que el destinatario se vería compelido a aceptar.

Esta es quizá la crítica adversa que más se hace a los contratos por adhesión, presentándolos como un instrumento de opresión del cual se vale despiadadamente el estipulante.

10).- EL CONTRATO-TIPO.-

Aún cuando la ley no habla del contrato- tipo, que no debe confundirse con el contrato típico, la doctrina maneja esta figura con bastante frecuencia.

Existen dos conceptos de contrato-tipo.

El primero es aquél que otorga al contrato- tipo el carácter de ser simplemente la prerredacción escrita (usualmente impresa) de la oferta del contrato por adhesión, de tal manera que para

que se celebre el contrato basta que las partes suscriban el texto. Este es quizá el sentido que le da el artículo 1401 del Código civil al decir que las estipulaciones en las cláusulas generales de contratación *o en formularios redactados por una de las partes*, se interpretarán, en caso de duda, en favor de la otra.

Puede observarse que según esta concepción se da la denominación de contrato a algo que no lo es, ya que no significa un documento que contiene la declaración de voluntad de ambas partes, sino solamente uno que materializa la oferta del contrato, aunque es cierto que ese documento se va a convertir en contrato cuando lo suscriban las partes.

La utilidad de esta versión del contrato-tipo es que puede servir de modelo para una serie indefinida de contratos, cuya celebración se hará cuando el oferente presente al destinatario el texto escrito para que se adhiera a él mediante su suscripción. Obsérvese, sin embargo, que estos modelos no tienen significado jurídico alguno pues, a diferencia de las cláusulas generales de contratación, no constituyen declaraciones previas de voluntad sino únicamente cobrarán el carácter de oferta cuando se le presenten al destinatario.

El segundo concepto de contrato-tipo tiene más visos de contrato, pues se considera como tal el documento elaborado de común acuerdo por las partes para regular los futuros contratos que celebren[28]. En otras palabras, el contrato-tipo es, según esta versión, un esquema contractual, cuyo contenido ha sido redactado por quienes preven la celebración entre sí de futuros contratos, para evitar la negociación de los mismos y atenerse a los términos del esquema.

LE PERA[29] nos pone como ejemplo de contrato-tipo el de aquellos formularios redactados por las partes, en los cuales los únicos blancos que se dejan para que sean llenados por ellas son los datos personales y algunas otras especificaciones indispensables para su identificación.

Pienso que, en realidad, pese a la impropiedad de la denomi-

nación, la primera concepción del contrato-tipo es la correcta, pues no se trata sino de una materialización, mediante su incorporación a un documento escrito, usualmente un formulario, de las ofertas que está dispuesto a formular el estipulante. Quizá donde esta concepción del contrato-tipo cumple su verdadera función es en la oferta pública de contratos de adhesión, caso en el cual el formulario contiene las indicaciones sobre el contenido de las ofertas que formulen los invitados a ofrecer.

El segundo concepto de contrato-tipo se parece, más bien, al contrato normativo, que es el acuerdo concluído entre dos o más empresas para establecer las condiciones que deben regir para los futuros contratos que ellas mismas celebren entre sí, con la diferencia que el contrato-tipo cubre la totalidad del área contractual, mientras que el contrato normativo (en sentido estricto) cubre sólo parte de ella[30]. Otra peculiaridad del contrato-tipo, según esta concepción, con relación al contrato normativo sería, como dice GARCIA AMIGO[31], que se trata de una fórmula externa y formal de la técnica contractual.

11).- MEDIDAS DE PROTECCION.-

No existe realmente necesidad de dictar medidas especiales de protección al destinatario de la oferta en el contrato libre por adhesión. Su situación es igual a la del destinatariode una oferta de contrato paritario, pues se encuentra en la absoluta libertad de aceptar o rechazar la oferta. La pérdida de su libertad de configuración interna del contrato es sólo un accidente, que no lo coloca en una situación vulnerable, desde que si la oferta no satisface sus expectativas tiene expedito el recurso de rechazarla, expresa o tácitamente.

Sólo en el caso de contrato necesario por adhesión donde, según se ha visto, existe la posibilidad de que el estipulante, abusando del estado de necesidad en que se encuentra el destinatario de la oferta, proponga cláusulas vejatorias, que el destinatario se vería compelido a aceptar, se requiere proteger a este último contra tal abuso.

Esta protección, destinada a restablecer el equilibro contractual, puede darse a tres niveles: (1) en la formación del contrato; (2) en la determinación de su contenido; y (3) en la fase de ejecución[32].

En el primer nivel, se ha recurrido jurisprudencialmente en Francia a una reformulación de los vicios del consentimiento, haciendo extensiva la concepción del dolo y de la violencia al abuso del estado de necesidad. Nos relata MESTRE[33] que, sin embargo, un reciente fallo de la corte de apelación de París (1977), que había anulado un contrato de concesión basándose en que el concesionario se encontraba en una situación de dependencia económica frente al concedente, que lo colocaba en un pie de desigualdad, había sido observado por la Corte de Casación de Francia indicando que el abuso de la fuerza económica no puede constituir, por sí mismo, un caso de violencia.

Respecto a la determinación del contenido contractual, la protección se ha volcado en el sentido de declarar ineficaces las cláusulas que, bien no han sido claramente aprobadas por el destinatario, o bien son evidentemente inícuas.

Finalmente, en lo que se refiere al tercer nivel, se está recurriendo cada vez con mayor frecuencia a la ejecución forzada de la obligación por parte del estipulante, en lugar de la indemnización, y a la revisión de las cláusulas penales.

Pienso que como, en este aspecto, la situación del destinatario de la oferta del contrato necesario por adhesión es similar a la del cliente o consumidor en la contratación en masa a base de cláusulas generales de contratación, el sistema de protección adoptado por nuestro Código civil es aplicable a ambos casos, por lo cual efectuaré un análisis más detenido del tema de la protección al comentar los artículos de dicho Código que versan sobre el particular.

12).- A MANERA DE CONCLUSION.-

Una persona puede decidirse a celebrar cualquier contra-

to de dos maneras: bien sea paritariamente, precedido de tratativas; o bien por adhesión, planteando unilateralmente las estipulaciones del contrato.

En ambos casos llegará un momento en que la situación es la misma. Una de las partes formulará una oferta conteniendo todos los términos del contrato propuesto y la otra parte estará colocada en la alternativa de aceptar o rechazar dicha oferta. Recuérdese que al comentar el artículo 1376 se ha visto que la llamada aceptación no conforme a la oferta no es, en realidad, una aceptación sino el rechazo de la oferta y la formulación de una contraoferta (esta última posibilidad está excluída en el contrato por adhesión).

También en ambos casos puede darse que las partes se encuentren en un pie de igualdad, contingencia en la cual el destinatario de la oferta optará libremente entre rechazar o aceptar la oferta, o que el destinatario se halle en estado de necesidad conocido por el oferente, eventualidad en la que aquél se verá compelido a aceptar la oferta.

Tiene razón, pues, ALBALADEJO[34] al decir que la peculiaridad del contrato por adhesión radica en un problema de **formación de la oferta**, ya que en los contratos paritarios el contenido de la oferta nace, o parece nacer, como fruto de las tratativas, mientras que en los contratos por adhesión las estipulaciones de la oferta son fijadas unilateralmente por el oferente.

Recordemos que al comentar el artículo 1362 del Código civil se ha hablado de tres etapas en el *iter* de formación de la relación jurídica contractual, que son: la etapa precontractual, que se inicia con el acuerdo (expreso o tácito) de tratar y termina con la formulación de la oferta; la etapa contractual en sentido estricto, que se desarrolla en el lapso entre la formulación de la oferta y el conocimiento de la aceptación por el oferente; y la etapa postcontractual, que es la de ejecución de la relación jurídica creada por el contrato.

Resulta, por lo tanto, que lo que caracteriza al contrato por

adhesión es que la etapa precontractual no está constituída por tratativas sino por la fijación unilateral por parte del oferente de las estipulaciones que constituirán su oferta. No se ve, en realidad, la razón por la cual esta diferencia en el contenido de la etapa precontractual -cuya existencia, por lo demás, no es imprescindible-, determine que el contrato por adhesión deje de tener naturaleza contractual.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1390:

(1) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Volumen I, pág. 353.

(2) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, pág. 31.

(3) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil - Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen I, pág. 222.

(4) BULLARD G. Alfredo, "Contratación en masa ¿Contratación?" en THEMIS Revista de Derecho, Segunda Epoca, No 15, Lima, 1989, pág. 54.

(5) BERLIOZ, Georges, "Le contrat d'adhesion", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1976, pág. 44.

(6) Cita de SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 145.

(7) HEDEMANN J.W., "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Volumen III, pág. 111.

(8) RIPERT, Georges, "El régimen democrático y el Derecho civil moderno", Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, 1951, pág. 155.

(9) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Editorial Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 289.

(10) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "El contrato por adhesión a cláusulas generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 309.

(11) MARIN PEREZ, Pascual, "Derecho civil", Editorial Tecnos, Madrid, 1983, Volumen II, pág. 141.

(12) MESTRE, Jacques, "L'evolution du contrat en Droit privé français" en "L'evolution contemporaine de Droit des Contrats", Journées René SAVATIER, Presses Universitaires de France, París, 1986, pág. 48.

(13) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 289. (9)

(14) BUEN LOZANO, Héctor de, "La decadencia del contrato", Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 289.

(15) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1977, pág. 129.

(16) KUMMEROV, Gert, "Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el Derecho privado", Sección Publicaciones de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955, pág. 110.

(17) Cita de LIPARI, Nicoló, "Derecho privado - Un ensayo para la enseñanza", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pág. 333.

(18) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 354. (1)

(19) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 297. (9)

(20) Cita de CARBONE OYARZUN, Carlos F., "Contratos de adhesión", Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1922, pág. 33.

(21) MONTAGNE, Hipólito, "El contrato de adhesión", Imprenta de la Universidad, Córdova, 1931, pág. 42.

(22) SBISA, Giuseppe, "La promessa al pubblico". Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1974, pág. 5.

(23) MARTIN BALLESTERO y COSTEA, Luis, "La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo", Editorial Montecorvo, Madrid, 1963, pág. 67.

(24) JOSSERAND, Louis, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 32. (2)

(25) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 54.

(26) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., pág. 133. (15)

(27) IBIDEM, pág. 134.

(28) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 448.

(29) LE PERA, Sergio, "Cuestiones de Derecho comercial moderno", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 272.

(30) GALGANO, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale", Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, pág. 123.

(31) GARCIA AMIGO, Manuel, "Condiciones generales de los contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 139.

(32) MESTRE, Jacques, op. cit., pág. 46. (12)

(33) IBIDEM, pag. 47.

(34) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., "Tomo II, Volumen I, pág. 354. (1)

Artículo 1391.- *Cuando se permita la adhesión por terceros a un contrato ya celebrado y no se determine la manera de adherirse, el interesado debe dirigirse al órgano constituído para la ejecución del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo
2.- La adhesión a un contrato abierto.
3.- Modalidades de adhesión

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 67 de la Ponencia original tenía el siguiente texto:

> **Artículo 67.-** En los contratos de adhesión, cuando no se determinaran las modalidades de la misma, el interesado deberá dirigirse al órgano constituído para la realización del contrato o, a falta de él, a todos los contratantes originarios.

En la Exposición de Motivos de este artículo se dice que se resuelve así un problema de destinatario en la declaración de la adhesión.

El mismo texto del citado artículo 67 se conservó en el artículo 68 de la primera Ponencia sustitutoria y en el artículo 66 de la segunda Ponencia sustitutoria.

En el artículo 32 de la tercera Ponencia sustitutoria se introdujo una importante modificación, pues se precisó que se trataba de los llamados "contratos abiertos", o sea aquéllos en los que

se permite una adhesión posterior a la celebración del contrato. La redacción de este artículo quedó así:

> **Artículo 32.-** Cuando se permita la adhesión por terceros a un contrato ya celebrado y no se determinaran las modalidades de la misma, el interesado deberá dirigirse al órgano constituído para la realización del contrato o, a falta de él, a todo los contratantes originarios.

En el artículo 32 de la cuarta Ponencia sustitutoria se cambió sólo la palabra "realización" por "ejecución", conservándose el mismo texto en el artículo 32 de la quinta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto.

En el artículo 1406 del primer Proyecto se sustituyó la frase "y no se determinaran las modalidades de la misma" por la frase "y no se determine la manera de adherirse al mismo".

En el artículo 1356 del segundo Proyecto se adoptó el texto que tiene el artículo 1391 del Código civil.

2).- LA ADHESION A UN CONTRATO ABIERTO.-

El artículo 1391 del Código civil contempla la hipótesis de un contrato ya celebrado entre dos o más personas, al cual está permitida la adhesión por terceros.

El uso de la palabra "adhesión" hace pensar que se trata del mismo acto a que se refiere el artículo anterior, o sea la aceptación a una oferta recibida. En el caso que así fuera, el sentido razonable del artículo sería que los contratantes originales formularan una oferta para que el destinatario de ella se constituya en parte del contrato ya celebrado, pues resulta difícil adherirse de otro modo a un contrato.

Para que el artículo 1391 tenga el sentido indicado en el párrafo precedente sería necesario que, como dice MIRABELLI[1], el contrato celebrado sea plurilateral o que, siendo bilateral (forma-

do por dos partes), sea susceptible de convertirse en plurilateral. Se caracteriza, pues, por su posibilidad de apertura a recibir más partes, siendo entendido que esta apertura se pone de manifiesto en el mismo contrato mediante una oferta, contenida en una cláusula del mismo. Es por esto que se le conoce con el nombre de "contrato abierto".

En tal orden de ideas, la oferta para constituirse en parte del contrato podría ser dirigida a destinatarios determinados, o sea tener carácter recepticio, o formulada al público en general.

En el primer caso, la adhesión de cada destinatario tendría propiamente la calidad de aceptación, cuya recepción o conocimiento por los oferentes (los contratantes originarios) o por el órgano que se haya constituído al efecto, daría lugar a que el aceptante adquiriera la calidad de parte del contrato. No cabría, pues, que la adhesión fuera rechazada por los oferentes.

Tratándose del segundo caso, como la oferta al público tendría la calidad de invitacion a ofrecer (artículo 1388 del Código civil), las adhesiones serían consideradas como ofertas (desde luego con el contenido indicado en la invitación) que los invitantes (oferentes al público) podrían aceptar o no.

Existe otra corriente de opinión[2] en el sentido que la "adhesión" de que habla el artículo 1391 tiene un significado distinto a la referida en el artículo 1390.

Según esta corriente, basada en el artículo 1332 del Código civil de Italia, que constituye la fuente del artículo 1391 del Código civil del Perú, la cláusula de adhesión no es una oferta ni, por lo tanto, es necesario que sea puesta en conocimiento de alguién, esto es ni de determinados destinatarios, cuando se trata de una declaración recepticia, ni del público en general, en los casos de oferta al público.

La llamada adhesión no sería, pues, la aceptación de una oferta sino un acto jurídico unilateral mediante el cual el adherente, al conocer la existencia de la cláusula de adhesión, la hace

eficaz respecto de él mediante su declaración de adhesión. Por ello se dice que el adherente es, en realidad, un "sujeto del contrato"[3], más que una "parte" del mismo.

Parecería que según la opinión antes expuesta, no se celebraría un contrato entre los contratantes originarios y el adherente, sino que éste adquiere, mediante la adhesión, el *status* de sujeto de la relación jurídica creada por el contrato celebrado entre los contratantes originarios.

Se da como argumento en favor de esta posición el hecho de que la cláusula de adhesión continúa eficaz aun cuando falleciera uno de los contratantes originarios o deviniera en incapaz.

Pienso que, efectivamente, la adhesión de que habla el artículo 1391 del Código civil es distinta de la que trata el artículo 1390.

En el caso del artículo 1390 la adhesión es una aceptación que, al ser conocida por el oferente, da lugar a la *formación* de un contrato. Es el acto que crea el contrato, desde que antes que se produzca la adhesión sólo existe una oferta que, por sí sola, no es idónea para producir los efectos jurídicos deseados.

Tratándose del artículo 1391, existe un contrato celebrado entre los contratantes originarios, que tiene vida propia aún sin la adhesión de un tercero. La declaración de éste tiene por única finalidad convertirse en sujeto de la relación jurídica creada por el contrato y no la de celebrar un contrato con los contratantes originarios.

Puede observarse que la adhesión a que se refiere el artículo 1391 puede producir sus efectos sin llegar a conocimiento de todos los contratantes originarios, pues esto último sólo se requiere en el caso que en el contrato no se determine la manera de adherirse o falte el órgano encargado de la ejecución del contrato.

Esto me lleva a coincidir con la opinión de MIRABELLI[4] en el sentido que cabe una construcción del acto de adhesión en

los contratos abiertos como acto jurídico unilateral, a diferencia de la adhesión entendida como aceptación de una oferta, que no es un acto jurídico.

3).- MODALIDADES DE LA ADHESION.-

El adherente debe, en primer lugar, observar lo preceptuado en el contrato respecto a la manera de adherirse. El Código civil no pone limitación alguna a esta manera, por lo cual el acto de adhesión puede revestir cualquier formalidad.

Si en el contrato no se hubiera determinado la manera de adherirse, el adherente debe dirigirse al órgano constituído para la ejecución del contrato. Entiendo que esta declaración del adherente tiene carácter recepticio, o sea que debe ser conocida por el citado órgano. Si bien participo de la opinión de quienes consideran que la adhesión de que trata el artículo 1391 no es una aceptación de oferta, pienso que se trata de una declaración contractual que debe dirigirse al órgano en referencia, por lo cual es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1374 del Código civil.

Según BIANCA[5] debe entenderse como órgano constituído para la ejecución del contrato el órgano representativo externo al cual se ha conferido la competencia representativa del grupo.

Por último, si en el contrato no se hubiera determinado la manera de adherirse ni existiese un órgano constituído para la ejecución del contrato, el adherente debe dirigirse a todos los contratantes originarios. Obsérvese que si se hubieran adherido ya otras personas, el adherente no debe dirigirse también a éstas, sino únicamente a los contratantes originarios, lo que pone de manifiesto que los adherentes no reciben el trato de partes del contrato en situación igual a lo contratantes originarios, sino más bien la de sujetos de la relación jurídica creada por el contrato.

Pienso que en este caso es de aplicación también el artículo 1374 del Código civil.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1391:

(1) MIRABELLI, Giuseppe, "Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 88.

(2) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág.440.

(3) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 88. (1)

(4) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 90. (1)

(5) BIANCA, G. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, pág. 249.

Artículo 1392.- *Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Entorno de las cláusulas generales de contratación.
3.- Concepto de cláusulas generales.
4.- Características de las cláusulas generales.
5.- Cláusulas generales y cláusulas especiales.
6.- Clasificación de las cláusulas generales.
7.- Rol en la formación del contrato.
8.- Naturaleza jurídica.
9.- Diferencias con el contrato por adhesión.
10.- Rasgos de las cláusulas generales.
11.- Ventajas e inconvenientes de las cláusulas generales.
12.- Colisión de cláusulas generales.
13.- Medidas para controlar las cláusulas generales.
14.- El contrato normativo.
15.- La protección al consumidor.
16.- Regulación mundial de las cláusulas generales.
17.- Conclusión.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 68 de la Ponencia original tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 68.-** Las condiciones generales de la adhesión se reputan conocidas por el interesado. Empero y salvo que hayan sido aprobadas por escrito no tendrán efecto a favor del

que las ha impuesto, las limitaciones de responsabilidad, la facultad de rescindir el contrato o suspender su ejecución, la facultad de oponer excepciones con terceros y las demás que señala la ley.

En la Exposición de Motivos de este artículo se dice que el hecho de que en los contratos de adhesión está suprimida la capacidad de negociación, hace necesario determinadas reglas de protección para el adherente y este es el sentido que tiene el artículo 68 de la Ponencia.

Puede observarse que se vinculaba las condiciones generales al contrato de adhesión, considerándolas como las estipulaciones del mismo.

En el artículo 69 de la primera Ponencia sustitutoria se conservó igual redacción. En cambio, la segunda Ponencia sustitutoria dio un nuevo enfoque a las que empezó a llamar estipulaciones generales de contratación, dándoles su verdadero carácter. El artículo 67 de esta Ponencia decía así:

> **Artículo 67.-** Las estipulaciones generales de contratación preestablecidas por una persona o grupo de personas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar en base a ellas, cuando hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa.

El mismo texto se conservó en el artículo 33 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En las respectivas Exposiciones de Motivos de estos artículos se dice que las estipulaciones generales de contratación constituyen uno de los medios más utilizados en el comercio de bienes y servicios en gran escala o volumen, siendo éste el motivo por el que han sido reguladas.

Puede observarse que se otorga a las estipulaciones generales de contratación el rol que realmente les corresponde, o sea el de ser medios idóneos para la rapidez y facilidad de la contratación masiva.

A sugerencia del Grupo de Trabajo 1 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, formada por los señores OSSIO, CAVALIERI, SOLARI, CHUECA y ZAR, la Comisión Reformadora acordó definir las estipulaciones —que denominó "cláusulas"— generales de contratación, dando lugar a que el artículo 1407 del primer Proyecto dijera así:

> **Artículo 1407.-** Son cláusulas generales de contratación las formuladas preventiva y unilateralmente por una persona o grupo de personas, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo general o accesorio de una serie indefinida de futuros contratos individuales con elementos propios de ellos.

El artículo 1357 del segundo Proyecto introdujo algunas modificaciones, quedando con el siguiente texto:

> **Artículo 1357.-** Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas preventiva y unilateralmente por una persona o entidad, en forma genérica y abstracta con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

El artículo 1392 del Código civil ha conservado esta redacción.

2).- ENTORNO DE LAS CLAUSULAS GENERALES DE CONTRATACION.-

Para comprender el verdadero rol de las cláusulas generales de contratación es necesario conocer las circunstancias que rodearon su difusión(*).

(*) Hablo de difusión más que de aparición o creación porque las hoy denominadas cláusulas generales de contratación eran conocidas, aunque con carácter algo distinto, desde muy antiguo. Nos habla

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que, tal como lo destaca MESSINEO[1], el tráfico que tiene como objeto la riqueza inmobiliaria, que se desarrolla, casi por entero, a través de la disciplina tradicional, viene acompañado, con un desarrollo cada vez más grande, por el tráfico de bienes mobiliarios, especialmente de bienes y servicios, que está paulatinamente tomando un auge impresionante. Conviene examinar más de cerca este tráfico.

Provision de bienes y servicios.-

Hemos visto que uno de los ingredientes del contrato necesario por adhesión es la posición de monopolio de hecho o de derecho de la que goza uno de los contratantes, precisamente

---

HONDIUS[2] que desde que apareció la escritura en Mesopotamia y Egipto alrededor de 3,100 A.C., la humanidad ha hecho uso de modelos contractuales. Según él, muchas, si no la mayor parte, de las más antiguas tablillas de arcilla y de rollos de papiro, a despecho de muchos historiadores, no hacían referencia a dinastías de reyes, sino a simples actos jurídicos, que tenían por objeto la venta de tierras o de esclavos, o bien la locación de casas. Existía una gran uniformidad entre estos contratos, que tenían como base común las colecciones de modelos contractuales.

Cuenta MOLLE[3] que en el primer siglo del imperio romano un banquero español establecido en Betica exponía en su local una tablilla, llamada tavola betica, en la que daba cuenta de las condiciones en que se cumplían determinadas operaciones de crédito.

En Boloña, en los siglos XII y XIII, se efectuó una compilación de modelos contractuales hecha por influyentes juristas que tenían una preparación universitaria, como IRNERIO, SALATIELE y PASSEGERI. De Boloña, la utilización de modelos contractuales hechos por excelsos juristas se difunde por toda Europa, recibiendo el nombre popular de "papagallos".

Se llega así al siglo XVII, en el que la invención de la imprenta de libros hizo posible a los mercaderes predisponer sus propias condiciones estándar, que se verificó en primer lugar en el ramo de los seguros. En el siglo XIX el uso de las condiciones estándar se difundió rápidamente en otras ramas[4].

el que fija las estipulaciones. El acceso a esta posición de monopolio tuvo históricamente su origen en el capitalismo individualista del siglo XIX, que permitió la concentración de fuentes de producción en unas pocas manos, lo que, a su vez, generó el poder de controlar la provisión de determinados bienes y servicios, aunque no fuera necesariamente en gran escala. También tuvimos oportunidad de ver que este poderío encontró su cauce natural de ejercicio jurídico a través del contrato por adhesión.

Tiene así el contrato necesario por adhesión un marcado cariz de instrumento de opresión, muchas veces con propósito abusivo, que ha hecho de él la típica expresión jurídica del poder económico privado[5]. Este tipo de contratación se manifestó, sobre todo, a nivel individual, desde que aún había tiempo de celebrar contrato por contrato.

Sin embargo, la expansión del capitalismo en el siglo XX, que determinó el pasaje gradual de un capitalismo individualista (muchas de cuyas manifestaciones se conservan todavía) a un capitalismo asociacionista[6], dio lugar a un fenómeno distinto, que obedece a otras razones. Se trata de la producción masiva de bienes y servicios, que tiene lugar con motivo del auge del nuevo concepto de la empresa, entendido no sólo como el fortalecimiento de las grandes empresas individuales sino, sobre todo, como el desarrollo de sectores empresariales (no vinculados de necesidad internamente entre sí), que van captando de manera inexorable las áreas de producción, tanto de bienes como de servicios, orientándose hacia los *"grandes números"* y hacia la *uniformidad*[7].

La construcción en serie de miles de artículos, el funcionamiento de los supermercados y tiendas de auto-servicio, la utilización creciente de los medios masivos de comunicación, la divulgación de los seguros, la existencia de centros de espectáculos con gran capacidad de espectadores, la generalización de las operaciones bancarias, son ejemplos de este fenómeno.

Consumo de bienes y servicios.-

Al lado opuesto de esta organización de productores se encuentra un gran público, formado por personas cuya identidad no interesa, hacia el cual está dirigida toda esa producción. Muchas veces la verdadera necesidad de consumo por el público coincide con la provisión empresarial de bienes y servicios, de tal manera que el tráfico se realiza naturalmente. Otras, la producción de bienes y servicios supera a la necesidad de consumo, por lo cual se recurre a fomentar, aunque sea artificialmente, esta necesidad. Surge así la utilización de la publicidad como medio de influir sobre el pensamiento del público. La producción intenta orientar el consumo y, como dice STIGLITZ[8], se vale para ello de "canales publicitarios agresivos, anunciando bienes y servicios, en ocasiones con anticipación a la demanda, más que para responder a ella". Esto da lugar a que, en palabras de REZZONICO[9], quien ha publicitado sagazmente su producción no se encuentra con un cliente "neutro", sino con un adquirente *motivado*, dispuesto a obtener el bien muchas veces casi "en trance".

De una manera u otra, las necesidades se multiplican y también los medios de satisfacerlas rápidamente, que es la aspiración. *El tiempo es un valor* [10].

Se trata de un tráfico de masas. Por un lado, se encuentran los productores que lanzan masivamente al mercado los bienes y servicios que producen. Por el otro, hay una masa de consumidores de esos bienes y servicios. Obsérvese que en este nuevo fenómeno social no existe necesariamente, al menos en teoría, una parte poderosa y una débil. Tan precisado se encuentra el productor de colocar rápidamente su producción de bienes o servicios como el público anónimo de satisfacer de inmediato sus necesidades de esos bienes y servicios. La velocidad es un factor determinante de este tráfico.

Es cierto que, como se verá más adelante, los productores se encuentran con frecuencia en aptitud de jugar con la oferta de sus productos, fomentando una demanda más intensa del público, lo cual les confiere un mayor poder de negociación.

También es verdad que los consumidores, mediante organismos representativos de ellos, pueden frenar dicho juego y reestablecer el equilibrio, aunque hay que reconocer que este sistema, salvo en contados países, no ha podido probar su eficacia.

Contratación masiva y célere.-

Como se ha visto, tenemos, por un lado, una producción masiva de bienes y servicios; y de otro lado, un consumo masivo de dichos bienes y servicios. Es necesario vincular jurídicamente estas dos situaciones para permitir el tráfico de tales bienes y servicios del productor al consumidor.

Para ello se requiere un instrumento jurídico que contemple los dos requerimientos de este tráfico, que son su carácter masivo y su celeridad. Este instrumento debe ser el contrato, dados los efectos que legalmente produce, pero no el contrato tradicional, cuya negociación adolece de una lentitud que lo hace inadecuado, sino un nuevo sistema de contratación que permita reducir al mínimo las tratativas sin perder un margen indispensable de flexibilidad. Considero que, por las razones que más adelante se exponen, la contratación a base de cláusulas generales de contratación (así ha optado el codificador peruano por denominar las usualmente conocidas en la doctrina mundial como condiciones generales de contratación) representa una respuesta audaz e inteligente a dicho requerimiento.

Por un lado, tal como dice GARCIA AMIGO[11], desde el aspecto masivo del tráfico "es evidente que el nacimiento de las condiciones generales de los contratos se debe a las exigencias que la moderna economía demanda a la dogmática del contrato, como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de los bienes en una economía basada en la división del trabajo: ellas representan un paso más en la evolución técnica de dicho instrumento jurídico y corresponden a las necesidades económico sociales de nuestra época, de la que representan un medio técnico jurídico inseparable; y en este sentido cumplen una función social importantísima: solamente con la utilización de las mismas

es posible que unos grandes almacenes funcionen; que la Volkswagen celebre en idénticas condiciones más de cinco mil contratos de compraventa diaria en las latitudes más lejanas mediante sus representantes; que unas ventanillas despachen miles y miles de billetes de transporte, de espectáculos, etc. En resumen, la utilización de condiciones generales representa la racionalización de la técnica contractual, como manifestación concreta del proceso racionalizador de la total actividad de una empresa".

Respecto a la exigencia de la celeridad del tráfico, destaca FERRI[12] que "la moderna economía, caracterizada por la producción 'standardizada' y en masa de bienes y servicios y del vasto consumo y comercio de ellos, ha favorecido la difusión de un tipo particular de negociación orientada a permitir la rapidez de la circulación de productos a través de la presdisposición de esquemas contractuales uniformes y la consiguiente simplificación del iter formativo del contrato. Tal tipo de contratación no satisface solamente la exigencia de la producción y del comercio, sino que además se adecúa también al rápido ritmo de la vida moderna, a la necesidad de 'no perder tiempo' común también al consumidor, el cual, si de un lado debe estar sujeto a una especie de 'diktat' del otro contratante, por otro lado está garantizado de ser las condiciones generales vinculantes para quien las ha ideado y predispuesto y de asegurar con su aplicación uniforme, en orden al mismo tipo de relación, igualdad de tratamiento" (traducción libre).

Esto no ha pasado desapercibido a DIEZ-PICAZO[13], quien afirma que sólo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permiten una contratación en masa. Nos dice EORSI[14] que la producción en masa ha dado origen a la uniformidad tecnológica y esta última a la uniformidad contractual.

Hay que reconocer que la mayoría de los bienes y servicios quedarían actualmente fuera del alcance del público si no se contrata a base de condiciones o cláusulas generales.

Tal es el auge de la contratación a base de condiciones generales que HONDIUS[15] cita un artículo en la *Harvard Law Review* (W.D. LAWSON, "Standard form contracts and demo-

cratic control of law-making power") donde se afirma que los contratos a módulo "standardizado" se estiman llegar al 99% de todos los contratos actualmente concluídos. El autor holandés considera que este porcentaje es exagerado, pues haciendo referencia a una encuesta europea las transacciones concluídas mediante condiciones "standard" se encuentran entre el 50% y el 60% de la contratación total.

BERLIOZ[16] y VALLESPINOS[17] opinan que las transformaciones económicas y la aparición del capitalismo industrial han determinado que el contrato por adhesión abandone su primitiva expresión exclusivamente abusiva para convertirse en el instrumento más idóneo del tráfico de masa. Pienso, y confío explicarlo, que el contrato por adhesión no juega ese rol, pues sus características dan lugar a su falta de aptitud y agilidad para adecuarse a las exigencias de abstracción, generalidad y rapidez que caracterizan a la moderna contratación masiva de bienes y servicios. Creo, en cambio, que las cláusulas o condiciones generales cumplen admirablemente bien el papel de herramientas jurídicas de tal contratación.

Debe dejarse perfectamente aclarado que en la contratación masiva no se trata de contratos con la masa, sino con cada uno de los individuos, perfectamente identificados, que la forman.

Precisión necesaria.-

Se ha elaborado mucho, y quizá irreflexivamente he participado en esa línea de pensamiento, respecto a que la regulación legal de las cláusulas generales de contratación tiene por objetivo fundamental proteger al contratante débil contra el abuso a que la aplicación de dichas cláusulas puede dar lugar.

Es cierto que esta protección ha desempeñado un rol importante porque, si bien teóricamente no existe desequilibrio entre las necesidades del productor y las del cliente o consumidor, en la práctica éste se encuentra en una situación de desventaja con relación al empresario predisponente de las cláusulas generales, lo que ha llevado a pensar que, a semejanza del contrato necesario por adhesión, existe en la contratación a base de dichas

cláusulas una debilidad del consentimiento asimilable a un vicio de la voluntad. Se ha dicho, no sin razón, que el aparato publicitario de los suministradores de bienes y servicios ha creado en los consumidores un complejo de inferioridad, un estado psicológico de dependencia, que los lleva a aceptar sumisamente las cláusulas generales de contratación(*).

Sin embargo, la razón de ser de la regulación legal de las cláusulas generales es, en realidad, otra.

(*) Comentando este fenómeno, LIPARI[18] dice lo siguiente:

"Bien considerado, no se puede hablar de contratante débil en función de una perspectiva que tenga en cuenta solamente la disparidad de 'riqueza' de las partes. Un argumento de este tipo, en efecto, sería válido y tendría fundamento cuando se hiciera referencia solamente a un contrato individual, pero en el campo de las condiciones generales la cuestión es diferente, ya que se plantea en un plano diverso, propio del carácter general y estandarizado de las condiciones mismas, las cuales se repitan de manera uniforme en relaciones contractuales de tipo idéntico.

". . . . . .

"La verdad es que la noción de contratante débil no puede ser referida a una situación patrimonial subjetiva, ni siquiera quizás por la pertenencia a una determinada categoría social, sino que más bien resulta ligada a otros factores, bien diversos, que encuentran su raíz en la organización de las formas económicas.

"Poseer el monopolio de la producción o de la distribución del bien o del servicio; disponer del monopolio de la noticia; tener la posibilidad 'por parte de las organizaciones empresariales' de utilizar un poder de choque notable, aun a nivel de actuaciones empresariales, sobre las facultades de determinación del otro posible contratante mediante un sistema de publicidad constante, sistemático, agresivo de las cualidades y de las condiciones de transferencia de los bienes y servicios; poner al adherente, en fin, frente a un contrato ya predispuesto, en el momento en que sus facultades de reacción psicológica están comprometidas incluso por la confianza que le supone la experiencia de que otros han utilizado el mismo esquema contractual ya predispuesto, son todos ellos hechos que, si de un lado permiten intuir la medida —ya sobre el plano social antes que sobre el jurídico— de la disparidad de fuerzas y de poder (y esto antes

El tráfico moderno ha puesto de manifiesto algo que quizá había escapado inicialmente a la perspicacia del legisladór, preocupado por garantizar el equilibrio contractual. Lo cierto es que no se trata de un problema de protección al cliente o consumidor sino de atención a las necesidades impostergables de dicho tráfico, que requieren de un sistema legal que permita concertar simultáneamente una gran cantidad de transacciones con gentes que se encuentran en similares condiciones en lo que respecta a la provisión masiva de bienes y servicios.

MIRABELLI[19] destaca que *"la más reciente opinión reconoce el fundamento de la institución no en la exigencia de tutela del contratante más débil, sino en la relevancia del fenómeno práctico de la predisposición de cláusulas uniformes y en la exigencia de contemporizar los intereses de ambas partes"*. Refiriéndose a los artículos 1341 y 1342 del Código civil italiano, nos dice MOLLE, por su parte, que *"no es, pues, la tutela del más débil, como antes se opinaba, que inspira dichos artículos, sino el fin de realizar, en el ámbito del mecanismo contractual, conexo con las exigencias de la empresa, aquel 'un idem placitum consensus' que vincula a las partes"*.

Supóngase que para proteger a los consumidores se estableciera la obligación de instalar en las tiendas de auto-servicio, después de la caja, un nuevo control de los productos envasados para comprobar el contenido de los envases. Este sistema afectaría tanto la rapidez del servicio que, pese a proteger a los consumidores, habría que sacrificarlo para velar por las necesidades del tráfico masivo.

Es preciso, pues, rectificar un poco nuestra visión de las cláusulas generales de contratación. La predisposición de ellas no obedece fundamentalmente a un afán del predisponente de procu-

---

incluso que tenga lugar un encuentro entre las partes en el plano contractual), de otro lado constituyen el signo evidente de una comprensión de la personalidad del usuario y del consumidor en la tendencia a la eliminación total de toda facultad de decisión propia".

rarse ventajas injustificadas a costa de los consumidores, sino lograr la fluidez del tráfico masivo de bienes y servicios, que interesa vitalmente tanto al proveedor como a la generalidad de proveídos. No se olvide que este tráfico ha cobrado tal importancia en la economía moderna que ha sido considerado, con justa razón, como uno de los signos de nuestros tiempos. Las cláusulas generales de contratación están naturalmente orientadas a favorecer la producción y el comercio, no al productor y al comerciante.

Puede decirse que las cláusulas generales de contratación son consecuencia necesaria de la contratación en masa. Están destinadas a facilitar esta contratación y en la medida que no lo logren, debido a su mal uso por predisponentes que buscan a través de ellas imponer condiciones inícuas al público consumidor, no están cumpliendo su cometido.

Este enfoque de la verdadera función de las cláusulas generales está calando en la concepción de nuestros legisladores. En el Proyecto de Ley de Protección al Consumidor elaborado en 1989 por una Comisión nombrada por el Ministerio de Justicia, se establece en su artículo 26 (ubicado en el Capitulo I del Título III, referente a las Cláusulas Generales de Contratación) lo siguiente: "Las cláusulas generales de contratación están destinadas a *facilitar la contratación masiva* de la provisión de bienes y prestación de servicios al público. Su finalidad se alcanza mediante la pre-redacción, hecha por el proveedor o prestador, de cláusulas que se incorporan a las ofertas de cada contrato particular que se celebre a base de ellas". Obsérvese que se enfatiza que la pre-redacción tiene por finalidad facilitar la contratación masiva.

Puede llegarse a la conclusión que el tráfico masivo de bienes y servicios sólo puede lograr su cabal operación si la contratación se adecúa mediante un sistema que permita una celeridad tan efectiva que corra a la par con la frecuencia con que se satisfacen las necesidades de dicho tráfico. Comparto plenamente, por ello, la opinión de quienes encuentran en las cláusulas generales de contratación, dadas sus características que más adelante se explican, una respuesta satisfactoria del Derecho al requerimiento de transacciones veloces que nos plantea un

mundo en que la producción y safisfacción de bienes y servicios aumenta increíblemente.

3).- CONCEPTO DE CLAUSULAS GENERALES.-

Según se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo", el artículo 68 de la Ponencia original hablaba de las *condiciones generales de la adhèsión*, reputándolas conocidas por el interesado, y a continuación, inspirándose en el artículo 1341 del Código civil italiano, indicaba qué condiciones no tendrían efecto a favor del que las hubiera impuesto, salvo que hubieran sido aprobadas por escrito.

Posteriormente, apartándose del modelo italiano, el artículo 1407 del primer Proyecto definió las *cláusulas generales de contratación*, otorgándoles un carácter distinto del contrato por adhesión.

Adoptada esta decisión, el codificador peruano tenía ante sí dos opciones, ambas legítimas. De un lado estaba la posición de la Ley de Israel No 5725/1964 de 12 de febrero de 1964, modificada posteriormente en el año 1969 (Ley No 5729/1969), que regula el *contrato standard*, considerándolo como un contrato cuyas cláusulas han sido predispuestas por el proveedor de bienes y servicios a fin de fijar el contenido de una pluralidad de contratos entre él y personas indefinidas. En el otro lado se encontraba la Ley de la República Federal Alemana de 9 de diciembre de 1976, que se orienta a disciplinar las *condiciones generales del contrato*, entendidas como las condiciones predispuestas por una parte para una pluralidad de contratos.

Obsérvese que la Ley israelita trata de los contratos celebrados con cláusulas predispuestas, mientras que la Ley alemana versa sobre las cláusulas (condiciones) que se van a incorporar a futuros contratos. Son dos momentos distintos en el *iter* de formación del contrato.

Las Comisiones Reformadora y Revisora optaron por la segunda posición.

Definición.-

Según el artículo 1392 del Código civil, las "*claúsulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos*".

Esta definición es bastante completa, pues pone de manifiesto las características de las cláusulas generales de contratación, que se van a analizar en su momento.

Por ahora, me limitaré a destacar que las cláusulas generales de contratación tienen existencia jurídica propia antes de formar parte de los contratos que están destinadas a integrar. Estos contratos, por su lado, no van a ser colmados totalmente por las cláusulas generales, sino deben tener elementos propios (particulares) de cada uno de ellos, de tal manera que, en realidad, el resultado final es que en los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación habrán cláusulas generales, comunes a todos ellos, y cláusulas particulares, privativas de cada uno de ellos.

Esto es importante y ha llevado a DIEZ-PICAZO[20] a distinguir entre las condiciones generales de la contratación y las condiciones generales de los contratos en los contratos por adhesión. Entiendo que en estos últimos la empresa inserta en cada contrato una serie de cláusulas típicas, que incluyen las condiciones generales de los contratos que eventual y privadamente haya pre-redactado para integrar todos los contratos que celebre. Resulta así que cada oferta de los contratos por adhesión está formada por aquellas cláusulas, que son indiscutibles. Las condiciones generales de contratación, en cambio, no son cláusulas de contratos concretos, sino normas de organización de todos los contratos de la empresa.

En este orden de ideas, las cláusulas generales de contratación, por ser producto de una elaboración unilateral, no tienen

carácter obligatorio, ni aún para el propio predisponente, sino a partir del momento en que se incorporen a una oferta para celebrar cada contrato particular a base de ellas, porque sólo desde este momento son cláusulas contractuales. Antes de que esto ocurra, la situación de las cláusulas es muy singular. Existen, porque ya han sido predispuestas; tienen vocación de ser obligatorias, porque se redactan con el propósito de formar parte de futuros contratos; pero no producen efecto alguno, porque sólo la celebración del contrato les da vida. Son como mercaderías exhibidas en una vitrina, que no son de utilidad alguna hasta que haya quienes se decidan a adquirirlas.

Se discute si las cláusulas generales de contratación deben fijar el contenido "normativo" de todos los contratos que celebre el predisponente o solamente de aquéllos que éste desee someter al régimen de las cláusulas generales. Los BERCOVITZ[21] opinan, a mi parecer con razón, que no es preciso que se apliquen a todos los contratos, sin excepción; ni siquiera que ésa sea en principio la intención del empresario, agregando que la uniformidad se relaciona con el calificativo de generales de las cláusulas. En efecto, cuando el artículo 1392 del Código civil habla de redacción en forma general se está refiriendo a la posibilidad de aplicar las cláusulas predispuestas a todos los contratos que el predisponente desee celebrar a base de ellas, no excluyéndose la contingencia de que celebre, además, contratos tradicionales, precedidos de tratativas sobre todos los términos de los mismos.

Esto está previsto expresamente por el Proyecto de Ley de Protección al Consumidor de que se ha hablado anteriormente, cuyo artículo 27 establece que la pre-redacción de cláusulas generales de contratación no excluye la posibilidad de que el pre-redactante celebre contratos particulares con exclusión de ellas, que no están sujetos al régimen legal de las cláusulas generales de contratación.

Si alguna crítica adversa puede hacerse al artículo 1392 del Código civil es que no especifica que las cláusulas generales no pueden ser materia de negociación, sino que deben ser aceptadas en bloque por quienes contratan a base de ellas. El numeral

1 de la Ley alemana de 1976 es muy preciso al decir que no se trata de condiciones generales de contratación si las condiciones del contrato han sido negociadas por las partes en determinados puntos singulares.

Perderían todo su sentido y razón de ser las cláusulas generales de contratación si simplemente fueran cláusulas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, como un proyecto de contrato apto de ser materia de tratativas. La utilidad, y mejor dicho necesidad, de las cláusulas generales radica justamente en que el área de los futuros contratos cubierta por ellas sea indiscutible, de tal manera que sólo sean materia de negociación los elementos propios de cada contrato.

La técnica de las cláusulas generales de contratación es precisamente que, para no perder tiempo en la modelación de todos los términos de cada contrato, existe una parte de ellos que ambos contratantes dan por cierto que no es susceptible de revisión, de tal manera que la negociación se concentra en aquellos otros términos que singularizan a cada contrato. La libertad de configuración interna queda así limitada, en mayor o menor grado según el tipo de contrato, aunque no suprimida como ocurre en los contratos por adhesión.

Se dice, por ello, que existe sumisión por parte del público consumidor a las cláusulas generales de contratación, puesto que el cliente no tiene posibilidad alguna de influir en su contenido. NIPPERDEY[22] niega esta sumisión aduciendo que ella exigiría que las partes se someten o subordinan a una reglas o normas que ya se hallan en vigor, lo que no ocurre en las cláusulas generales desde que, precisamente, el objeto de la estipulación es dar vigencia a esas normas elevándolas a contenido del contrato en concreto.

Pese a lo ingenioso de este racionamiento no puedo identificarme con él, pues pienso que las cláusulas generales de contratación llegan a formar parte del contrato particular justamente porque el cliente se somete a ellas, que es la única manera como puede celebrarse este contrato. Desconocer tal sumisión importa-

ría la posibilidad de descartar o discutir las cláusulas generales, con lo cual todo el sistema se derrumbaría al perder la base que lo sustenta.

Considero que si bien las cláusulas generales de contratación no son obligatorias para el cliente en tanto no se haya celebrado su contrato particular, la oferta de dicho contrato, como se verá más adelante, incluye necesariamente las cláusulas generales y esta inclusión obedece bien sea a una imposición del pre-redactante o a un mandato de la ley, de tal manera que en ambos casos la aceptación de la oferta significa necesariamente la adhesión a las cláusulas generales. Desde luego, el cliente puede no celebrar el contrato, con lo cual no se adhiere a las cláusulas generales, pero si decide celebrarlo, que es el supuesto legal del artículo 1392 del Código civil, es mediante su sumisión a dichas cláusulas.

Denominación.-

La gran mayoría de la doctrina, y por influencia de ella de las legislaciones, emplea la denominación de *condiciones generales de la contratación* o, con menos propiedad, *de los contratos*. Sin embargo, ha surgido una corriente de opinión, que cobra cada vez más fuerza, en el sentido de que la utilización de la palabra "condiciones" es inapropiada para el significado que se le da, o sea para denominar el fenómeno de preconstitución unilateral del esquema del contrato[23], porque la condición, jurídicamente hablando, es un elemento accidental del acto jurídico, que tiene por finalidad someter su eficacia a un hecho incierto.

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que el artículo 72 de la primera Ponencia sustitutoria hablaba de *estipulaciones generales de contratación*, y que recién en el artículo 1407 del primer Proyecto se empieza a mencionar las *cláusulas generales de contratación*.

Es dudosa la pertinencia del cambio.

Cierto es que MESSINEO[24] y REZZONICO[25] consideran que la expresión "condición" debe ser sustituída por la de "cláusula". OSSIO[26], por su parte, estima que la palabra "cláusula" es más apropiada que "estipulación", por referirse esta última a convenios verbales.

DIEZ-PICAZO[27] opina que si bien existe alguna diferencia sensible entre la idea de cláusula y la de pacto o estipulación, la idea de cláusula alude más al documento en que el contrato se refleja que al contrato mismo y, siguiendo a CARNELUTTI, dice que "*no puede hablarse de cláusulas en un contrato verbal, donde puede, en cambio, hablarse de pactos o estipulaciones.. Ahora bien, si la idea de cláusula se toma como parte de un documento, como quiera que los conceptos de contrato y documento no coinciden (un documento puede contener varios contratos y al revés) puede acontecer que con la expresión cláusula nos estemos, al menos en ocasiones, refiriendo no a una particular disposición contractual, sino a un contrato entero contenido como parte de un documento. Así, por ejemplo, cuando se habla de cláusula compromisoria para designar el contrato preliminar de arbitraje*".

VALLESPINOS[28] cree conveniente adoptar el término "estipulación" para hacer referencia a toda la situación jurídica identificada con la elaboración predeterminada, o sea que comprende tanto a lo que podrá ser contenido de las relaciones jurídicas contractuales (condiciones generales) como todas las actividades tendientes a ese fin (imposición). En definitiva, considera al vocablo "estipulación" como un término genérico y mucho más amplio que el de "condiciones generales" pues éste está referido exclusivamente a las cláusulas que componen el contenido de la eventual relación jurídica. Además, integra este extremo un elemento subjetivo como lo es la intención del estipulante de imponer dichas cláusulas expresadas a través de condiciones generales.

Personalmente me inclino por esta última posición, pues pienso que la expresión "estipulación" revela mejor el acto unilateral mediante el cual el predisponente fija —él mismo— los términos que se van a incorporar, sin posibilidad de discusión por

la otra parte, a los contratos particulares que celebre. En realidad, como ocurre en el contrato a favor de tercero, se otorga al "estipulante" el carácter del que impone su voluntad, lo cual pasa precisamente en las llamadas condiciones generales de contratación, cuyos términos responden a la voluntad unilateral del predisponente.

Sin embargo, reconozco el uso cada vez más frecuente de la locución "cláusulas generales de contratación", que se está difundiendo en el vocabulario jurídico, de tal manera que la opción del Código civil es justificada.

4).- CARACTERISTICAS DE LAS CLAUSULAS GENERALES.-

Para que las cláusulas generales de contratación puedan cumplir eficazmente su rol de permitir la celeridad del comercio masivo de bienes y servicios se requiere que tengan una especial aptitud para facilitar la contratación. Ello ha sido posible de alcanzar otorgándoles determinadas características, que giran alrededor de tres elementos: su predisposición; su generalidad y abstracción; y su inmutabilidad. Voy a analizar a continuación cada uno de estos elementos:

Predisposición.-

El artículo 1392 del Código civil dice que las cláusulas generales de contratación son aquéllas *redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad.*

El primer elemento de las cláusulas generales de contratación es, pues, la *predisposición*, entendida como el acto por el cual una persona o entidad elabora intelectualmente los términos que se propone figuren como parte integrante de un número indefinido de contratos que preve o está dispuesta a celebrar. La predisposición tiene por objeto fijar unilateralmente una regla de comportamiento que no tiene aplicación actual sino que regirá los contratos singulares que se celebren en el futuro. Tal como

dicen SCHONENBERGER y JAGGI[29], se trata de un *modelo pero no de un contrato, de la misma manera que un plano no es un edificio.*

Esta elaboración se plasma generalmente mediante una redacción por escrito (manuscrito, mecanografía, imprenta u otro procedimiento mecánico), pero MESSINEO[30] no descarta la posibilidad de que sean enunciadas verbalmente. Sin embargo, NAPOLI[31] cita cierta jurisprudencia italiana que requiere que las cláusulas sean impresas o mecanografiadas para asegurar una disciplina uniforme.

Quien efectúa la redacción unilateral recibe usualmente el nombre de "predisponente", aun cuando existe una tendencia moderna a llamarlo "estipulante"[32]. La contraparte de cada contrato particular será llamado "cliente" y eventualmente "consumidor" o "no-predisponente".

La redacción de las cláusulas debe ser previa a la negociación de los contratos particulares que se van a celebrar a base de ellas. Esto es así porque las cláusulas no están destinadas a integrar un contrato determinado cuyos términos ya tienen las partes en mente, sino una serie indefinida de futuros contratos con elementos propios de ellos, elementos que el predisponente bien sea ignora en el momento de la redacción o bien no los toma aún en consideración.

La predisposición tiene por objeto, precisamente, dotar a las cláusulas generales de aquella generalidad de que se hablará más adelante, que constituye otra de sus características, de tal manera que la totalidad de cada serie de cláusulas puedan formar parte de todos los futuros contratos que se celebren a base de ellas. En la medida que la redacción no fuera previa, se perdería el carácter impersonal de las cláusulas.

La predisposición responde a la exigencia de racionalización de la actividad de la empresa, a la velocidad de las relaciones comerciales y a la certeza de los pactos[33].

Por otro lado, se requiere que la predisposición sea unilateral, o sea hecha exclusivamente por el predisponente, sin participación de la otra parte. Esto es importante, porque si las cláusulas generales de contratación fueran el fruto de un acuerdo previo entre las futuras partes contratantes, estaríamos en el campo del contrato normativo, que es el acuerdo concluído entre dos o más empresas para establecer las condiciones que deben regir para los futuros contratos que celebren entre sí, y no en el campo de las cláusulas generales de contratación.

Surge la duda respecto a si la predisposición debe ser hecha personalmente por el predisponente, o si éste puede encomendarla a un tercero.

Al respecto debe tenerse presente que el artículo 1392 del Código civil habla de que las cláusulas generales de contratación son redactadas por una persona o entidad con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos individuales. Aunque el texto no lo dice, fluye del mismo que estos futuros contratos van a ser celebrados por el predisponente, quien va a formar parte de ellos. COSSIO[34], CASTRO[35] y CARRESI[36] consideran que el predisponente redacta las cláusulas que se van a incorporar a los contratos que él se propone celebrar.

Pienso que la predisposición personal no debe entenderse en términos tan estrictos, ya que la unilateralidad de la misma no se desnaturaliza si el predisponente encomienda por su cuenta a un tercero, generalmente a un técnico, para que bajo su dirección las redacte. En este caso, el predisponente asume la paternidad de la pre-redacción[37]. La situación del tercero es la de *longa manus* del predisponente, quien conserva la autoría y la responsabilidad de la predisposición.

Tampoco dejaría de haber unilateralidad si el predisponente utiliza cláusulas generales redactadas por otras empresas, por considerarlas adecuadas a sus intereses. La unilateralidad debe ser entendida, en este caso, como la decisión unilateral de utilizar como propias determinado tipo de cláusulas, aunque no exista

la paternidad real de las mismas. REZZONICO[38] cita a LÖWE-WESTPHALEN-TRINKNER quienes dicen que "*aún cuando una rama entera utilice las mismas condiciones (bancos, aseguradores), no es la rama misma la estipulante, sino quien las individualiza, fija o establece en el caso particular, es decir que se trata entonces del típico elemento de la imposición unilateral*".

En cambio, si el predisponente encomienda la redacción a un tercero que no se encuentra bajo su dirección, para que éste a su arbitrio fije las cláusulas, parte de la doctrina considera que no se estaría en la hipótesis del predisponente de las cláusulas generales de contratación sino en la del arbitrador. No llego a compartir esta tesis, pues pienso que el tercero, si bien actúa según su arbitrio, lo hace por encargo unilateral del predisponente, o sea por cuenta de éste, sin intervención de la otra parte. La misión del arbitrador radica, en cambio, en efectuar a su arbitrio, una determinación por encargo de ambas partes contractuales.

Generalidad y abstracción.-

Tal como dice MIRABELLI[39], no basta la predisposición, se requiere que tal predisposición tenga el carácter de generalidad o uniformidad.

Se ha visto que la necesidad de las cláusulas generales de contratación está determinada en parte por la exigencia del tráfico de masas de garantizar al consumidor una igualdad de tratamiento.

Esto se alcanza a través de la generalidad o uniformidad de las cláusulas. "La uniformidad determina una externa igualación del individuo. Se suprime toda distinción de rango y de características y los individuos se consideran iguales a sí mismos. Hay, además, una uniformización, en el sentido que los individuos buscan ellos mismos la igualación"[40].

MESSINEO[41] considera que la "generalidad" de las cláusu-

las pueden ser entendida en varios sentidos. En primer lugar, puede decirse que la cláusula es general porque se pone como antitética de "especial" o "específica". También la cláusula general puede significar que ella es "común" a toda la serie de contratos. Finalmente puede considerarse que la cláusula es general cuando tiene carácter *abstracto*.

Pienso que como el artículo 1392 del Código civil habla de generalidad y abstracción debe darse a ambos términos contenidos distintos.

La generalidad a que se refiere dicho artículo debe ser entendida como la posibilidad de aplicar las cláusulas a una serie (o clase, o categoría) indefinida de contratos singulares sin desnaturalizarlos, aun cuando cada uno de éstos tenga elementos propios. Tal como lo indica el # 1 de la Ley alemana, la generalidad implica la predisposición para una pluralidad de contratos.

En cambio, la abstracción significa que las cláusulas son concebidas sin pensar en una relación concreta, o sea no se toma en consideración la personalidad de las contrapartes de los futuros contratos ni la relación jurídica particular que van a crear tales contratos. Este rasgo de abstracción concede a las cláusulas, según REZZONICO[42], cierto carácter hermético, rígido o invulnerable, lo que permite al predisponente redactarlas con mayor libertad.

La generalidad y la abstracción permiten que las cláusulas generales sean utilizadas automáticamente en todos los contratos que se concierten a base de ellas, cualquiera que fueren los clientes que intervienen en éstos y la materia de los mismos, porque, en realidad, las cláusulas generales no versan sobre temas de tales contratos que sean materia de negociación. De esta manera, las cláusulas generales constituyen el vehículo ideal para evitar morosas discusiones, pues el cliente, sabiendo que la característica de este sistema de contratación es que las mismas cláusulas generales regirán para todos los contratos que celebre la empresa a base de ellas, se da cuenta que es fuera de lugar alcanzar una ventaja particular.

. Tan fuera de lugar es que el cliente de un almacén de ropa hecha pretenda que le vendan una camisa de vestir con el bolsillo al lado derecho (todas las de confección lo llevan al lado izquierdo), aun cuando ello sería factible mediante una mayor inversión de tiempo (labor de una costurera), como que pretenda que se modifique una o más cláusulas generales de contratación para celebrar el contrato de compraventa de dicha camisa. El elemento "pérdida de tiempo" no permite acceder a cualquiera de esas dos pretensiones.

Por otro lado, tal como dice VALLESPINOS[43], asistimos a un fenómeno que podríamos llamar de universalización, al haberse ido aplicando en todas las organizaciones, tanto por ser indispensable para la concertación de negocios en masa, como por el hecho de que numerosas empresas tienen el carácter de multinacional, en cuyo caso adoptan una técnica única para todos los países en que actúan.

Inmutabilidad.-

Este elemento, que como hemos visto no figura en la definición de cláusulas generales de contratación contenida en el artículo 1392 del Código civil, consiste en que dichas cláusulas, bien sea se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas (artículos 1393 y 1397 del Código civil), o bien, a semejanza de los contratos por adhesión, son planteadas por el predisponente como un conjunto único e indiscutible, de tal manera que no cabe modificación de tales cláusulas.

Si bien la predisposición y la generalidad son elementos de las cláusulas generales que han sido aceptados sin discusión por la doctrina, no ocurre lo mismo con el elemento de la inmutabilidad, pues existe una opinión muy difundida en el sentido que cabe que el predisponente y el cliente o consumidor, de mutuo acuerdo, pueden modificar, para el caso de un contrato singular celebrado a base de cláusulas generales, algunas de éstas.

Tal es la posición del Código civil peruano, que en sus artículos 1395 y 1400 contempla la posibilidad de que las partes convengan que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato particular sometido a ellas.

La Exposición de Motivos del primero de dichos artículos invoca como fundamento de esta posición el principio de la autonomía de la voluntad, que es de aplicación dado el carácter privado de las cláusulas generales, agregando que no existe razón alguna para que en el contrato individual o privado al que se adhieren las cláusulas generales, una o varias de ellas sean suprimidas por las partes intervinientes.

Se aduce, por otra parte, que las cláusulas generales no son de orden público, por lo cual es posible pactar contra ellas.

Sinceramente pienso que permitir la modificación de las cláusulas generales por acuerdo de las partes es atentar contra la naturaleza de éstas y destruir la verdadera finalidad de su utilización.

Se ha visto que la razón fundamental de la regulación legal de las cláusulas generales de contratación es, más que proteger al contratante débil, facilitar la contratación moderna en la provisión de determinados bienes y servicios mediante un sistema que, proporcionando un notable ahorro de tiempo en la concertación del contrato, permite que simultáneamente se efectúe masivamente esa provisión.

Precisamente los otros elementos de las cláusulas generales de contratación, o sea la predisposición, la generalidad y la abstracción, están orientados a que en el momento de celebrarse los contratos particulares a base de dichas cláusulas, éstas se apliquen automáticamente, sin discusión, de tal manera que la negociación se reduce a los elementos propios de cada uno de esos contratos particulares.

Permitir la modificación voluntaria de las cláusulas generales es abrir el camino para que en todos los contratos particulares el

cliente plantee la discusión no sólo de los elementos propios de tales contratos sino también de las cláusulas generales, desde que legalmente no se descarta su mutabilidad o supresión.

Es correcto el enfoque de MESSINEO[44] cuando dice que la generalidad de las cláusulas se resuelve en la uniformidad de ellas, de lo que debe deducirse su rigidez (no flexibilidad) y de allí la inverosimilitud de un posible debate entre las partes. Tal como dice GOMES[45], la rigidez es un desdoblamiento de los otros trazos distintivos; las cláusulas son rígidas porque deben ser uniformes y no sería posible flexibilizarlas porque desfigurarían la especie.

Si se admite que un contratante obtenga una ventaja particular en las cláusulas generales que es negada a los demás que contratan a base de las mismas cláusulas, se habrá destruído la esencia del sistema, que descansa precisamente en dar trato igual a toda la masa de consumidores.

La contratación en masa está sujeta a reglas distintas de la contratación singular, y una de estas reglas debe ser la aplicación uniforme de las cláusulas generales a todos los negocios que constituyen la masa.

Es verdad que las cláusulas generales no son de orden público, porque han sido establecidas en interés privado, pero no es menos cierto que si las necesidades del tráfico lo exigen puede dárseles carácter inmodificable cuando las partes han convenido contratar a base de ellas.

Desde luego, este carácter inmodificable no es óbice para que las partes, de común acuerdo, celebren un contrato al cual incorporen voluntariamente determinadas cláusulas generales predispuestas por una de ellas y prescindir de otras, pero este contrato será un contrato paritario y no uno concertado a base de cláusulas generales, por lo cual no estaría sujeto al régimen legal de éstas.

5).- CLAUSULAS GENERALES Y CLAUSULAS ESPECIALES.-

Se ha visto que el artículo 1392 del Código civil dispone que las cláusulas generales de contratación tienen por objeto fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Como dice MESSINEO[46], hay que preguntarse, por natural antítesis, que cosa son, a diferencia de las cláusulas generales, las cláusulas "especiales", o "particulares", del contrato. Si por "generales" debe entenderse las cláusulas uniformes y constantes para todos los contratos que se celebren a base de ellas, son "especiales", obviamente, aquéllas que varían de contrato a contrato.

Las cláusulas "especiales" son, pues, las que contienen los elementos propios de cada contrato particular que se celebre a base de las cláusulas generales de contratación. Puede decirse, pues, que son especiales todas las cláusulas que no son generales.

El mismo autor destaca que las cláusulas especiales se relacionan con la finalidad peculiar que las partes se proponen con cada contrato, como son la identidad y calidad de esas partes, al objeto, a la cantidad, al contenido económico, a la naturaleza, a las circunstancias, a la duración del contrato, al momento y lugar de su ejecución, etc., siendo, por lo demás, formuladas a iniciativa y después de libre debate entre ambas partes y, en cierto sentido, coincidiendo con el contenido de los contratos singulares.

Estoy de acuerdo con MESSINEO en cuanto al contenido de las cláusulas especiales, aunque tengo ciertas reservas respecto a los alcances de la libertad del debate, pues pienso que, en determinados casos, el predisponente de las cláusulas generales puede imponer, si goza de mayor poder de negociación, algunas de las cláusulas especiales. No olvidemos que, a semejanza de los contratos precedidos por tratativas y de los contratos por adhesión, el imperio de uno de los contratantes sobre el otro puede llevar a aquél a hacer prevalecer inflexiblemente su voluntad. Este tema se desarrollará con mayor detalle más adelante.

6).- CLASIFICACION DE LAS CLAUSULAS GENERALES.-

Existen varios criterios de clasificación de las cláusulas generales de contratación.

Principales y accesorias.-

Son cláusulas generales de contratación principales cuando versan sobre los elementos esenciales de los futuros contratos que se van a celebrar a base de ellas, tales como objeto, precio, etc.

Puede observarse que existe cierta similitud entre las cláusulas especiales y las cláusulas generales principales, pues ambas se refieren, en principio, a los elementos esenciales, con la diferencia que en el primer caso estos elementos son los propios de cada contrato particular y en el segundo tales elementos se generalizan para integrar todos los contratos.

Las cláusulas generales son accesorias si se refieren a elementos del contrato que tienen carácter natural o accidental (garantías, traslado del riesgo, limitaciones de responsabilidad, legislación aplicable, tribunal competente, etc.). Según GARCIA AMIGO, también son accesorias las clásulas generales que, en cuanto a los elementos esenciales, sólo determinan las modalidades de los mismos, tales como el lugar, el tiempo y las formas de entrega de la cosa y del pago del precio, etc.

Si bien se sostiene que las cláusulas generales accesorias pueden ser suplidas por el Derecho dispositivo(*), ocurre con mayor frecuencia, y es también más lógico, que sean precisamente las

---

(*) COSTANZA[47] explica el hecho de que tratándose de contratos típicos se recurra a las cláusulas generales accesorias y no a las normas legales dispositivas de dichos contratos, afirmando que ello se debe a que la normativa contenida en el ordenamiento jurídico positivo es insuficiente e inidónea para satisfacer las exigencias de las relaciones económicas que conciernen la actividad económica del predisponente. Comparto parcialmente el planteamiento de esta autora pues pien-

cláusulas accesorias las que tengan carácter inmodificable y rijan para todos los contratos singulares a celebrarse, mientras que las cláusulas principales de estos contratos no deben ser generales a fin de que puedan ser materia de negociación entre los contratantes(*).

En efecto, el predisponente de las cláusulas generales no está interesado en discutir elementos accidentales, pues ellos simplemente se refieren, por regla general, a aspectos operativos que pueden ser comunes para la serie de negocios que proyecta concretar a través de cada uno de los contratos particulares y que están destinados, fundamentalmente, a dar un trato general y uniforme a toda la masa de consumidores por entenderse que son connaturales al tráfico masivo de bienes y servicios. DOSSETO considera que las cláusulas accesorias "pueden asumir un carácter de generalidad en cuanto que ellas, por quedar inmutables, están en aptitud de servir no solamente para un contrato singular, sino también para una serie indefinida de contratos que tengan

---

so que, muchas veces, las normas legales dispositivas de los contratos típicos no responden a la celeridad que exige el tráfico de masas, pero creo, por otro lado, que la utilización de las cláusula generales accesorias se debe a que el predisponente intenta, mediante estas cláusulas, obtener ventajas a costa de los consumidores, que no le serían admitidas si se aplicaran exclusivamente las normas dispositivas.

(*) Es interesante la cita que hace REZZONICO[48] de un despacho aprobado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina) que establece: "Están afectados de nulidad relativa los contratos celebrados mediante condiciones generales cuando éstas comprometan elementos esenciales de la contratación. Si comprometen elementos accidentales el contrato será válido, pero las cláusulas cuestionadas serán pasibles de nulidad. Sólo la parte afectada podrá solicitar la declaración de nulidad del contrato o de la cláusula según el caso. Cuando se trate de condiciones que hieran elementos accidentales, el juez, a pedido de parte, podrá modificar la cláusula viciada". Una solución parecida ha adoptado el codificador peruano, como se verá al comentar el artículo 1399, tratándose de las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

por objeto prestaciones idénticas o similares..., por lo cual reciben la denominación técnica de condiciones generales del contrato". En cambio, son los elementos esenciales de cada contrato particular (como, por ejemplo, cosa y precio en la compraventa) los que van a dar singularidad a estos contratos como elementos propios de ellos.

Nos relatan LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRIA y RIVERO HERNANDEZ[49] que, con motivo de la Ley española de 19 de julio de 1984, una parte de la doctrina ha venido suponiendo que las "condiciones generales" son cláusulas accesorias a los elementos fundamentales del contrato, esto es, la prestación y la contraprestación, elementos que nunca podrán constituir "condición general", y ello aunque su contenido se determine por la voluntad de una de las partes de modo uniforme para una serie de contratos.

Como acertadamente dice VALLESPINOS[50], en las cláusulas generales están determinadas las condiciones técnicas que, en definitiva, son las consideraciones que el predisponente, merced a su preponderancia contractual, y también a su experiencia en la materia, entiende que deben quedar incluídas para la formación de sus negocios.

Neutrales y vejatorias.-

Son cláusulas generales *neutrales* aquéllas cuyo contenido no favorece especialmente a una de las partes[51]. Generalmente se refieren a aquellos aspectos destinados exclusivamente a facilitar de manera objetiva la contratación masiva, sin procurar ventajas egoístas al predisponente. ROMERO[52] afirma, con razón, que las cláusulas neutrales tienen por finalidad perfeccionar el contrato individual a celebrarse, imponiendo un criterio equitativo sin favoritismos para ninguno de los contratantes.

Reciben el nombre de v*ejatorias* las cláusulas generales que, en cambio, buscan colocar a la contraparte en una situación de inferioridad, que haga más débil su posición. MESSINEO[53] consi-

dera que las cláusulas vejatorias pueden bien sea actuar *a beneficio* del predisponente, o bien obran *a cargo del otro* contratante. Al comentar el artículo 1398 del Código civil desarrollaré este tema con la debida amplitud.

7).- ROL EN LA FORMACION DEL CONTRATO.-

En otro trabajo[54] he analizado con bastante detenimiento la manera como se presta el consentimiento en los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación. Contemplé allí las posibilidades de que las cláusulas generales bien sea fueran simples invitaciones a formular ofertas, bien constituyeran un proyecto de contrato, bien representaran una oferta contractual perfecta o bien tuvieran una naturaleza especial.

Como este análisis lo efectué antes que se redactara el nuevo Código civil, conviene adecuar lo allí dicho a la realidad de este Código.

De acuerdo a su artículo 1392, las cláusulas generales de contratación son una declaración unilateral de voluntad, no sólo porque son unilateralmente predispuestas, sino también porque la declaración está destinada, no a combinarse con una aceptación para dar lugar a un contrato, sino simplemente a fijar el contenido normativo uniforme que el predisponente desea dar a una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Manera de su incorporación al contrato.-

Al momento de su redacción, las cláusulas generales de contratación tienen, por definición, carácter abstracto, es decir que al redactarlas no se toma en consideración la personalidad de las futuras contrapartes en los contratos particulares que se van a celebrar a base de ellas, por lo cual dichas cláusulas no pueden ser consideradas una oferta contractual, no sólo porque no contienen los elementos propios de cada contrato, sino también por-

que no tienen carácter de declaraciones recepticias, o sea no están destinadas, cuando son predispuestas, a ser conocidas por un destinatario determinado.

Sin embargo, la abstracción de las cláusulas generales no significa que se redacten simplemente como un proyecto, como algo que no va a tener realización concreta, pues su única razón de ser es *formar efectivamente parte* de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Para que esta finalidad se realice es necesario que las cláusulas generales, ya abstractamente predispuestas, lleguen a formar parte de una de las dos declaraciones contractuales que dan lugar a la celebración del contrato, o sea la oferta y la aceptación. Nuestro ordenamiento legal no contempla otra manera de concluir un contrato.

La primera posibilidad es que las cláusulas generales de contratación constituyan una invitación al público a ofrecer. Esta solución, si bien salva el inconveniente del carácter no recepticio de las cláusulas generales, es impracticable porque estas cláusulas en el momento de su predisposición, o sea cuando son declaradas, no son necesariamente dirigidas ni se ponen usualmente en conocimiento del público[55], sino que en muchos casos, como se verá más adelante, pueden ser ignoradas por las contrapartes de los futuros contratos particulares o ser sólo conocidas por éstas al momento o después de celebrar dichos contratos. Por otro lado, el predisponente puede muy bien utilizar sus cláusulas generales para formular ofertas suyas y no para recibir ofertas ajenas.

Otra posibilidad es que las cláusulas generales se incorporen a la aceptación de cada contrato particular celebrado a base de ellas. Sin embargo, como la declaración de aceptación sólo puede importar una conformidad absoluta con la oferta o bien una elección entre varias alternativas contenidas en la oferta, no es factible que las cláusulas generales de contratación se incorporen a la aceptación sin desnaturalizar ésta, o sea sin convertirla en una modificación de la oferta que, según el artículo 1376 del

Código civil, tiene la naturaleza de ser una contraoferta o nueva oferta.

Debe tenerse presente que los contratos que se celebren a base de cláusulas generales de contratación deben tener elementos propios de ellos, que no deben figurar en las cláusulas, lo que determina que éstas no cubran todo el contenido contractual. En realidad, la oferta de un contrato particular a celebrarse a base de cláusulas generales de contratación contiene dos clases de cláusulas: las propias del contrato particular (que pueden ser materia de negociación a través de tratativas) y las uniformes contenidas en las cláusulas generales (que son inmutables).

Por ello, la única solución idónea es que las cláusulas generales de contratación se incorporen a la oferta, que es la declaración contractual que debe contener todos los términos del contrato[56].

Esto no significa necesariamente que la oferta deba formularla el predisponente o estipulante, pues bien puede ocurrir que sea el cliente o consumidor quien formule la oferta para contratar a base de las cláusulas generales predispuestas por el estipulante, caso en el cual estas cláusulas generales se incorporarán a la oferta del cliente.

Por lo tanto, las cláusulas generales de contratación son declaraciones unilaterales de voluntad que no tienen valor obligatorio sino en la medida que se incorporen a una oferta contractual. Sólo a partir de este momento, y dado el carácter obligatorio que tiene la oferta en el régimen peruano (artículo 1382 del Código civil), las cláusulas generales obligarán a quien formula la oferta a base de ellas.

Surge la duda respecto a si el estipulante está obligado a aceptar una oferta que se le haga a base de las cláusulas generales predispuestas por él mismo, entendiéndose que ha manifestado tácitamente su aceptación de estas cláusulas. La solución debe ser negativa, pues como la oferta debe contener también los elementos propios del respectivo contrato particular, que no han

sido aceptados previamente por el estipulante, puede éste no estar de acuerdo con tales elementos propios y, por lo tanto, no prestar su conformidad al contrato.

Incorporación a la oferta.-

Refiriéndose al paso de las cláusulas generales a regular la relación contractual concreta, dice GARCIA AMIGO[57] que "estamos en presencia de uno de los puntos más discutidos en la problemática de la teoría de las condiciones generales: su importancia es tal que constituye, en nuestra opinión, el núcleo central en torno al cual gira todo el problema de los llamados contratos por adhesión. En realidad, se trata de ver la eficacia práctica, la cara real y fáctica de la cuestión: todo lo demás será teorizar sobre la realidad de los supuestos en que las condiciones generales pasan a regular jurídicamente las singulares relaciones contractuales; por eso interesa sobre todo verificar los posibles procedimientos técnicos que realizan dicha misión".

El problema es distinto según se trate de la incorporación de las cláusulas generales a la oferta formulada por el predisponente o a la formulada por la contraparte.

En el primer caso, esta incorporación puede realizarse de cualquiera de las siguientes maneras:

a).- Cuando las cláusulas generales figuran en el mismo documento que contiene la oferta, la aceptación de ésta significará la adhesión automática a las cláusulas generales, que pasarán así a formar parte del contrato.

b).- Cuando en la oferta se hace referencia expresa a la existencia de las cláusulas generales, indicándose cómo se puede conocerlas, pero sin transcribirlas en la oferta, la aceptación de ésta dará lugar a que se considere incorporadas a ella las cláusulas generales así referidas.

c).- Cuando se trata de cláusulas generales que han regido una

serie de contratos particulares anteriormente celebrados entre las mismas partes, bastará la referencia a tales cláusulas para que se consideren incorporadas a la oferta.

d).- Cuando las cláusulas generales han sido aprobadas por la autoridad administrativa, tales cláusulas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas. Este tema será analizado con mayor detalle al comentar el artículo 1393 del Código civil.

e).- Cuando las cláusulas generales son conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria, las cláusulas se incorporan a la oferta. En el comentario del artículo 1397 se tratará la problemática del conocimiento o de la posibilidad de conocimiento.

f).- Cuando el cliente acepta la oferta sin conocer o haber podido conocer las cláusulas generales, pero las conoce posteriormente, se considerará que las cláusulas generales se han incorporado a la oferta si el cliente no formula observación alguna al conocer las cláusulas.

Surge el problema relacionado con el momento en que se considerará efectuada la incorporación de las cláusulas generales a la oferta, o sea si es cuando el cliente acepta la oferta o cuando conoce las cláusulas generales y no las objeta. Por las razones expuestas en otro trabajo[58], la solución que me parece correcta es la segunda.

En cambio, si el cliente objeta las cláusulas generales al conocerlas, no se produce su incorporación a la oferta ni, consecuentemente, se celebra el contrato particular.

En el caso que la oferta sea formulada por el cliente sólo son aplicables las posibilidades contempladas en los puntos c), d) y f) que preceden, pues debe suponerse que si el cliente manifiesta su propósito de celebrar el contrato a base de las cláusulas generales es porque conoce éstas. Efectivamente, como el predisponente ha redactado las cláusulas generales es evidente

que las conoce, de tal manera que toda oferta que recibe en la que se haga indicación del propósito de contratar a base de ellas, o se infiera tal propósito según las circunstancias, bastará para que se considere que lleva implícita la incorporación de las cláusulas generales.

Desde luego, como se ha expresado anteriormente, el estipulante no está obligado a aceptar la oferta pues como ella debe contener los elementos propios del respectivo contrato particular, es posible que el estipulante no esté de acuerdo con estos elementos y, por ello, no acepte la oferta.

En cambio, pienso que no es posible que el estipulante manifieste su conformidad con los elementos propios del contrato particular que se le ofrece pero su desacuerdo con la incorporación de alguna o todas las cláusulas generales, pues debe considerarse que si él las ha redactado son vinculantes para él. Sería inconsecuente que el estipulante planteara que sus cláusulas generales deberán incluirse indiscutiblemente en todos los contratos que celebre a base de ellas y luego desconociera este planteamiento.

Bien sea que las cláusulas generales se incorporen a la oferta formulada por el predisponente o bien que se incorporen a la oferta formulada por la contraparte, el contrato sólo se celebra cuando el destinatario de la oferta acepta ésta. Por lo tanto, las cláusulas generales de contratación pasan a formar parte del contrato, no por su incorporación a la oferta, sino por la aceptación de ella.

Fijación del contenido normativo.-

Como se ha visto, el artículo 1392 establece que las cláusulas generales de contratación tienen el objeto de *fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares*. Esta referencia al contenido normativo sólo empieza a figurar a partir del artículo 1407 del primer Proyecto, donde se menciona que este contenido puede ser general o accesorio, mención esta última que fue suprimida en el segundo Proyecto.

No he podido encontrar la razón por la cual se ha utilizado la expresión "contenido normativo", cuyo sentido no es preciso pues puede dar lugar a que se piense que las cláusulas generales tienen un valor distinto que las cláusulas especiales de cada contrato particular. En efecto, si normativo es lo que regla una situación, se tendría que, mediante una interpretación *contrario sensu* (cuyo valor, hay que reconocer, es muy relativo) las cláusulas especiales no reglarían los contratos particulares, lo cual es inaceptable.

El peligro de la utilización de la citada expresión es tanto más grande cuanto que, como se verá más adelante, existe una teoría normativa para explicar la naturaleza jurídica de las cláusulas generales, según la cual éstas son fuentes de derecho objetivo, o sea constituyen verdaderas normas jurídicas. Esta teoría no tiene cabida en el sistema adoptado por el Código civil para reglar las cláusulas generales de contratación.

No ha sido prudente, quizá, el empleo de la expresión "contenido normativo", a la que, en realidad, no debe darse otro significado que el de ser las cláusulas generales fuentes de derecho subjetivo, o sea que fijan el contenido de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato particular, rol que comparten por igual, desde luego, con las cláusulas especiales de tal contrato. No existe razón valedera alguna para dar a las cláusulas generales de contratación mayor valor "normativo" que a las cláusulas especiales de cada contrato particular.

8).- NATURALEZA JURIDICA.-

He estudiado con todo detenimiento en otro trabajo[59] la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación, desarrollando las dos posiciones que se habían planteado sobre el particular, o sea la que sostiene que las cláusulas generales tienen carácter normativo y la que afirma que constituyen meros elementos integrantes de los contratos.

Según la tesis normativa, las cláusulas generales forman

parte del ordenamiento legal y deben ser consideradas como normas vinculantes y obligatorias tanto para quien las predispone cuanto para quienes se vinculan con él.

De acuerdo con la posición contractualista, dichas cláusulas constituyen una expresión de la autonomía privada y tienen el carácter de elementos del contrato.

En esa oportunidad me pronuncié en el sentido que las cláusulas generales de contratación son declaraciones unilaterales de voluntad que adquieren virtualidad cuando forman parte de los contratos que se celebren a base de ellas.

Habiéndose con posterioridad dictado el Código civil, que regula minuciosamente las cláusulas generales de contratación, y existiendo nuevas opiniones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de dichas cláusulas, conviene revisar aquel pronunciamiento para determinar si conserva vigencia.

Quiero advertir, sin embargo, que estamos en presencia de un nuevo fenómeno jurídico, que se está adaptando a una realidad cambiante, por lo cual no es conveniente aferrarse a conceptos rígidos, encajándolos a como de lugar, sino que hay que actuar con imaginación, usando enfoques frescos, pero sin abandonar la prudencia.

Puede decirse que actualmente subsisten las dos posiciones tradicionales, o sea la normativista y la contractualista, y que han surgido algunos nuevos puntos de vista, que pueden englobarse en el rubro de tesis mixtas.

Tesis normativista.-

Partiendo de la observación que la voluntad del predisponente se impone a todos los otros contratantes con su imperatividad *de facto*, mientras la adhesión de la otra parte aparece como un acto de menor valor, la tesis normativa ha aproximado las cláusulas generales de contratación a un comando jurídico[60].

COSTANZA[61] hace un planteamiento muy interesante, según el cual las cláusulas generales existen debido a la carencia de normas legales dispositivas que regulen adecuadamente las relaciones sobre las que versan dichas cláusulas. Resulta así que las cláusulas generales, por su gran difusión, van *tipificando* contratos atípicos y, de esta manera, se convierten en normas dispositivas.

Cita REZZONICO[62] la novedosa posición de HELM, para quien las cláusulas generales de contratación *son reglas reguladoras del comportamiento y son, como tales, normas jurídicas*, pero cuya validez no descansa en un acto legislativo legítimo sino en el contrato de sometimiento, lo cual las convierte en normas con *validez jurídica condicional*, a diferencia de las *normas jurídicas con validez ipso jure.*

Tesis contractualista.-

Se acentúa el regreso de la doctrina a conceder carácter contractual a las cláusulas generales.

Al respecto, dice LARENZ[63] que "las condiciones generales de contratación no contienen una *regulación* sólo para un caso concreto, sino para una *generalidad* de casos y para un número indeterminado de negocios. Pero *les falta la validez normativa*, la obligatoriedad del Derecho objetivo, puesto que ni el empresario que las establece está facultado para crear derecho, ni se trata de un derecho consuetudinario por faltarles el requisito de la convicción jurídica predominante en la comunidad. Las condiciones generales de contratación sólo adquieren vigencia, caso por caso, cuando el cliente se somete a ellas. Mediante esta sumisión llegan a ser formalmente *derecho contractual*, que en el supuesto concreto únicamente vincula a los contratantes, y ello en base a su acuerdo".

DIEZ-PICAZO[64] concuerda en que "las condiciones generales sólo adquieren fuerza obligatoria como estricto contenido contractual".

Los STIGLITZ[65], por su parte, dicen que "la modalidad en la formación del acto consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de pactos establecidos por otros es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido a cumplirse".

Finalmente, BIANCA[66] sostiene que "en realidad, en el ámbito de cualquier relación las condiciones generales son eficaces en cuanto encuentran su título en el contrato. La regla legal valedera para las condiciones generales no excluye la necesidad de la aceptación del adherente pero reconoce como suficiente la aceptación genérica de todo lo propuesto por la otra parte. Las cláusulas, en definitiva, son eficaces no porque así lo quiere la ley, sino porque el adherente ha aceptado el reglamento de la otra parte".

Tesis mixtas.-

REZZONICO[67] nos habla de la *teoría de la institución* de HAURIOU, según la cual se parte de la base de que existen casos en que el acto jurídico no crea derechos determinados, sino que *instaura una situación permanente* que más adelante será fuente de derechos y obligaciones: se dice que *se ha creado una institución*, que se ha dado nacimiento a través del acto jurídico a una *situación estable*, susceptible de engendrar en el futuro relaciones jurídicas que, empero, pueden experimentar variaciones.

MIRABELLI[68] se ocupa de dos teorías recientes elaboradas por la doctrina italiana, que son la "teoría de la interpretación típica" y la "teoría de la declaración tipificada".

Según la *teoría de la interpretación típica*, el comportamiento del adherente es una declaración verdadera y propia de adhesión al contrato, por efecto de la cual se insertan en el contrato las

cláusulas generales, llegándose a esa conclusión a través de una interpretación integradora, fundada en el criterio de la buena fe y del deber de diligencia.

De acuerdo con *la teoría de la declaración tipificada*, la declaración del adherente, o sea de la contraparte de quien ha predispuesto las cláusulas generales, es un comportamiento al cual la ley le atribuye un contenido y un significado típicos, el significado de aceptación de las cláusulas predispuestas, tal como si hubiera emitido una declaración de voluntad por medio de palabras claras. Dicen los adeptos de esta teoría[69] que se trata de una *declaración tipificada* porque los efectos que provoca son idénticos para todos los que tienen igual comportamiento.

Opinión personal.-

Según se ha visto, el artículo 1392 del Código civil establece que las cláusulas generales tienen por *objeto fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.*

Para entender la manera cómo las cláusulas generales fijan el contenido de los contratos particulares debe tenerse presente lo dispuesto por los artículos 1393 y 1397 del mismo Código, según los cuales las cláusulas generales de contratación se incorporan a las ofertas que se hagan para contratar con arreglo a ellas.

No se trata, pues, de que las cláusulas generales se incorporan a los contratos que se celebran a base de ellas, caso en el cual tendrían carácter normativo desde que determinarían el contenido del contrato, sino que la incorporación es a la oferta que va a someter una parte contractual a la otra, de tal manera que la aceptación de la oferta por su destinatario es lo que da lugar a la aceptación por parte de éste de las cláusulas generales de contratación.

El *iter* de formación del contrato celebrado a base de cláusulas generales es el siguiente: en primer lugar, la predisposición

de las cláusulas por el estipulante; luego, la incorporación de las cláusulas a la oferta, parta ésta del estipulante o de la contraparte; y finalmente, la aceptación de la oferta por su destinatario. Conviene estudiar estas etapas.

La predisposición de las cláusulas generales es un acto unilateral del estipulante, quien de manera general y abstracta, o sea posibilitando su aplicación a una serie indefinida de futuros contratos particulares y prescindiendo totalmente de la personalidad de las contrapartes en estos contratos, redacta previamente las cláusulas generales con el objeto de que necesaria e indiscutiblemente formen parte de ellos. Obsérvese que el estipulante se aisla en esta etapa de la problemática de la contratación en sí, con la finalidad, precisamente, de dotar a sus cláusulas generales de esa generalidad y abstracción que les es inherente.

Una vez terminada la prerredacción, se ingresa, mediata o inmediatamente, a la segunda etapa, que es la de incorporar las cláusulas generales a la oferta. Ya se ha estudiado (supra, Tomo III, pág. 95) las distintas maneras como puede efectuarse esta incorporación. Debe tenerse presente que cada oferta, para ser completa, debe contener tanto los elementos propios del respectivo contrato particular como los elementos comunes (cláusulas generales) a todos los que se celebren a base de dichas cláusulas.

La tercera etapa está constituída por la aceptación de la oferta, con todos sus elementos. Sin embargo, la aceptación de estos elementos se realiza de manera distinta: los elementos propios de cada contrato pueden ser materia de negociación, como en cualquier contrato paritario, mientras que los elementos comunes deben ser aceptados en bloque, sin posibilidad de discusión.

Consecuentemente, la oferta sólo se considerará aceptada cuando se haya terminado la negociación de los elementos propios del respectivo contrato, oportunidad en la cual la aceptación recaerá tanto en dichos elementos como en los elementos comunes, respecto de los cuales, repito, no cabe posibilidad de negociación.

Desde luego, es posible que el estipulante imponga también en forma indiscutible los elementos propios de un contrato particular, eventualidad en la cual este contrato no será uno a base de cláusulas generales sino uno por adhesión y, por lo tanto, la oferta deberá ser formulada por el estipulante, salvo el caso de la oferta al público.

Debe tenerse presente que el destinatario de la oferta de contrato a base de cláusulas generales, sea él, el estipulante o el cliente, está en libertad de aceptarla o rechazarla. Es más, cabe que tratándose del rechazo de los elementos propios, este rechazo se produzca mediante una contraoferta modificatoria, de conformidad con el artículo 1376 del Código civil, posibilidad que no existe respecto de los elementos comunes, los cuales deben ser aceptados o rechazados íntegramente. Es obvio que el rechazo por el cliente de los elementos comunes determina la caducidad de la oferta.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, ha llegado el momento de tratar sobre la naturaleza jurídica de las cláusulas generales de contratación. Para ello, creo que lo más saludable es analizar tanto las cláusulas generales en sí, cuanto el contrato celebrado a base de ellas.

En lo que se refiere a las cláusulas generales, considero que debo mantener mi opinión en el sentido que son declaraciones unilaterales de voluntad del predisponente que no obligan a éste en el momento de redactarlas, pero que lo obligarán en el futuro cuando se incorporen a un contrato particular celebrado a base de ellas, bien sea debido a una oferta formulada por el predisponente, o bien a una oferta aceptada por él. Debe tenerse presente que en ambos casos esta obligación no surge de la redacción de las claúsulas generales sino de *formar ellas parte* del contrato particular.

Respecto a los contratos celebrados con arreglo a las cláusulas generales de contratación, pienso que como ellas no se incorporan directamente a los respectivos contratos particulares sino a las ofertas de dichos contratos, éstos se forman en virtud

de la aceptación de tales ofertas. Ello da lugar a que las cláusulas generales sean obligatorias por razón de la voluntad común del predisponente —plasmada al redactar las cláusulas y al formular una oferta a base de ellas— y del cliente —plasmada al aceptar la oferta del predisponente o al formularle una oferta a base de las mismas— voluntad que, en ambos casos, es declarada mediante la aceptación de la oferta.

Si la oferta de un determinado contrato particular no es aceptada por su respectivo destinatario, las cláusulas generales no cobran obligatoriedad y conservan su carácter de declaraciones unilaterales de voluntad susceptibles de formar parte de otros contratos particulares que sí lleguen a celebrarse a base de ellas.

Esto en cuanto a la mecánica de formación del contrato.

Se ha insistido mucho en que en los contratos celebrados a base de cláusulas generales, dado que regulan un tráfico masivo de bienes y servicios, no existe, en realidad, voluntad del cliente o consumidor, el cual se ve arrastrado por la corriente de cientos o miles de otros consumidores que buscan también satisfacer su necesidad de tales bienes y servicios. La contratación masiva, se dice, anula la personalidad del cliente y lo convierte, conjuntamente con los otros clientes, en un conglomerado anónimo que actúa uniformemente, sin verdadera voluntad.

Francamente no estoy de acuerdo con esta posición.

Como he venido reiterando a lo largo de este comentario, las cláusulas generales de contratación son herramientas del tráfico masivo de bienes y servicios, cuya fluidez están interesados en proteger tanto los empresarios cuanto los consumidores. La utilización de cláusulas generales facilita dicho tráfico en el sentido de reducir el área de las tratativas a lo que es indispensable para la concertación de los contratos particulares.

No se olvide que estos contratos particulares tienen elementos propios de ellos, que los caracterizan, los cuales elementos pueden ser materia de negociación. Resulta así que, como se ha

dicho anteriormente, cada oferta de contrato particular, que es la declaración de voluntad del oferente, está compuesta de dos clases de elementos: los elementos propios de ese contrato, susceptibles de discusión, y los elementos comunes a todos los contratos particulares sujetos a las cláusulas generales redactadas por el predisponente, que sólo pueden ser aceptados o rechazados íntegramente.

El destinatario de la oferta puede manifestar su voluntad en dos sentidos: concertando o no con el oferente los elementos propios del contrato y aceptando o rechazando íntegramente los elementos comunes.

Si el destinatario de la oferta, después de negociar los elementos propios de ella, decide aceptarla, formula una declaración de su voluntad, que está articulada a su vez en dos partes: su conformidad con los elementos propios concertados y su adhesión a los elementos comunes. Ambas partes de esta declaración son expresión legítima de la voluntad del aceptante.

Téngase presente que el destinatario de una oferta de contrato a base de cláusulas generales sabe que se le propone un contrato distinto al contrato paritario o tradicional. No ignora que hay un área del contrato que le está vedado discutir, no obstante lo cual se encuentra dispuesto a considerar la oferta, a fin de declarar su voluntad sobre ella. Es cierto que si la acepta existe una sumisión a las cláusulas generales, pero ello no es tanto por razón de un sometimiento forzado al predisponente, como ocurre en el contrato necesario por adhesión, cuanto para facilitar una contratación veloz.

Supóngase una operación bancaria, que es uno de los campos donde las cláusulas generales tienen mayor aplicación. Se presume que el cliente conoce, o debe conocer, las cláusulas generales que regulan dicha operación, por lo cual no pierde tiempo en discutirlas, para avocarse a la negociación de los elementos propios de ella. Si se pone de acuerdo con el banco sobre los términos de la oferta de éste, entre los cuales se encuentran las cláusulas generales, hará suya esa oferta y lo declarará así en

su aceptación, con lo cual dará lugar a la declaración conjunta del banco y del cliente de una voluntad común de ambos. Tanto el banco como el cliente saben que esa operación no habría llegado a realizarse con la premura que era necesaria si no hubiera sido hecha a base de cláusulas generales de contratación.

Este es el aporte valioso de las cláusulas generales, que permiten una contratación masiva de bienes y servicios sin perderse el juego de la voluntad individual, que es la que permite la celebración de la serie indefinida de contratos particulares que integran esa contratación masiva.

No cabe duda, pues, que los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación son el producto de un acuerdo de declaraciones de voluntad y, por ello, están comprendidos en el artículo 1351 del Código civil.

No puede desconocerse, desde luego, el peligro que acecha este tipo de contratación cuando, por razón de la posición de monopolio u oligopolio que ocupe el predisponente, se vean los consumidores colocados en un estado de necesidad que los lleve a aceptar ciegamente las cláusulas generales, por vejatorias que sean.

En efecto, la problemática del contrato a base de cláusulas generales de contratación cobra un cariz muy especial cuando, como dice GARCIA AMIGO[70], "la empresa o empresas predisponentes gocen de una posición monopolística o dominante en el mercado: en tal caso, es claro que puede haber y hay realmente el peligro de abusos por parte de las empresas, pues unidos el natural egoísmo de los sujetos económicos en régimen de economía capitalista, al poder económico de los mismos en dichas situaciones tienen como clara consecuencia la explotación de la clientela —adherente a sus condiciones generales de contrato, leoninas muchas veces— para aumentar precisamente su margen de beneficio".

Reitero que en la contratación masiva de bienes y servicios, que es donde el contrato a base de cláusulas generales de

contratación juega su verdadero rol, el principal interés tanto del predisponente (aunque éste se encuentre en una posición de monopolio) como del cliente es la celeridad del tráfico. Consecuentemente, la redacción de las cláusulas generales está orientada a facilitar las transacciones, eliminando todo aquello que pueda trabarlas. En este sentido, las cláusulas generales tienen por finalidad reducir el ámbito de las tratativas, limitándolas a los elementos propios del contrato, y esta finalidad será tanto más alcanzable cuanto que las cláusulas no sean injustamente onerosas para el cliente, quien estará así más dispuesto a aceptarlas sin discusión.

Si pese a esto el predisponente, abusando de su posición de monopolio, desnaturaliza la finalidad de las cláusulas generales para convertir a éstas en instrumento de su lucro personal a costa del cliente, la situación de éste será mucho más difícil, pues el estado de necesidad en que lo coloca el abuso del poder de negociación del predisponente, lo llevará a aceptar de plano las cláusulas vejatorias.

Sin embargo, el peligro del abuso del monopolista de su poder de negociación para imponer inflexiblemente sus condiciones no es privativo de las cláusulas generales, pues existe en toda la gama de la contratación, cualquiera que sea la modalidad empleada, esto es tanto en el contrato paritario o tradicional como en el contrato por adhesión y en el contrato a base de cláusulas generales de contratación. En efecto, toda vez que un contratante, debido a su apremiante estado de necesidad, pierda su libertad de elección entre contratar y no contratar en determinadas condiciones, queda a merced de quien lo ha colocado en ese estado debido a su posición monopólica o dominante en el mercado (recuérdese la situación del ama de casa con relación al carnicero de que nos habla RIPERT). Este abuso es el verdadero enemigo del contrato, cualquiera que sea su modalidad.

No es posible anatematizar las cláusulas generales por una situación que no han creado y que, en realidad, las desnaturaliza al no permitirles alcanzar su finalidad, que es facilitar la contratación masiva de bienes y servicios conjugando la rapi-

dez de las transacciones con un margen, si bien limitado, de libertad de configuración interna(*).

Quizá, como dice el mismo GARCIA AMIGO[71], la evitación del indicado peligro "no debe buscarse en la solución radical de suprimir mediante ley imperativa el uso de condiciones generales de los contratos, pues con ello se suprimiría, al mismo tiempo, todas las ventajas que la ausencia de la ley imperativa representa en la contratación: fundamentalmente, la autonomía de la voluntad. La solución, a nuestro modo de ver, está más bien en atacar las causas que producen las condiciones generales monopolísticas, a saber: sometiendo a la ley de la competencia económica a todas y cada una de las empresas, declarando aquella competencia defendida jurídicamente por el principio de orden público — orden público económico—".

El artículo 133 de nuestra Constitución, que prohibe los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil, daría pie para ello, tanto más cuanto que agrega que la ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes(**).

(*) VALLESPINO [72] reflexiona con mucho acierto que es un hecho común asignarle a las condiciones generales una versión mala, abusiva y contraria a derecho, pero que esta concepción corresponde a una etapa superada, a un ciclo en el cual todas las fuerzas estaban dirigidas a la explotación del hombre frente a sus necesidades. Por fortuna , agrega, hoy esa dirección ha sido abandonada merced a un nuevo tipo de fundamento y justificación, por lo que considera apropiado manifestar que en la actualidad no hay que partir de un preconcepto absolutamente pesimista toda vez que existen contrataciones celebradas por adhesión a condiciones generales que de manera alguna pueden ser catalogadas de abusivas.

(**) Por Decreto Supremo Nº 296-90-EF de 4 de noviembre de 1990 el Poder Ejecutivo, en tanto el Congreso de la República sancione la ley que garantice la libre competencia, ha dictado medidas para propiciar la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y

Otro camino, que puede emprenderse paralelamente, es legislar la protección al consumidor, de la que se tratará más adelante.

9).- DIFERENCIAS CON EL CONTRATO POR ADHESION.-

Se ha afirmado repetidamente que los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación constituyen dos visiones de un fenómeno único, que es llamado de la primera manera por la doctrina francesa y de la otra por la doctrina alemana, seguida por la italiana y parte de la española.

Creo necesario desvirtuar esta afirmación.

Según se ha visto, el artículo 1390 del Código civil declara que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Se trata, por consiguiente, en primer lugar, de un contrato (obligatorio, desde luego) que requiere, por lo tanto, de oferta y de aceptación. Además, la oferta no admite modificación alguna por el destinatario, quien sólo puede aceptarla o rechazarla en su oportunidad. Finalmente, este contrato se forma mediante la declaración de voluntad del destinatario de la oferta de aceptar ésta.

Como las cláusulas generales de contratación, de acuerdo con lo que también se ha estudiado, son declaraciones unilaterales de voluntad del predisponente que no obligan a éste en el momento de redactarlas, pero que lo obligarán en el futuro cuando se incorporen a un contrato particular celebrado a base de ellas,

---

servicios, indicando que constituyen actos que limitan la libre competencia los que deriven del abuso de una posición dominante en el mercado; de prácticas monopólicas, oligopólicas, monopsónicas y oligopsónicas, y de acuerdos restrictivos de la actividad productiva, mercantil y de servicios, con el objeto de impedir, restringir o falsear la libre competencia en la producción y/o comercialización.

resulta inadecuado compararlas con el contrato por adhesión, dada la disparidad de sus respectivas naturalezas.

Por ello, quizá lo más propio, y también lo más ilustrativo para percibir las diferencias entre dos instituciones afines, es parangonar el contrato por adhesión con el contrato celebrado a base de cláusulas generales de contratación, llamado también contrato *standard*.

a).- La oferta del contrato por adhesión, que como cualquier oferta cubre toda el área contractual, es planteada en forma inalterable, de tal manera que el destinatario de ella se ve colocado en la alternativa de aceptarla o rechazarla íntegramente. Este destinatario, pues, no interviene en la modelación del contrato, perdiendo totalmente su libertad de configuración interna (contractual).

La oferta del contrato *standard* está articulada en dos partes: una que comprende las cláusulas generales de contratación redactadas por el predisponente, que sólo pueden ser aceptadas o rechazadas íntegramente; y otra compuesta por los elementos propios de cada contrato particular, que son susceptibles de negociación. El destinatario de la oferta conserva parte de su libertad contractual.

b).- Los términos de la oferta del contrato por adhesión están redactados para regular cada contrato que se celebre. Dada la naturaleza del contrato por adhesión, dichos términos no son necesariamente uniformes y pueden variar de contrato en contrato.

Las cláusulas generales de contratación son redactadas previamente de manera general y abstracta, para ser incorporadas uniformemente a las ofertas de una serie indefinida de futuros contratos particulares. Sólo los elementos propios de estos contratos varían de contrato en contrato.

c).- Como consecuencia de lo expuesto en el punto b) que antecede, los términos del contrato por adhesión pueden ser

determinados en función de la personalidad y situación de cada contratante, el cual es pasible de recibir un trato particular, distinto al concedido a los demás. Esto puede fomentar la desconfianza en cuanto a la imparcialidad y justicia de tales términos y, consecuentemente, entrabar la fluidez de la contratación.

En los contratos *standard*, los contratantes saben que las cláusulas generales son de aplicación uniforme a todos los contratos particulares, de tal manera que son más propensos a aceptarlas sin discusión —sabiendo que no van a ser discriminatoriamente tratados—, aún cuando no se encuentren en estado de necesidad respecto del bien o servicio materia del contrato, lo que coadyuva a la celeridad del tráfico.

d).- El contrato por adhesión se caracteriza por la sumisión de una parte a la voluntad de la otra. En el contrato libre por adhesión, esta sumisión está referida a la rígida alternativa entre aceptar o rechazar íntegramente la oferta. En el contrato necesario por adhesión, la sumisión es total pues el destinatario de la oferta se ve compelido a aceptarla.

Lo peculiar del contrato a base de cláusulas generales de contratación no es la adhesión, la que es meramente circunstancial, sino su aptitud para conjugar la celeridad del tráfico masivo con la voluntad individual de cada contratante. A ello obedece la predisposición, la generalidad y la abstracción de las cláusulas generales, en contraste con la actualidad y negociabilidad de los elementos propios de cada contrato particular.

e).- El contrato por adhesión, y particularmente el contrato necesario por adhesión, es el fruto del ejercicio del poder. Quien por razones de ocupar una situación de monopolio, de privilegio u otra que conlleve la posibilidad de forzar la voluntad de la contraparte, so pena de privarla de un bien o servicio necesario para ésta, no vacila en usar del contrato para manifestar ese poder y contratar en las condiciones que él desea.

El contrato *standard* responde a las necesidades de la contratación en masa de bienes y servicios. El predisponente no suele encontrarse en situación de monopolio; por el contrario, la mayoría de las veces interviene en una despiadada competencia de suministro de bienes o servicios, que permite al cliente elegir entre los competidores. El predisponente utiliza las cláusulas generales, no para imponer su voluntad inflexible, sino para ganar tiempo, que no puede perderlo en tratativas sobre condiciones que, por ser propias o adecuadas a la naturaleza del negocio y las peculiaridades del mercado, deben regir necesariamente su contratación.

Pese a estas diferencias, existe un elemento común al contrato por adhesión y al contrato *standard*, y es la rigidez de la oferta en el primero y de las cláusulas generales de contratación en el segundo, en el sentido de ser inmodificables. Formulada la oferta del contrato por adhesión o incorporadas las cláusulas generales a la oferta del contrato *standard*, no cabe introducir variación en ellas.

10).- RASGOS DE LAS CLAUSULAS GENERALES.-

El uso cada vez más generalizado de las cláusulas generales de contratación ha dado lugar a que éstas vayan tomando algunos rasgos característicos, entre los cuales cabe destacar los siguientes:

Redacción impresa.-

El hecho que las cláusulas generales sean un auxiliar importantísimo del tráfico masivo de bienes y servicios, ha llevado a los predisponentes a imprimirlas para facilitar su distribución entre los clientes.

Esto ha traído como consecuencia, según apunta REZZONICO[73], que debido a la autoridad que parece emanar de la letra

impresa, se presenta un mecanismo psicológico que él denomina "normalidad de verdad", que presenta el conjunto de cláusulas impresas y que tiene *cierto efecto paralizante* sobre la reacción del afectado.

El mismo autor cita a NORDMANN, quien sostiene que el solo hecho de que una cláusula figure impresa en un contrato crea para el profano la impresión de su licitud y lo desalienta para atacarla y a veces inclusive para requerir una opinión autorizada.

Complejidad.-

Con el afán de cubrir el mayor número de eventualidades que la experiencia va presentando, el predisponente usa un clausulado cada vez más complejo.

Por otra parte, como dice VALLESPINOS[74], el predisponente cuenta con un equipo económico-jurídico que lo asesora permanentemente acerca de la conveniencia en la inclusión de una u otra condición y que le permitirá alcanzar el objetivo de racionalidad de la empresa.

Esto dificulta muchas veces la comprensión de las cláusulas por el cliente, quien se siente desorientado ante estipulaciones cuya verdadero alcance desconoce.

Lenguaje.-

Para cubrirse contra posibles riesgos legales, el predisponente suele usar un lenguaje muy técnico, que no es entendido por el cliente.

Por ello, la ley española de 1984 sobre protección al consumidor establece en su artículo 10 que las cláusulas generales tengan "concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvios a textos o documen-

tos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual".

Comentando este texto, manifiesta BERCOVITZ[75] que las cláusulas han de ser susceptibles de una comprensión directa por parte del consumidor, lo que obliga a un esfuerzo por un lenguaje comprensible. Agrega que la comprensión no puede relacionarse con la capacidad de un jurista.

11).- VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LAS CLAUSULAS GENERALES.

Al comentar el artículo 1390 del Código civil se han señalado las ventajas e inconvenientes del contrato por adhesión, contemplando también la situación del contrato necesario por adhesión. Respecto de este último se destacó que uno de sus inconvenientes, el más importante, era el peligro que el oferente, abusando de su situación de poderío, imponga cláusulas vejatorias, que el destinatario se vería prácticamente forzado a aceptar.

Ahora que voy a analizar las ventajas e inconvenientes de las cláusulas generales de contratación quiero hacer abstracción del tema del abuso del estipulante en razón de la posición de monopolio que ostente, pues esta situación no es privativa ni característica, como he dicho anteriormente, de tales cláusulas sino que es un veneno que ataca la institución del contrato como categoría general. Cualquier modalidad de contrato resulta desnaturalizada por la presencia de este peligro que incide sobre la formación y la expresión de la voluntad del cliente.

Creo, por ello, que para conocer las ventajas e inconvenientes de las cláusulas generales se deben tomar en consideración únicamente los factores que son propios a la naturaleza de ellas, excluyendo los que versan sobre el tema a que se refiere el párrafo precedente. El análisis que se va hacer a continuación es complementario del efectuado en otro trabajo[76].

Ventajas.-

La doctrina ha estudiado con cierto detenimiento las ventajas que reporta el uso de las cláusulas generales de contratación. Como existen diversos enfoques de una misma ventaja, voy a tratar de unificarlos para evitar una relación demasiado extensa.

- *Ahorro de costos*: La uniformidad de las cláusulas generales y su empleo en un tráfico masivo de bienes y servicios, determina la reducción de gastos generales y de costos de distribución.

- *Reducción de precio*: Uno de los factores que determinan la reducción del precio es el ahorro de costos a que se refiere el punto anterior.

  Otro factor que puede incidir en el precio es la limitación de responsabilidades y obligaciones del predisponente. Sin embargo, se cuestiona si es legítimo este recurso pues, a la larga, puede resultar perjudicial para el cliente.

- *Ahorro de tiempo*: La reducción del área de las tratativas a los elementos propios de cada contrato particular, eliminando la discusión sobre todos los temas comprendidos en las cláusulas generales, da lugar a una contratación más veloz, con lo cual se satisface esa necesidad común de empresarios y clientes de "ganar tiempo", que constituye una de las características del tráfico masivo de bienes y servicios.

  Este es quizá el aporte más importante de las cláusulas generales a la contratación moderna.

- *Racionalización empresarial*: Se entiende por ésto la "idea de mejora, de progreso, de obtener superiores resultados con menor esfuerzo, dinero o tiempo" [77], para lo cual se procura instrumentar medidas organizativas de toda índole.

  Al respecto nos dice VALLESPINOS[78] que todo proceso económico siempre ha buscado encontrar su camino jurídico

y que la racionalización aplicada por las grandes empresas también ha seguido ese principio trasladándose al campo jurídico a fin de encontrar las técnicas apropiadas a esa directiva general. Agrega dicho autor que el resultado de esa búsqueda ha determinado que la contratación a base de cláusulas generales sea la expresión jurídica más acorde para sus objetivos económicos.

- *Delimitación de prestaciones*: Las cláusulas generales, debido a ser redactadas con minuciosidad y detenimiento, permiten una delimitación detallada, que puede acercarse a la perfección, de las recíprocas prestaciones de las partes, lo cual elimina dudas sobre los respectivos derechos y obligaciones, evitando, así, futuras controversias jurídicas, que pueden dar lugar a largos y costosos juicios.

- *Regulación de cuestiones técnicas*: Según VALLESPINOS[79], otra ventaja es la de poder reglar las cuestiones técnicas cada día más complejas y que ningún ordenamiento jurídico puede prever.

  Se dice[80], al respecto, que no sólo los Códigos resultan insuficientes sino que también el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse de regulaciones tan detalladas y técnicas como las que requieren las necesidades de cada rama del comercio.

- *Uniformidad de jurisprudencia*: El uso de las cláusulas generales de contratación da lugar a que en las diversas latitudes se apliquen reglas uniformes para los supuestos a juzgar, ya que la norma contractual es siempre la misma, lo que determine que la jurisprudencia vaya dictando criterios rectores que pueden ser de aplicación general.

- *Contratación por agentes*: Cuando intervienen comisionistas o representantes, que no tienen libertad para estipular las condiciones de cada transacción, el uso de las cláusulas generales facilita la contratación por éstos, ya que se limitan a aplicar tales cláusulas a cada negocio que celebren.

Existen otras ventajas, tales como la posibilidad de cálculos, la circulación de la riqueza, la uniformidad de la contratación, la transparencia del mercado, etc., que pueden considerarse derivadas de las ventajas antes mencionadas.

Inconvenientes.-

Al lado de las ventajas que proporciona la utilización de las cláusulas generales existen, sin duda, inconvenientes, especialmente para la clientela.

- *Ambigüedad*: BERLIOZ[81] considera que las cláusulas generales dan lugar a ambigüedades concernientes tanto a la formación del contrato como a su contenido.

  En cuanto a la formación, entiende que los clientes sólo dan a los contratos una lectura superficial, sin percatarse que la suscripción de los mismos constituirá un compromiso a firme. Quienes les ofrecen estos contratos hacen muchas veces vagas promesas de modificaciones, que no llegan a plasmarse.

  Respecto a las ambigüedades sobre el contenido, el mismo autor señala que el contrato contiene cláusulas que disimulan su verdadero contenido, el cual es difícil de verificar. El predisponente maquilla la terminología a fin de presentar cláusulas que son en su favor como estipulaciones protectoras del cliente. Así, las cláusulas de limitación de garantía, concebidas para conceder ventajas al predisponente, se presentan con la cubierta de "cláusulas de garantía".

  VALLESPINOS[82] sostiene que la utilización de cláusulas ambigüas y de casuismo exagerado, no es una particularidad exclusiva de la contratación a base de cláusulas generales, aunque sí sea más viable su utilización dada la imposibilidad de discusión de las mismas.

  Lagunas: Las cláusulas determinantes se encuentran consignadas en documentos que no son puestos a disposición de

los clientes sino con posterioridad a la celebración del contrato, prácticamente con el carácter de material informativo.

- *Laberínticas*: CASTRO[83] advierte que, en la práctica, las cláusulas generales contienen reglas tan laberínticas y oscuras que ni siquiera un buen conocedor del Derecho logran entenderlas.

  A esto se agrega la utilización de letra pequeña, difícilmente legible, que desanima al cliente de informarse sobre el contenido del escrito, y la redacción pesada de las cláusulas, que verdaderamente "quitan el aliento" a cualquier hombre previsor[84].

12).- COLISION DE CLAUSULAS GENERALES.-

Es posible que dos empresas, por ejemplo, una fabricante y otra comerciante, que tienen predispuestas sus respectivas cláusulas generales contraten entre sí. Si las respectivas cláusulas generales son diferentes, se produce lo que se ha llamado "batalla de formularios".

El problema radica en establecer cuáles cláusulas generales se incorporarán a la oferta del contrato que proyectan celebrar.

Si las partes, antes de celebrar el contrato, se ponen de acuerdo para conciliar sus cláusulas generales, no habrá problema alguno.

La dificultad surge si hipotéticamente se acepta la oferta de contrato, sometiéndolo cada parte a sus respectivas cláusulas generales.

SANTOS BRIZ[85] considera que el contrato será válido y las lagunas originadas por la colisión serán cubiertas en principio por los preceptos legales correspondientes y que sólo si en esta discordancia "a posteriori" no fuera posible, dada su trascenden-

cia por afectar a elementos esenciales del contrato, resolver las dudas suscitadas, podría llegarse a la ineficacia del contrato.

REZZONICO[86], por su parte, entiende que se trata de un problema interpretativo, orientado a determinar si las partes han rechazado o no la conclusión del contrato. Plantea el caso que el contrato *se cumpla*, con independencia de las cláusulas generales, es decir, sin que se haya producido un acuerdo sobre la validez de dichas cláusulas, opinando que ese cumplimiento es un hecho demasiado significativo como para que se pueda afirmar que no hay contrato, aunque advierte que hay que proceder con cuidado sobre el alcance que se otorgue a ese "cumplimiento".

Personalmente pienso que como las cláusulas generales del oferente se incorporarían a su oferta y las del destinatario se incorporarían a su aceptación, no habría coincidencia entre la oferta y la aceptación y, consecuentemente, no se concluiría el contrato por falta de consentimiento.

13).- MEDIDAS PARA CONTROLAR LAS CLAUSULAS GENERALES.-

Se ha visto a lo largo de este comentario del artículo 1392 del Código civil que las cláusulas generales de contratación tienen por finalidad principal facilitar la contratación masiva de bienes y servicios. Esta finalidad ha sido declarada legislativamente en el artículo 26 del Proyecto de Ley General de Protección al Consumidor.

En consecuencia, el primer control que deben tener las cláusulas generales está orientado a permitirles alcanzar la indicada finalidad.

Por otro lado, las cláusulas generales de contratación son predispuestas unilateralmente por el estipulante, lo que permite a éste utilizarlas en su favor, en detrimento del cliente.

Tiene razón ROYO MARTINEZ[87] cuando, refiriéndose a los

contratos por adhesión, dice que en dichos contratos "*las peculiaridades externas encubren importantes consecuencias de fondo o contenido porque siempre es grande y por lo mismo rara virtud en el poderoso la moderación espontánea en el uso de su poder y en el inteligente no aprovechar su sagacidad para obtener ventajas sobre los menos avispados... Y las grandes empresas tienen el poder de su propia magnitud económica y ésta además les permite sufragar el más celoso y eficiente asesoramiento técnico de ingenieros, abogados y demás profesionales. Reúnen, pues, el poder y la inteligencia y no es raro que cedan a la tentación de abusar de uno y otra con detrimento a veces grave de los simples individuos particulares que con ellas contratan*".

Es cierto, pues, que el predisponente tiene la oportunidad de redactar unilateralmente cláusulas generales que posiblemente excedan del margen de beneficio que podría obtener en el curso de las tratativas de un contrato paritario o tradicional. Esto constituye, sin duda, un abuso de su situación de predisponente, que debe controlarse.

Deseo dejar perfectamente aclarado, aunque resulte reiterativo, que no me estoy refiriendo al abuso que comete el predisponente que ocupa una posición de monopolio respecto de determinados bienes o servicios, al explotar el estado de necesidad de obtener la provisión de tales bienes o servicios en que se encuentran grupos de consumidores, colocándolos en la situación de doblegarse sumisamente a sus imposiciones. No se trata ya de la alternativa "lo tomas o lo dejas", sino que el consumidor se ve forzado a "tomarlo" para satisfacer su indispensable necesidad.

La erradicación de este abuso no cae dentro del campo del control de las cláusulas generales de contratación, sino en el campo más amplio del control del contrato en general, al amparo del artículo 1355 del Código civil.

Hecha esta aclaración, conviene estudiar las medidas de control tanto de la aptitud de las cláusulas generales para alcanzar su finalidad de facilitar la contratación masiva de bienes y ser-

vicios como de la indebida utilización de las cláusulas generales para beneficiar injustificadamente los intereses del predisponente.

La doctrina ofrece tres clases de medidas para efectuar este control, que son las *legislativas*, las *administrativas* y las *judiciales*.

El Código civil ha adoptado estas tres clases de medidas: las *legislativas* en los artículos 1393, 1394, 1396, 1397, 1398 y 1399; las *administrativas* en los artículos 1393 y 1394; y las *judiciales* en el artículo 1401. Se van a estudiar con detenimiento tales medidas al comentar los respectivos artículos.

14).- EL CONTRATO NORMATIVO.-

Una de las características de las cláusulas generales de contratación es su redacción unilateral por el predisponente.

Suele ocurrir, sin embargo, que grupos de empresarios que proyectan celebrar en el futuro contratos entre sí, como, por ejemplo, un grupo de fabricantes y un grupo de comerciantes, convengan contractualmente las normas o líneas rectoras que van a regular esos futuros contratos. En realidad, como dice GARCIA AMIGO[88], se trata de cláusulas generales de contratación que no tienen su origen en la voluntad unilateral del predisponente sino en el acuerdo de voluntades entre quienes proyectan celebrar entre sí una generalidad de contratos. Este acuerdo de voluntades da lugar, como se ha visto al tratar sobre los contratos por adhesión, a los contratos normativos.

REZZONICO[89] nos advierte que la denominación "contrato normativo" no debe inducir a error, pues dicho contrato no está orientado a ser fuente de normas jurídicas que formen parte del Derecho objetivo, sino a regular la producción de relaciones jurídicas propias del Derecho subjetivo.

La peculiaridad de los contratos normativos , a semejanza de las cláusulas generales de contratación, es que no obligan a cele-

brar los futuros contratos sino que obligan a que, en caso de celebrarse éstos, queden regidos por las líneas rectoras, las cuales se incorporarán a dichos contratos. Se diferencian de esta manera de los contratos preparatorios, los cuales sí obligan a celebrar los contratos definitivos.

Siguiendo su usual línea de pensamiento, MESSINEO[90] considera que no se trata de un contrato sino de un "acuerdo normativo" debido al paralelismo entre los intereses de las partes, posición que no comparto pues creo que no es requisito del contrato la conciliación de intereses opuestos, sino que muy bien pueden existir contratos que den obligatoriedad a intereses distintos, aunque no sean opuestos entre sí. El contrato normativo (similar al "contrat-cadre" elaborado por la doctrina francesa) crea una obligación de observar las líneas rectoras cuando se celebren los futuros contratos previstos por las partes.

Se discute acerca de la eficacia de los contratos normativos. DIEZ-PICAZO[91], sin negar que estos contratos producen un efecto obligatorio, considera inadmisible que ellos puedan configurarse como productores de una eficacia real, inmediata e imperativa, o lo que es lo mismo, contratos provistos de una eficacia tal que penetre en el contenido del contrato singular, después de realizado, incluso contra la voluntad de las partes que lo concluyen. En sentido diverso se pronuncia la Corte de Casación italiana, la que en una sentencia de 28 de enero de 1963, citada por GARCIA AMIGO[92], dice que el contrato normativo vinculante se caracteriza como "el acuerdo con el cual se predispone, en todo o en parte, el contenido de los eventuales futuros contratos definitivos (obligacionales), de forma que cuando éstos se celebren, las partes están obligadas a insertar en ellos y a observar aquel contenido predeterminado, fruto de recíproca elaboración precedente. Por tanto, el acuerdo normativo obliga a las partes a darle ejecución siempre que se presente la situación prevista y disciplinada en el mismo".

Según la doctrina italiana más difundida[93], el contrato normativo produce su efecto vinculante *directamente*, sin necesidad de una declaración de voluntad en tal sentido (la llamada eficacia real del contrato normativo).

Observando esta diferencia de opiniones, GARCIA AMIGO[94] distingue entre los contratos normativos vinculantes —cuando obligan a que los contratos que se celebren se sometan necesariamente a la disciplina establecida en el mismo— y los contratos normativos simplemente directivos, aunque él niega a estos últimos el carácter de verdaderos contratos normativos, sino que se trata de simples consejos o indicaciones.

Pienso que el contrato normativo, por ser contrato, crea obligaciones, las cuales están constituídas por la incorporación de las cláusulas generales a los futuros contratos particulares que celebren las partes del contrato normativo, lo que se produce de manera automática e imperativa. Desde luego, las partes pueden convenir que las líneas rectoras acordadas no se apliquen a un determinado contrato particular celebrado entre ellas.

15).- LA PROTECCION AL CONSUMIDOR.-

En los últimos años se ha ido difundiendo una legislación protectiva al consumidor, que está articulada en diversas medidas generales, todas ellas orientadas a proporcionar a los clientes instrumentos legales adecuados para defender su posición frente a los empresarios. En realidad, el concepto de empresario está siendo lentamente sustituído por otro que expresa mejor la situación de los que han hecho de la producción y del comercio de bienes y servicios un sistema de vida. Este nuevo concepto es el de "profesional", al cual se contrapone el de "no profesional" o "consumidor".

No ha sido fácil la definición de no profesional y de consumidor. Se ha empezado por la de consumidor, definiéndolo como la persona que, para satisfacer sus necesidades, no profesionales, forma parte de un contrato de provisión de bienes o de servicios[95]. La ambigüedad recae sobre la mención "no profesional".

Pueden darse a este término dos sentidos. En una concepción amplia, es no profesional aquél que no es un profesional de la misma especialidad que la otra parte, por lo que, careciendo de la

misma competencia técnica que esta última, se hace merecedor de una protección especial. Las dificultades a que ha dado lugar la aplicación de la concepción amplia han llevado a considerar una concepción más estricta que ve en la expresión "no profesional" una simple manera diferente de designar al consumidor.

La Magnuson-Moss Warranty Act, 1975, de U.S.A. entiende por "consumidor" el comprador de cada producto de consumo que adquiere el bien con propósitos diversos de aquél de revenderlos.

Las medidas protectoras del consumidor son de la más variada índole, desde las asociaciones de consumidores para la defensa de sus intereses comunes, pasando por la generalización a todos los consumidores del mismo grupo o área de los fallos individuales dictados en el caso de un consumidor —que es lo que se llama la "doctrina de los intereses difusos"— hasta llegar al control de las cláusulas generales de contratación.

Dado el carácter de este comentario al artículo 1392 del Código civil, que trata exclusivamente sobre las cláusulas generales de contratación, se van a analizar estas últimas medidas en la experiencia mundial. Desde luego, este análisis no puede ser muy minucioso, por ser esta labor propia de una obra especializada sobre el tema.

16).- REGULACION MUNDIAL DE LAS CLAUSULAS GENERALES.-

VALLESPINOS[96] ha realizado un trabajo muy valioso al estudiar los sistemas que regulan normativamente los contratos por adhesión a condiciones generales, dividiendo tales sistemas en dos grupos, uno de ellos en los cuales el tema ha sido tratado en los Códigos civiles de distintos países, y el otro por medio de legislación especial. Voy a seguir el mismo método utilizado por este autor, actualizándolo en lo posible.

a).- ***Países que han tratado el tema en el Código civil.-***

Indudablemente que este grupo simplemente adopta un sistema general de tratamiento a las cláusulas generales de contratación, sin entrar en el detalle que es propio de las legislaciones especiales.

Italia.-

Tengo entendido que ha sido el primer ordenamiento jurídico que ha regulado las cláusulas generales de contratación, bajo el nombre de condiciones generales del contrato.

Se limita a establecer en su artículo 1341 que las condiciones generales establecidas por uno de los contratantes son eficaces respecto del otro si éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas, señalando a continuación cuáles condiciones no tendrán efecto si no son específicamente aprobadas por escrito.

Respecto a los contratos concluídos mediante la firma de formularios, dispone en su artículo 1342 que las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste.

También al tratar sobre la interpretación de los contratos, el artículo 1370 señala que las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán a favor del otro.

De acuerdo a la información proporcionada por RIZZO[97], se ha presentado en junio de 1981 un proyecto de reforma del artículo 1341 del Código civil italiano, basado en la ley alemana, que introduce un artículo 1341/2 sobre nulidad de las cláusulas abusivas, que deben evaluarse sobre la base de una cláusula general y de una relación ejemplificativa; y otro artículo 1341/4 en virtud del cual el juez puede prohibir al predisponente de incluir en las condiciones generales las cláusulas respecto de las cuales sea comprobada su nulidad en aplicación de los artículos 1341/2 y 1341/3.

Egipto.-

El Código civil egipcio de 1948, si bien no tiene disposiciones expresas sobre las condiciones generales de los contratos, establece en su artículo 149 que el juez puede, si el contrato contiene cláusulas leoninas, modificar estas cláusulas o dispensar a la parte adherente del cumplimiento de ellas conforme a las reglas de la equidad, siendo nula toda convención en contrario.

República Democrática Alemana.-

El Código de las Obligaciones de este país dictado el 11 de diciembre de 1956 dispone (artículo 19) que las condiciones generales son dictadas por los directores de los órganos de la administración estatal en los cuales se hallan encuadrados los grupos principales de productores y que (artículo 20) son obligatoriamente aplicables a todos los contratos sobre el correspondiente tipo de productos.

Etiopía.-

El Código civil etiope sancionado el 5 de mayo de 1960, cuyo anteproyecto estuvo a cargo del jurista francés René DAVID[98], establece (artículo 1686), refiriéndose a las condiciones generales utilizadas por uno de los contratantes, que ellas no obligan a la otra parte más que en el caso de que ésta las haya conocido y aprobado o cuando dichas condiciones han sido prescritas u homologadas por la autoridad pública.

Respecto a la interpretación de las condiciones generales, dispone (artículo 1738) que ella se hará en favor del adherente.

Unión Soviética.-

En su Código civil de 1964 se dicta (artículo 265), como regla general, que los contratos de suministro se concluyen y se ejecutan conforme a los Reglamentos de suministros adopta-

dos por el Consejo de Ministros de la Unión Soviética y las condiciones especiales de suministro de las diversas especies de producción establecidos de manera fija por el Consejo de Ministros de la Unión Soviética y en los casos previstos por ellas, por el Consejo de Ministros de la R.S.F.S.R. (República Soviética Federalista Socialista de Rusia).

Bolivia.-

El Código civil boliviano, que entró en vigencia el 2 de abril de 1976, dispone en su artículo 518 que las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formularios organizados por él se interpretan, en caso de duda, en favor del otro.

Paraguay.-

El Código civil paraguayo, que comenzó a regir el 1o de enero de 1987, si bien habla de contratos por adhesión y de condiciones generales del contrato, no precisa la distinción entre ellos.

Refiriéndose al contrato por adhesión, hace en su artículo 691 una relación de las cláusulas restrictivas de carácter leonino, respecto de las cuales la parte adherente podrá ser dispensada de cumplirlas, o pedir su modificación por el juez.

En el artículo 713 establece que las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato así como en formularios dispuestos por uno de los contratantes, se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro.

b).- *Países que han regulado el tema en leyes especiales.-*

Israel.-

A través de sus 23 artículos, la Ley N° 5725/1964 de 12

de febrero de 1964, elaborada sobre la base de un proyecto presentado por una comisión presidida por el jurista italiano Guido TEDESCHI, desarrolla todo un sistema de tratamiento del contrato *standard*, entendido como el "contrato para el suministro de bienes o servicios, cuyas cláusulas en su totalidad, o en parte, han sido predispuestas por o para la persona que suministra el bien o servicio, con el fin de determinar el contenido de una pluralidad de contratos entre el suministrador mismo y otras personas, no determinadas ni en cuanto al número ni en cuanto a la cantidad (es decir, la *clientela*)".

La peculiaridad del régimen israelita, tal como quedó modificado por la Ley N° 5719/1959, es que el control de las condiciones generales de los contratos puede ser preventivo o posterior a la celebración del contrato.

El control preventivo está a cargo de una Comisión (Board) que se ocupa de la aprobación de las condiciones restrictivas de los contratos, a solicitud del estipulante. Si se concede la aprobación, las condiciones son vinculantes para las partes de los contratos singulares celebrados a base de las condiciones aprobadas.

El control posterior es de carácter judicial y tiene por objeto la revisión de los contratos celebrados a base de condiciones generales no aprobadas preventivamente.

Según apreciación de D'AMBROSIO[99], contrariamente a las espectativas, el sistema israelita ha encontrado una aplicación asaz limitada.

Países escandinavos.-

Los sistemas de Dinamarca (*Market Act*), Finlandia (*Consumer Sale Act*), Noruega (*Market Act*) y Suecia (*Unfair Contract Terms Act*) son similares y están caracterizados por la intervención del *Consumers Ombudsman*, que es un órgano, compuesto de una sola persona e independiente del Gobierno que,

entre sus otras funciones, está la de prevenir el uso de cláusulas contractuales injustas.

LANDO[100] nos relata que el cometido del *Ombudsman* es, ante todo, tratar con la empresa que utiliza una cláusula injusta, revelando la mentalidad escandinava tendente a evitar la litis.

El *Ombudsman* intenta, en primer lugar, obtener de la empresa la modificación de sus condiciones generales y, en la mayoría de los casos, tiene éxito. La acción judicial es su último recurso.

En Suecia, Noruega y Finlandia el procedimiento judicial se sigue ante una nueva institución llamada *Corte del Mercado*, compuesta por representantes de los empresarios y de los consumidores y de un juez togado, que deciden la cuestión que se le somete. Es interesante destacar que las decisiones de la Corte de Mercado son aplicables a la propia actividad de la empresa, concretándose en una forma de tutela de los intereses no más individuales sino de grupo, y, por ello, "supraindividuales", "colectivos" o "difusos".

República Federal Alemana.-

El 9 de diciembre de 1976 se aprobó en Bonn la Ley para la Reglamentación de las Condiciones Generales del Contrato (AGB-GESETZ).

Trata sobre las disposiciones generales aplicables a las condiciones generales del contrato, que define en su artículo primero; las cláusulas ineficaces, estableciendo que las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si favorecieran desproporcionadamente a la contraparte del utilizador, en contraste con las reglas de la buena fe y señalando una relación de las cláusulas que son especialmente ineficaces; una lista de cláusulas "sospechosas" que admiten una posibilidad de valuación y una cláusula general; el ámbito de aplicación internacional; el procedimiento para las acciones inhibitorias y en el

caso de recomendaciones también las acciones de desmentido; y el ámbito de aplicación de la ley.

Inglaterra.-

Con el título de *Unfair Contract Terms Act*, 1977, el Parlamento inglés ha aprobado una Ley que regula el procedimiento legislativo destinado a controlar los contratos *standard*, la cual ha entrado en vigor el 1° de febrero de 1978.

Las principales reglas establecidas por la Ley se refieren al control de las cláusulas de limitación o de exclusión de responsabilidad en cuatro hipótesis.

La primera regla dispone la prohibición de las cláusulas de exclusión o de limitación de la responsabilidad por muerte o lesiones físicas debidas a culpa (*negligence*) del predisponente.

La segunda se refiere a las cláusulas de los contratos con los consumidores o las cláusulas predispuestas por la empresa frente a otras empresas, estableciendo la prohibición de excluir o limitar la responsabilidad por incumplimiento contractual y la prohibición de emplear cláusulas que otorgan al predisponente el derecho de exigir una prestación diversa de aquella prometida.

La tercera regla excluye la validez de las cláusulas que ponen a cargo del consumidor la obligación de resarcir el daño a otros contratantes o a terceros en las hipótesis de incumplimiento del predisponente.

La última regla está orientada a resguardar las cláusulas de garantía de bienes de consumo y contempla diversas hipótesis.

Francia.-

El 10 de enero de 1978 se promulgó en Francia una Ley relativa a los productos y servicios, que comprende un capítulo

cuarto titulado "tutela del consumidor contra las cláusulas abusivas", donde el legislador, en lugar de disciplinar directamente las cláusulas abusivas, delega sus poderes al Gobierno para dar vida a la auspiciada disciplina.

Se señala que el campo de aplicación de la delegación de poderes se encuentra en los contratos concluídos entre profesionales y no profesionales o consumidores, los cuales pueden ser vetados, limitados o reglamentados por decretos del Consejo de Estado, distinguiendo eventualmente según la naturaleza de los bienes y servicios, las cláusulas relativas al carácter determinado o determinable del precio y a su pago, a la naturaleza de los bienes y a su entrega, a la asunción del riesgo, a la entidad de la responsabilidad y de las garantías, a las condiciones de ejecución, rescisión, resolución o modificación de las convenciones, cuando tales cláusulas aparecen impuestas a los no profesionales o consumidores por un abuso del poder económico de la otra parte y confieren a esta última una ventaja excesiva.

Tales cláusulas abusivas, estipuladas en contradicción con las disposiciones precedentes, se consideran como no puestas.

Holanda.-

Informa VALLESPINOS[101] que en el mes de noviembre de 1981 se reemplazó el artículo 3° del Libro 6, Capítulo 5, Sección I del Código civil holandés, por una larga reglamentaciòn.

Según este autor la Ley holandesa tiene diversos apartados que tratan, respectivamente, sobre las características de las condiciones generales, consideradas como aquellas cláusulas que han sido utilizadas por el usuario, tal como las había previsto en la estipulación o que están previstas para ser aplicadas en los futuros negocios con una cierta regularidad; la validez de las condiciones generales, la posibilidad de revocación de las mismas, el carácter irrecurrible que tienen ciertas condiciones y el ámbito en el que han de desenvolverse tales revocaciones; la enumeración de las distintas cláusulas de una estipulacion que deben

considerarse como "injustamente onerosas" cuando el adherente no actúe en el ejercicio de una profesión o empresa, ni sea persona jurídica o de derecho público; y las obligaciones que pueden imponer las sentencias a las personas jurídicas que han celebrado negociaciones en base a condiciones generales.

España.-

El 19 de julio de 1984 se aprobó en España la Ley de Defensa del Consumidor, cuyo artículo 10-2 establece que "se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate".

Comentando esta Ley, LACRUZ[102] dice que su carácter imperativo se manifiesta en una regla particular, que acaso hubiera debido consignarse en lugar más destacado: la que considera contraria a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones "la imposición de renuncias a los derechos del consumidor y usuarios", agregando que esta regla viene a confirmar algo que se deduce del conjunto de la Ley: la naturaleza vinculante de sus decisiones sobre "protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores".

En cuanto al tema de la intepretación, la Ley dispone que las "dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya causado prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que éstas".

El artículo 10-1-c enumera las cláusulas excluyentes de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones.

Finalmente, según el artículo 10-4 de la Ley, "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, las cláusulas,

condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos". Considera LACRUZ que una cosa es que una estipulación "sea nula de pleno derecho" y otra que "se tenga por no puesta", opinando que lo segundo es más exacto y corresponde con la intención del legislador.

17).- CONCLUSION.-

Al terminar este comentario del artículo 1392 del Código civil debo reiterar algo que he venido expresando a lo largo del mismo, referente al verdadero carácter de las cláusulas generales de contratación.

El codificador peruano no ha regulado tales cláusulas como una modalidad del contrato por adhesión, en el cual, según se ha visto, el destinatario de la oferta se encuentra colocado en la alternativa de aceptarla o rechazarla íntegramente, sino como una técnica para agilizar la contratación masiva de bienes y servicios.

La esencia de esta técnica es conjugar la rigidez de los elementos comunes de todos los contratos sujetos a una determinada clase de cláusulas generales de contratación con la flexibilidad de los elementos propios de cada uno de los contratos particulares celebrados a base de ellas.

En la medida que no exista esta dualidad de criterios (la rigidez y la flexibilidad) no estaremos en presencia de un contrato sujeto al artículo 1392 del Código civil.

Supóngase la contratación masiva de bienes en un supermercado, en la cual los clientes no tienen posibilidad alguna de negociar los elementos propios de cada adquisición. En este caso, no se trata, en realidad, de un contrato celebrado a base de cláusulas generales de contratación sino técnicamentede un contrato por adhesión con oferta al público. Igual ocurre en el transporte público urbano, en el suministro de agua y energía eléctrica, en el servicio telefónico, en la adquisición particular de combustibles, etc.

En cambio, la celebración también masiva de operaciones bancarias y de seguros, la enajenación de vehículos nuevos, el transporte marítimo y aéreo, los servicios de publicidad, la adquisición de viviendas y oficinas sujetas al régimen de propiedad horizontal, la edición y distribución de libros, etc., donde, a la par de la sujeción a cláusulas generales de contratación, cabe la negociación de ciertos términos de cada contrato particular, son ejemplos de contratos celebrados a base de dichas cláusulas.

Teniendo en cuenta esta distinción entre contratos por adhesión y contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación, será fácil la aplicación de las normas contenidas en los artículos 1393 y siguientes del Código civil.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1392:

(1) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere". Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 417.

(2) HONDIUS, Ewoud H., "Il controllo sulle condizioni generale nel Diritto olandese" en "Le condizioni generali di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, Volumen II, pág. 405.

(3) MOLLE, Giacomo, "I contratti bancari", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1975, pág. 40.

(4) HONDIUS, Ewoud H., op. cit., Volumen II, pág. 406. (2)

(5) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "El contrato por adhesión a cláusulas generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 251.

(6) BERLIOZ, Georges, "Le contrat d'adhesion", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1976, pág. 17.

(7) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 417. (1)

(8) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 30.

(9) REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 73.

(10) MONTAGNE, Hipólito, "El contrato de adhesión", Imprenta de la Universidad, Córdova, 1931, pág. 10.

(11) GARCIA AMIGO, Manuel, "Condiciones generales de los contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 15.

(12) FERRI, Luigi, "Lezioni sul contratto", Nicola Zanichelli S.p.A., Seconda Edizione, Bologna, 1982, pág. 112.

(13) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 236.

(14) EORZI, Gyula, "Le condizioni generali di contratto nell'esperienza ungherese" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Volumen I, pág. 245. (2)

(15) HONDIUS, Ewoud H., op. cit., Volumen II, pág. 403. (2)

(16) BERLIOZ, Georges, op. cit., pág. 17. (6)

(17) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 250. (5)

(18) LIPARI, Nicoló, "Derecho privado - Un ensayo para la enseñanza", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980, pág. 343.

(19) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 137.

(20) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 237. (13)

(21) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, "Estudios jurídicos sobre protección a los consumidores", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, pág. 190.

(22) Cita de SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 145.

(23) GOMES, Orlando, "Contratos", Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, pág. 121.

(24) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 424. (1)

(25) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 112. (9)

(26) OSSIO GARGUREVICH, Jorge, "Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación dentro del Derecho civil", Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1979, pág. 82.

(27) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 231. (13)

(28) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 274. (5)

(29) Cita de REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 124.(9)

(30) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 443.

(31) NAPOLI, Emilio Vito, "Le condizioni generali di contratto nella jurisprudenza" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo II, pág. 5. (2)

(32) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 125.

(33) COSTANZA, María, "Natura normativa delle condizioni generali di contratto" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo I, pág. 157. (2)

(34) COSSIO, Alfonso de, "Instituciones de Derecho civil", Alianza Editorial, Madrid, 1975, Tomo I, pág. 253.

(35) CASTRO y BRAVO, Federico de, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de la leyes", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1975, pág. 12.

(36) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1987, pág. 218.

(37) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 429. (1)

(38) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 126. (9)

(39) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 141. (19)

(40) DIEZ-PICAZO, Luis, "Derecho y masificación social", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, pág. 23.

(41) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 425. (1)

(42) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 129. (9)

(43) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 262. (5)

(44) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 431. (1)

(45) GOMES, Orlando, op. cit., pág. 130. (23)

(46) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 426. (1)

(47) COSTANZA, María, op. cit., Tomo I, pág. 158. (33)

(48) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 116. (9)

(49) LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRIA, Jesús, y RIVERO HERNANDEZ, Francisco, "Derecho de obligaciones - Teoría general del contrato", Librería Bosch, Barcelona, 1987, pág. 38.

(50) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 278.(5)

(51) GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 143. (11)

(52) ROMERO ZAVALA, Luis, "Nuevas instituciones contractuales - Parte general", Lima, 1985, pág. 11.

(53) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 445. (30)

(54) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 323.

(55) MOLLE, Giacomo, op. cit., pág. 45. (3)

(56) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 325. (54)

(57) GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 144. (11)

(58) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit. Tomo I, pág. 332. (54)

(59) IBIDEM, Tomo I, pág. 314.

(60) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 132. (19)

(61) COSTANZA, Maria, "Il contratto atipico", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, pág. 274.

(62) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 297. (9)

(63) LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 127.

(64) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 239. (13)

(65) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., op. cit., pág. 69. (8)

(66) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 343.

(67) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 276. (9)

(68) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 133. (19)

(69) GOMES, Orlando, op. cit., pág. 136. (23)

(70) GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 33. (11)

(71) IBIDEM, pág. 33. (11)

(72) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 267. (5)

(73) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 69. (9)

(74) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 290.(5)

(75) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, op. cit., pág. 193. (21)

(76) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, op. cit., Tomo I, pág. 308. (54)

(77) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 185. (9)

(78) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 264. (5)

(79) IBIDEM, pág. 265.

(80) CASTRO y BRAVO, Federico de, op. cit., pág. 17. (35)

(81) BERLIOZ, Georges, op. cit., pág. 37.(6)

(82) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 269. (5)

(83) CASTRO y BRAVO, Federico de, op. cit., pág. 19. (35)

(84) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 270. (5)

(85) SANTOS BRIZ, Jaime, op. cit., pág. 214. (22)

(86) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 166. (9)

(87) Cita de GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 28.(11)

(88) GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 139. (11)

(89) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 236. (9)

(90) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 665. (1)

(91) DIEZ-PICAZO, op. cit., Tomo I, pág. 234. (13)

(92) GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 139. (11)

(93) GALGANO, Francesco, "Diritto civile e commerciale", Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, Volumen II, tomo I, pág. 123.

(94) GARCIA AMIGO, Manuel, op. cit., pág. 138. (11)

(95) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J. París, 1988, pág. 677.

(96) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 349. (5)

(97) RIZZO, Vito, "Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa", Universidad de Camerino, La Buona Stampa S.p.A., Ercolano, Napoli, 1983, pág. 129.

(98) Cita de MOISSET de ESPANES, Luis, "La lesión y el nuevo artículo 954 del C.c.", Universidad Nacional de Córdoba, 1976, pág. 40.

(99) D'AMBROSIO, Loris, "Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: Il modelo israeliano" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo II, pág. 343. (1)

(100) LANDO, Ole, "Le clausole contrattuali ingiuste nel Diritto dei paesi nordici" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo I, pág. 264. (1)

(101) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, op. cit., pág. 426. (5)

(102) LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRIA, Jesús y RIVERO HERNANDEZ, Francisco, op. cit., pág. 39. (47)

Artículo 1393.- *Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1395.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Control administrativo de las cláusulas generales.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 73 de la primera Ponencia sustitutoria decía así:

> **Artículo 73.-** Las estipulaciones generales de contratación prestablecidas por una persona o grupo de personas se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar en base a ellas, cuando hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa.

Igual redacción conservaron el artículo 67 de la segunda Ponencia sustitutoria y el artículo 33 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En la Exposición de Motivos de este último artículo se expresa que el hecho de que las estipulaciones generales de contratación sean redactadas previamente por una de las partes y que generalmente figuren en contratos por adhesión en los que está suprimida la capacidad de negociación, hace indispensable establecer reglas de protección para los adherentes, dado el usual poderío de las empresas que redactan estos contratos, por lo que

el Anteproyecto exige que las estipulaciones generales tengan valor automático en la medida en que hayan sido aprobadas por la autoridad administrativa competente.

El artículo 1408 del primer Proyecto utilizó la siguiente nueva redacción:

> **Artículo 1408.-** Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar en base a ellas.

En el artículo 1358 del segundo Proyecto se adoptó el texto que tiene actualmente el artículo 1393 del Código civil.

2).- CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLAUSULAS GENERALES.-

Inspirado en los artículos 2 y 10 de la Ley No 5725/1964 (*Standard Contracts Law*) de Israel, el artículo 1393 del Código civil peruano establece, como se ha visto en el rubro anterior, que las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas.

Este artículo descansa en dos consideraciones.

La primera es que el predisponente que somete las cláusulas generales que ha redactado a la aprobación administrativa está dispuesto a que éstas sean revisadas a fin de comprobar su idoneidad para regular todos los contratos que celebre a base de ellas. Esta idoneidad se manifiesta, a su vez, en dos aspectos: su aptitud para regular un tráfico de masas, con clientes anónimos cuyas necesidades, consideradas como las necesidades de una generalidad de terceros, deben ser satisfechas adecuadamente; y su equidad, en el sentido que se encuentran debidamente protegidos los derechos de ambas partes, especialmente los de los consumidores.

Se supone que las autoridades administrativas, conocedoras de las actividades que van a ser reguladas por las cláusulas generales de contratación, están en aptitud de velar por estos dos aspectos. Se alcanza así paralelamente la rapidez del tráfico y la eliminación del abuso.

La segunda consideración consiste en que las cláusulas generales, después de haber sido depuradas para merecer la aprobación administrativa, son convenientes para regular los contratos particulares que desean celebrarse a base de ellas, por lo cual se incorporan a las ofertas que se formulen para celebrar tales contratos.

Tal como dice RIZZO[1], el control administrativo tiene carácter "preventivo", esto es se produce antes de que las cláusulas generales cobren vigencia, a diferencia del control judicial que es generalmente posterior.

Entiendo, por la redacción del artículo 1393, que utiliza la expresión "para contratar con arreglo a ellas (a las cláusulas)", que el destinatario de la oferta debe saber que el contrato que se le propone estará regulado por cláusulas generales aprobadas administrativamente, pues si no ignoraría que dichas cláusulas se van a incorporar automáticamente a la oferta de su contrato particular.

La novedad del sistema es que no se requiere el conocimiento del contenido de las cláusulas generales por el destinatario de la oferta, bastando que sepa su existencia. No es una presunción de conocimiento, sino una declaración legal de la falta de necesidad de éste.

Podría observarse que el contrato celebrado a base de cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente puede, en caso de ignorancia de estas cláusulas por parte del destinatario de la oferta, no representar la voluntad de éste, con lo cual habría dejado de ser un acuerdo de declaraciones de voluntad, apartándose así de la definición contenida en el artículo 1351 del Código civil.

Sin embargo, debe tenerse presente que las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente no se incorporan automáticamente a los contratos que se celebran a base de ellas, caso en el cual las obligaciones que emanaren de dichas cláusulas tendrían origen legal por ser impuestas por la ley, como ocurre en el caso del artículo 1355 del Código civil (la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos), sino que, de conformidad con el artículo 1393 del mismo Código, las cláusulas en referencia se incorporan a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, de tal manera que la aceptación de la oferta por el destinatario es lo que determina la aceptación también por parte de éste de las cláusulas generales de contratación.

En estas condiciones, si bien las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa tienen origen legal para los efectos de la oferta, no lo tienen respecto al contrato celebrado a base de ellas, pues éste se forma en virtud de la aceptación voluntaria de la oferta, que puede ser no aceptada por el destinatario, lo que determina que las obligaciones que emanan de tales cláusulas en razón de su incorporación al contrato tienen origen contractual.

La disposición en este sentido del artículo 1393 de nuestro Código civil es diferente, y en mi opinión más de acuerdo con el carácter contractual de la obligatoriedad de las cláusulas generales, que la contenida en el artículo 10 de la Ley israelita No 5725/1964, según el cual cuando el Board, acogiendo el pedido del proveedor, concede aprobación a las cláusulas sometidas a su control, éstas adquieren eficacia en cada contrato que el proveedor haya celebrado antes o durante el periodo de validez de la misma aprobación.

El hecho que en nuestro sistema el destinatario de la oferta pueda no conocer las cláusulas generales aprobadas administrativamente se debe únicamente a que dicho destinatario no actuó con la diligencia especial que se le exige en este tipo de contratación masiva. No debe olvidarse que las cláusulas existen, aunque se ignore su contenido.

A este respecto, el artículo 32 del ya mencionado Proyecto de Ley General de Protección al Consumidor establece que las cláusulas generales de contratación para la provisión de bienes y servicios aprobadas definitivamente por la Administración Pública deberán ser publicadas, por una vez, en el diario en el que se publiquen oficialmente los avisos judiciales. Además, deberán exhibirse claramente en el lugar de suministro al público de dichos bienes y servicios.

Cuando se ponga en vigencia esta norma, no cabe duda que quienes van a contratar con arreglo a cláusulas generales aprobadas administrativamente tendrán la posibilidad de conocer tales cláusulas, actuando con la diligencia normal exigible a los consumidores, de tal manera que su aceptacion de la oferta no será un acto ciego o irreflexivo.

Convengo con GARCIA AMIGO[2] en que en un sistema en que la aprobación administrativa de las cláusulas generales es un trámite destinado a apreciar su idoneidad para el respectivo tráfico, sin otorgarles carácter contractual obligatorio, tal aprobación no transforma en absoluto la naturaleza contractual de las mismas.

Debe tenerse presente, sobre el particular, que la aprobación administrativa a que se refiere el artículo 1393 del Código civil sólo está relacionada con la idoneidad de las cláusulas generales para incorporarse a las ofertas de los contratos celebrados a base de ellas, y no convalida, de manera alguna, cualquier ineficacia jurídica de que puedan adolecer tales cláusulas, como, por ejemplo, su nulidad o anulación conforme a los artículos 219 y 221 del Código civil. Tampoco transforma dichas cláusulas en normas jurídicas.

Puede objetarse al sistema de la aprobación administrativa que requiere un complicado aparato burocrático, que haga posible el estudio de las cláusulas generales, a la luz de su aptitud para ser instrumentos útiles para un tráfico de masas y de su respeto de los derechos de los consumidores. Entiendo que esta consideración fue determinante para eliminar la aprobación administrativa en la Ley de la República Federal Alemana[3] y que fue

también una consideración disuasiva para la comisión TEDESCHI que elaboró el proyecto de la Ley de Israel.

Sin embargo, considero que las innegables ventajas del sistema de la previa aprobación administrativa justifican los inconvenientes de su implantación. Existen ya en el Perú numerosas oficinas sectoriales que podrían cumplir esta función.

Al respecto, el artículo 28 del Proyecto de Ley General de Protección al Consumidor dispone que los órganos de fiscalización y sanción contemplados en el artículo 84 tendrán a su cargo la evaluación, aprobación y modificación de las cláusulas generales de contratación que, de conformidad con el artículo 1393 del Código civil, se sometan a su consideración, siendo obligatorio el pronunciamiento, bajo responsabilidad.

Según el artículo 84 de dicho Proyecto, son órganos de fiscalización y sanción las dependencias existentes y las que deben establecerse en los Ministerios, Municipalidades, Organismos Autónomos y Organismos Descentralizados, que tengan relación con el proceso productivo de comercialización de bienes o de prestación de servicios. Tales órganos de fiscalización y sanción, de acuerdo con el artículo 86 del Proyecto, resolverán en primera instancia, correspondiendo la segunda y última instancia al órgano inmediato superior del respectivo Sector.

Desde luego, la aprobación administrativa no es obligatoria (con la excepción prevista por el artículo 1394), de tal manera que el predisponente que no desee obtener que sus cláusulas generales se incorporen automáticamente a las ofertas de todos los contratos particulares que celebre a base de ellas no necesita recurrir a esa aprobación. En tal caso, será necesario que el predisponente informe a cada cliente particular su intención de incorporar las cláusulas generales al contrato que va a celebrar con él, lo que requerirá la aprobación expresa del cliente, salvo el caso contemplado en el artículo 1397 del Código civil.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1393:

(1) RIZZO, Vito, "Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa", Universitá de Camerino, La Buona Stampa S.p.A., Ercolano, Napoli, 1983, pág. 71.

(2) GARCIA AMIGO, Manuel, "Condiciones generales de los contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 211.

(3) STOLL, Hans, "La nuova legge della Republica Federale Tedesca sui contratti di adesione" en "Le condizioni generale di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, Tomo I, pág. 273.

Artículo 1394.- *El Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Obligatoriedad de la aprobación administrativa.
3.- Situación de los contratos por adhesión.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 73 de la primera Ponencia sustitutoria tenía el siguiente texto:

> **Artículo 73.-** Mediante leyes expresas se señalarán los suministros de bienes y servicios que pueden ser contratados en base a estipulaciones generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa.

El mismo texto se conservó en el artículo 68 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 34 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En la Exposición de Motivos de este último artículo se dijo que tal dispositivo está específicamente dirigido a los suministros de bienes y servicios que puedan establecerse por leyes expresas y tiene también como finalidad proteger al público que adquiere los bienes o utiliza los servicios.

En el artículo 1409 del primer Proyecto se introdujo un

cambio bien importante al sustituir la palabra "pueden" por la palabra "deben". Este cambio fue sugerido por el Grupo de Trabajo I del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que lo justificó en que tal como se encontraba redactado el artículo 34 del Anteproyecto daba la impresión que sólo determinados suministros de bienes y servicios, señalados "mediante leyes expresas", *y no otros*, podrían ser contratados en base a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, cosa que no parece sea el sentido de esta norma.

También tuvo en consideración la Comisión Reformadora que según el texto antiguo podría darse el caso que el predisponente, pudiendo contratar a base de estipulaciones generales de contratación que, por ser aprobadas administrativamente, se incorporarían automáticamente a las ofertas de los contratos que celebre, no las presente para su aprobación administrativa temiendo que no merezcan tal aprobación, por lo cual buscaría su vigencia contractual a través de la aceptación expresa de las estipulaciones por el cliente. Sin embargo, hay bienes y servicios que por el volumen de su demanda y por su importancia en la vida diaria, *deben* suministrarse a base de estipulaciones generales *aprobadas administrativamente*, que garantizan de una manera más eficaz los intereses de los clientes que aquellas otras que no reciban tal aprobación.

El artículo 1359 del segundo Proyecto tiene igual redacción que el artículo 1394 del Código civil.

2).- OBLIGATORIEDAD DE LA APROBACION ADMINISTRATIVA.-

Complementando el sistema adoptado por el artículo 1393 del Código civil, el artículo 1394 del mismo Código dispone, como se ha visto, que el Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente.

Existen determinados bienes y servicios que dado el número de personas que son consumidores de ellos, en los que la conveniencia de estar regulados por cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, por las ventajas que ello reporta para el tráfico de masas, se convierte en necesidad.

En efecto, como la aprobación administrativa requiere un examen detenido de las cláusulas generales, no sólo para evaluar que ellas son idóneas, por su operatividad, para el tráfico masivo de bienes y servicios, sino también para comprobar que no son lesivas de los legítimos intereses de los consumidores, resulta adecuado que esas cláusulas se incorporen necesariamente a las ofertas de los respectivos contratos, para proteger así automáticamente a los consumidores, evitando que, por falta de aprobación administrativa, se les apliquen cláusulas que no hayan sido depuradas de todo peligro para ellos en la contratación de determinados bienes y servicios, cuya provisión constituye una necesidad difundida

Aquí la aprobación administrativa juega un rol distinto. No se trata ya de permitir a los predisponentes de las cláusulas la utilización de éstas sino de imponerles la obligación de que todos los contratos que celebren lo sean a base de cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa. En realidad, el artículo 1394 prohibe la contratación paritaria sobre los bienes y servicios a que él se refiere.

Se trata de una medida mixta de intervención legal e intervención administrativa.

ARIAS SCHREIBER opina que puede existir contradicción entre el artículo 1394 y el artículo 1604 del Código civil, que dispone que por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes, o sea que no se extiende a la provisión de servicios, sometiendo el asunto a debate. Pienso que no hay tal contradicción, pues la referencia a la provisión de bienes y servicios hecha en el artículo 1394 comprende, sin duda, el suministro de bienes. Se trata de una relación de género a especie.

3).- SITUACION DE LOS CONTRATOS POR ADHESION.-

Suele ocurrir que en los contratos particulares que se celebran a base de cláusulas generales los predisponentes, debido al poderío de que gozan, colocan a los destinatarios de las ofertas de dichos contratos en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente no sólo las cláusulas generales redactadas previamente de manera abstracta sino también los elementos propios de cada contrato, con lo cual estos contratos se convierten, como se ha visto, realmente en contratos por adhesión. No se olvide que lo que peculiariza a los contratos a base de cláusulas generales es la posibilidad de negociación de los elementos propios de dichos contratos.

Sin embargo, el artículo 1394 se refiere a los bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, con lo cual, en sentido estricto, técnicamente, no existiría obligatoriedad de obtener la aprobación administrativa de los citados contratos por adhesión, aun cuando ellos versaran sobre los bienes y servicios cuya provisión contractual señale el Poder Ejecutivo.

Creo que si bien en puridad de principios esto es cierto, todo el sistema de la aprobación obligatoria perdería su eficacia, pues quedaría excluída de ella la provisión de los bienes y servicios más comunes y necesarios para el público consumidor, como el transporte público, los servicios de agua, teléfono y energía eléctrica, las ventas en supermercados, los espectáculos públicos, etc., cuyo tráfico se hace a través de contratos que son, en realidad, por adhesión.

Considero, pues, que a fin de que el artículo 1394 cumpla el rol para el cual fue previsto es necesario interpretarlo con amplitud, o sea en la inteligencia que comprende tanto los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación, propiamente dichos, definidos en el artículo 1392 del Código civil, como aquellos otros contratos que, si bien son celebrados asimismo con arreglo a cláusulas generales predispuestas, se convierten técnicamente en contratos por adhesión al exigir el predispo-

nente también la aceptación o el rechazo íntegro de los elementos propios de cada contrato particular.

Obviamente, en ambos casos lo que quedaría sujeto a la aprobación administrativa obligatoria sería únicamente las cláusulas generales de contratación redactadas previamente, no así los elementos propios de cada contrato que variarían de transacción en transacción.

Así lo ha entendido, me parece, el Proyecto peruano de Ley General de Protección al Consumidor al establecer en su artículo 31 que será obligatoria la contratación a base de cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, para el suministro o prestación de los siguientes bienes y servicios:

a).- Productos que se expenden en super-mercados y grandes almacenes de venta de mercaderías al por menor.

b).- Agua.

c).- Teléfono, télex y facsímil.

d).- Energía eléctrica.

e).- Combustibles.

f).- Operaciones bancarias.

g).- Transporte público de pasajeros, carga y correspondencia.

Por Decreto Supremo podrán modificarse los bienes y servicios que figuran en la enumeración que antecede.

Artículo 1395.- *Las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebren.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Procedencia de la no incorporación.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 75 de la primera Ponencia sustitutoria disponía lo siguiente

> **Artículo 75.-** Las partes pueden mediante convención expresa acordar que determinadas estipulaciones de contratación aprobadas por la autoridad administrativa no se incorporen a la oferta para el contrato particular que ellas adhieren.

Igual redacción tuvo el artículo 70 de la segunda Ponencia sustitutoria, cambiando solamente la palabra "adhieren" por "celebren", el artículo 36 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En la Exposición de Motivos de este último artículo se dijo que en él se admite la posibilidad de pactar en contra de las estipulaciones generales, ya que su aprobación administrativa no significa, en modo alguno, la desnaturalización del carácter de acto privado que tiene esta modalidad contractual, desde que tales estipulaciones generales, por ser declaraciones unilaterales de volun-

tad formuladas por la parte preredactante para que formen parte de los futuros contratos que celebre en base a ellas no tienen, por este hecho, fuerza imperativa. Obviamente, por constituir una excepción a la regla general, la exclusión deberá ser expresa y no tácita.

En el artículo 1410 del primer Proyecto se sustituyó la palabra "estipulaciones" por "cláusulas", y con este texto pasó al artículo 1360 del segundo Proyecto y al artículo 1395 del Código civil.

2).- PROCEDENCIA DE LA NO INCORPORACION.-

ARIAS SCHREIBER[1], reiterando su conformidad con el artículo 1395 del Código civil, ya expresada en la Exposición de Motivos del artículo 36 de su Anteproyecto, manifiesta que no existe razón alguna para que en el contrato individual o privado al que se adhieren las cláusulas generales, una o varias de ellas sean suprimidas por las partes intervinientes, lo cual es una demostración adicional de la flexibilidad que tiene esta modalidad contractual y un factor diferencial más de los contratos celebrados por adhesión, que son rígidos.

Raramente discrepo de este autor, cuya concepción del Anteproyecto del Título sobre los contratos en general admiro sinceramente, pero ésta es una de las pocas veces en que me atrevo a no coincidir con su opinión.

Para comprender cabalmente mi disentimiento debe tenerse presente que estamos tratando de las cláusulas generales de contratación y no de los contratos celebrados con arreglo a ellas.

Debe recordarse que una de las características que deben tener las cláusulas generales es su absoluta inmutabilidad, a diferencia de los contratos particulares celebrados a base de ellas que sí permiten la negociación de los elementos propios de los mismos. Tan rígidas son las ofertas de los contratos por adhesión como las cláusulas generales de contratación.

Permitir a las partes convenir la no incorporación de determinadas cláusulas generales en la oferta de un contrato celebrado con arreglo a ellas, como lo hace el artículo 1395 del Código civil, es precisamente negar la inmutabilidad de dichas cláusulas y destruir la eficacia de este tipo de contratación.

En efecto, si se admite la posibilidad de, por común acuerdo entre las partes, suprimir la inclusión de algunas cláusulas se está abriendo la puerta para negociar cualesquiera de las cláusulas, con lo cual la agilidad de la contratación masiva, que descansa precisamente en la aceptación o rechazo íntegro de las cláusulas de contratación, sin admitir la discusión de las mismas, se vería destruída por completo.

Con razón dicen los STIGLITZ[2] que "el tráfico se vería paralizado si se admitiese en cada caso la reconsideración de una cláusula impresa o simplemente de un párrafo de ella", citando a continuación a SANTOS BRIZ, quien afirma que la simplificación de los negocios jurídicos de la misma clase se apoya en la unificación del texto mediante condiciones estables.

Es más, si se trata de cláusulas generales de contratacion aprobadas administrativamente, como es el caso del artículo 1395, la supresión de cláusulas que han merecido tal aprobación, precisamente porque reúnen la doble condición (en sentido semántico) de ser idóneas para facilitar la contratación masiva y proteger los intereses del consumidor, representaría la posibilidad de suprimir convencionalmente esta protección.

El medio más sencillo para esta supresión es la imposición por parte del predisponente al consumidor de la convención expresa sobre no incorporación de la cláusula protectora.

Si la autoridad administrativa, después de sopesar las ventajas e inconvenientes de determinadas cláusulas de contratación, decide aprobarlas para que se incorporen automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, carecería de sentido esta aprobación si fuera permitido pactar sobre las cláusulas que la han merecido.

Sobre todo si se trata de cláusulas generales que, por serles de aplicación el artículo 1394 del Código civil, son obligatorias para la contratación de los bienes y servicios que señale el Poder Ejecutivo, no se explica que se permita a las partes –muchas veces por imposición de una de ellas sobre la otra– convenir en su no aplicación. Podría llegar un momento en que gran número de contratos celebrados a base de cláusulas generales aprobadas por la autoridad administrativa tuvieran una cláusula adicional de estilo por la que se estipulara la supresión de algunas de ellas.

Sin embargo, el artículo 1395 del Código civil existe y debe ser respetado, de tal manera que hay que admitir que en el régimen peruano se puede convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, no se incorporen a la oferta en el contrato particular que celebren las partes contratantes.

Debe tenerse presente al respecto que según el artículo 141 del Código civil, no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa, de tal manera que no cabría una exclusión tácita, por evidente que ella fuera.

En realidad, pensándolo bien, la recta comprensión del artículo 1395 lleva a considerar que su aplicación determina que un contrato que debía celebrarse con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente se convierta en un contrato paritario, desde que si las partes pueden convenir que determinadas cláusulas (téoricamente pueden ser todas) no se incorporen a la oferta, es que están admitiendo que las cláusulas que sí se incorporan lo hacen por voluntad de ellas (las partes) al no excluirlas.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1395:

(1) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Ediciones, Lima, 1986, Tomo I, p g. 150.

(2) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pg. 20.

Artículo 1396.- *En los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera de pleno derecho la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- El contrato de hecho.
3.- Finalidad del artículo 1396.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El primer antecedente del artículo 1396 del Código civil es el artículo 74 de la primera Ponencia sustitutoria, que decía así:

> **Artículo 74.**- El suministro de bienes y servicios que se ofrecen en base a estipulaciones generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien y la utilización del servicio por el cliente generan de pleno derecho la obligación correlativa a cargo de él, aún cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.

Sin más cambio que el agregar la palabra "En" al principio del texto, quedaron el artículo 69 de la segunda Ponencia sustitutoria y el artículo 35 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

La Exposición de Motivos de este último artículo dice que el quehacer de la vida moderna ha puesto de manifiesto la existen-

cia de numerosos acuerdos de voluntades no exteriorizados mediante declaraciones sino a través de comportamientos o en función de la declaración de una de las partes y de la actitud de la otra. Ocurre igualmente con frecuencia, agrega, que el usuario de un servicio público lo emplea sin conocer la tarifa existente y también puede suceder que en los servicios masivos la voluntad juega un rol peculiar, pues los usuarios adquieren la obligación como consecuencia de su conducta y como tampoco la situación de los incapaces debe ser ignorada, el Anteproyecto ha contemplado en este artículo lo que la doctrina moderna califica como "contrato de hecho" o "conducta social típica", entendida como voluntad presunta del usuario.

El texto del artículo 1411 del primer Proyecto fue el siguiente:

> **Artículo 1411**.- En la provisión de bienes y servicios que se ofrecen en base a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien y la utilización del servicio por el cliente generan de pleno derecho la diligencia correlativa a cargo de él, aún cuando no haya formalizado el contrato o sea incapaz.

Este texto fue modificado por el artículo 1361 del segundo Proyecto, cuya redacción es igual a la del artículo 1396 del Código civil.

2).- EL CONTRATO DE HECHO.-

Se ha visto en la Exposición de Motivos del artículo 35 del Anteproyecto, que ha sido reproducida en la Exposición de Motivos del artículo 1396 del Código civil, que dicho artículo se ha puesto en lo que doctrinariamente se conoce como "contrato de hecho" o "conducta social típica".

En otro trabajo[1] he opinado que en los casos en que una persona tiene determinado comportamiento ante una situación que se le plantea, no nos encontramos ante un caso de ausencia

de voluntad sino de una declaración *sui generis* de voluntad. En tal sentido, manifesté que la solución de la *conducta social típica,* entendida como una voluntad presunta del usuario, constituye una explicación satisfactoria del fundamento de la obligación que adquiere el usuario de servicios masivos cuando su voluntad sólo se manifiesta mediante el hecho de la utilización del servicio.

Complementando lo dicho en esa oportunidad, sin repetirlo, resulta adecuado observar la situación actual de la doctrina sobre el particular.

Para ello conviene recordar que fue HAUPT quien en 1941 planteó el concepto de las "relaciones contractuales de hecho" en que se establece una relación jurídica igual a la creada por un contrato pero que no emanan de una voluntad de contratar sino de unos hechos a los que socialmente se le atribuyen esas consecuencias[2]. Según HAUPT, las relaciones contractuales de hecho pueden provenir de tres situaciones distintas: (a) del mero hecho de entrar en contacto las personas con el fin de entablar entre ellas negociaciones; (b) de contratos de hecho ineficaces, como la sociedad de hecho o el contrato de trabajo de hecho; y (c) de prestaciones del tráfico de masas, en los que las obligaciones surgen del hecho de realizar un determinado comportamiento, sin previa declaración de voluntad.

DIEZ-PICAZO[3] dice, con toda razón, que la situación (a) corresponde a la problemática de la formación de los contratos y la situación (b) a la problemática de la ineficacia de los contratos, por lo cual sólo la situación (c) tiene alguna autonomía.

Refiriéndose a esta tercera situación, expresó LARENZ en 1952[4] que el "moderno tráfico de masas trae consigo que en algunos casos, de acuerdo con la concepción del tráfico, se asuman deberes, nazcan obligaciones, sin que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin. En lugar de las declaraciones surge una oferta pública, y de hecho de una prestación y la aceptación de hecho de esta prestación por el que toma parte en el tráfico. Ambas, la oferta pública de hecho y la aceptación de hecho de la prestación, no suponen declaraciones de voluntad,

pero sí implican una conducta que por su significado *social típico* tiene los mismos efectos que la actuación jurídica negocial".

En una obra posterior (1975) el propio LARENZ[5] destaca que el criterio que sustenta se diferencia de la doctrina de las "relaciones contractuales de hecho", creada por HAUPT y seguida por SIMITIS, por limitarse a los fenómenos del tráfico en masa y por considerar como elemento jurídicamente decisivo, no el hecho como tal, sino su significado socialmente típico. En apoyo de su posición cita un conocido fallo del BGH alemán de 1956 (BGHZ 21, 319) sobre un parqueo en una playa de estacionamiento dada en concesión privada por la Municipalidad de Hamburgo. El propietario del automóvil había parqueado éste en un lugar donde figuraba, muy visiblemente, la indicación del pago de peaje y había declarado al vigilante que no deseaba sus servicios y se negaba al pago, ya que en virtud del uso público se creía con derecho a parquear allí su automóvil. Cuenta LARENZ que el BGH negó el uso público y condenó al propietario del vehículo al pago del peaje, no obstante su declaración explícita de rehusar el contrato de utilización y vigilancia propuesto, ya que, según el Tribunal, no importaba la voluntad contraria por aquél declarada, sino sólo el significado *socialmente típico* de su conducta.

Años más tarde aún (1985) LESER[6], comentando la evolución del contrato en el Derecho alemán, dice que esta decisión (BGHZ 21, 319) ha sido abundantemente criticada porque se ha visto el peligro de un abandono tal de la voluntad del contratante, siendo ésta la razón por la que la Corte Suprema no ha mantenido su jurisprudencia.

Resulta así que las posiciones respecto a la "conducta social típica" están actualmente divididas. Para entenderlas mejor conviene ver el problema a través de uno de los ejemplos más utilizados por la doctrina, que es el transporte público de pasajeros.

Por un lado, CARRESI[7], BIANCA[8] y BESSONE[9] consideran, siguiendo la ruta abierta por LARENZ, que la voluntad del usuario busca el resultado práctico (de hecho) y no la creación de una relación jurídica y, según esto, no declara nada pero su con-

ducta tiene un *significado social típico* que tiene los mismos efectos que una declaración contractual. En el ejemplo propuesto, el pasajero está obligado a pagar el precio de tarifa correspondiente al trayecto, y adquiere el derecho a ser transportado, sin que se contemple su intención de formular una declaración de voluntad, ni su capacidad, e incluso si conoce o no las condiciones del transporte[10].

En la posición opuesta se encuentran SACCO[11], VALLESPINOS[12] y LACRUZ[13], entre otros, quienes opinan que en los servicios masivos el empresario realiza actos efectivos de oferta, aunque no haga una declaración expresa y concreta, y que el usuario acepta estas ofertas mediante su comportamiento, que tiene el mismo valor que una declaración. BORDA[14] nos dice que quien sube a un ómnibus no piensa en realizar un contrato, pero que ello no significa que no ha contratado. "El fin último del contrato es siempre o casi siempre económico, lo que no excluye la voluntad de contratar para lograrlo. Y cuando una persona sube a un ómnibus sabe que tiene la obligación de pagar el boleto y que solamente ese pago le da derecho a ser transportada a su destino; es decir, tiene la conciencia clara de que celebra un contrato, de que acepta un servicio que se le ofrece, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones, por más que la habitualidad y frecuencia de tales viajes lo lleva a conducirse casi mecánicamente y sin pensar en cada caso que está celebrando un contrato".

Puede observarse que estamos muy cerca del problema del efecto jurídico y del fin práctico del contrato, del que se ha tratado al comentar el artículo 1351 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 72), donde se llegó a la conclusión 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.

La discrepancia entre las dos posiciones se centra, pues, en el valor que tiene el comportamiento (conducta) como declaración de voluntad. Para la primera, el comportamiento no es una declaración de voluntad, sino una conducta social típica, pero tiene los

mismos efectos que una declaración contractual (oferta o aceptación). Para la segunda, el comportamiento es una manera de declarar la voluntad, posiblemente no en forma expresa, pero sí constituyendo una exteriorización inequívoca de la voluntad del sujeto.

Quizá desde la óptica del Código civil peruano dichas dos posiciones no están tan alejadas la una de la otra, pues el artículo 141 de dicho Código dispone que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere *indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.*

El comportamiento es, pues, una manera tácita de declarar la voluntad. Esto determina que el comportamiento del empresario, al poner a disposición del público sus bienes o servicios constituya, según el sistema peruano, una declaración de voluntad de invitar a ofrecer; a la que corresponde el comportamiento del usuario de disponer del bien o utilizar el servicio, que juega el rol de la declaración de voluntad de ofrecer la celebración del contrato al que se ha sido invitado; lo que culmina con el comportamiento del empresario de permitir el consumo del bien o la utilización del servicio, que representa la declaración de voluntad de aceptar la oferta. De esta manera se llega a celebrar el contrato.

La dificultad surge cuando se toma la postura extrema de negar que el usuario tenga una voluntad y que simplemente actúa (se comporta) porque así actúan los demás. Parece difícil aceptar que una persona está tan apartada de la realidad social que no visualice que detrás del comportamiento humano hay un orden jurídico, que es necesario respetar. El que utiliza un medio público de transporte no es plausible que no realice que algo debe hacer como retribución por el servicio que recibe, o sea que comprenda que está adquiriendo una obligación.

Sin embargo, esta postura extrema no puede ser descartada en el caso de los absolutamente incapaces, especialmente los que se encuentran privados de discernimiento, y en el de los ignoran-

tes, que viven apartados de la realidad social. Pienso que en ambos casos, sobre todo en el segundo, si la persona no tiene conciencia que su comportamiento va a tener un efecto jurídico, no estará celebrando un contrato.

3).- FINALIDAD DEL ARTICULO 1396.-

Se ha visto en el rubro anterior que la doctrina mundial esta dividida en dos posiciones respecto al valor del comportamiento como declaración de voluntad, lo que determina que, para una de estas dos posiciones, una concordancia de comportamientos no da lugar a un acuerdo de declaraciones de voluntad, lo que impide la formación del contrato.

Igualmente se ha visto que es posible, aunque improbable, que en el tráfico masivo de bienes y servicios el comportamiento de los sujetos prescinda por completo de los efectos jurídicos del mismo, lo que igualmente es un obstáculo para la conclusión del contrato.

Sin embargo, la realidad de la vida nos enfrenta, cada vez con más intensidad, con la necesidad de que el público, compuesto no sólo de capaces e ilustrados sino también de incapaces e ignorantes, tenga acceso al tráfico masivo de determinados bienes y servicios, indispensables para la vida diaria.

La concepción tradicional del Derecho se encontraba colocada en una alternativa cuyas dos opciones son igualmente aversas: bien sea impedir la participación de los incapaces e ignorantes en ese tráfico, o bien declarar nulos o anulables los respectivos actos jurídicos, relevando así a los incapaces e ignorantes del cumplimiento de las prestaciones a su cargo que resultaren de dicho tráfico.

Cualquiera de las dos soluciones tendría como consecuencia colocar a los incapaces y a los ignorantes en una especie de ostracismo jurídico, que no les permitiría participar en transacciones patrimoniales de las cuales la economía moderna no los quiere excluir.

Por otro lado, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación utilizadas en el tráfico masivo de bienes y servicios constituye una garantía de que los intereses de los usuarios son adecuadamente protegidos, de tal manera que ningún perjuicio injustificado van a sufrir los consumidores, sea quienes fueren, por su participación en dicho tráfico.

El artículo 1396 del Código civil, al imponer a quienes obtienen bienes y servicios mediante su intervención en contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, la obligación de pago de tales bienes y servicios, aun cuando no se hayan formalizado los respectivos contratos (por aplicación de la tesis de la conducta social típica) o sean incapaces, constituye una solución original y satisfactoria a dichos problemas.

En efecto, se está no sólo obviando la dificultad a que podría dar lugar la aplicación estricta de una corriente doctrinaria que cuenta aún con muchos seguidores de altísimo nivel, sino también la cuestión de la participación de los incapaces en el tráfico masivo de bienes y servicios. Con relación a este último aspecto, el artículo 1396 está en la misma línea que el artículo 1358, que ya ha sido comentado, aunque este último tiene una limitación distinta, como es la satisfacción de las necesidades ordinarias de la vida diaria del incapaz.

La aplicación del artículo 1396 da al tráfico masivo de bienes y servicios una gran seguridad y fluidez pues el predisponente de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente no se encuentra en la necesidad de demorar la celebración de cada contrato particular que celebre con arreglo a ellas hasta comprobar que la respectiva contraparte ha declarado adecuada y formalmente su voluntad de concluir el contrato o que es capaz, sino que le bastará que dicha contraparte consuma el bien o utilice el servicio para que pueda exigir el pago de ellos.

En otras palabras, dicho artículo busca destacar que la falta formal de oferta o de aceptación o la intervención de un incapaz no determina la inexistencia de una relación jurídica, sino que esta

relación se genera de pleno derecho por el solo hecho del consumo del bien o la utilización del servicio por parte del consumidor, lo que le obliga a ejecutar la respectiva contraprestación de acuerdo con la naturaleza del contrato. La previa aprobación administrativa de las cláusulas generales garantiza que las condiciones de la provisión no son lesivas para el consumidor, protegiéndolo contra su propia inexperiencia o ignorancia.

Debe tenerse presente que esta solución no se aparta del principio del acuerdo de voluntades como generador de obligaciones, desde que parte del presupuesto de que tanto el empresario como el consumidor exteriorizan sus respectivas voluntades, uno mediante su comportamiento de poner a disposición del público los bienes y servicios que provee y el otro mediante su comportamiento de consumir el bien o utilizar el servicio, lo que revela que las voluntades que dan lugar a esos comportamientos son coincidentes.

No hay duda que es una solución que sale de los cánones clásicos de la contratación privada, pero es preciso tomar en consideración algo que ya ha advertido CASTRO y BRAVO[15] respecto a que la teoría de las relaciones contractuales fácticas "ha prestado un buen servicio a la ciencia jurídica, al llamar la atención sobre unas situaciones indebidamente descuidadas y, además, por haber puesto al descubierto lo estrecho del concepto comúnmente admitido de negocio jurídico". El mismo autor agrega que la solución de los casos reunidos bajo la etiqueta común de relaciones contractuales fácticas no exige el abandono de la teoría tradicional de la autonomía privada: aunque, eso sí, ello ha traído a primer plano los defectos de ciertas teorías corrientemente aceptadas sobre el negocio jurídico.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1396

(1) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 350.

(2) CASTRO y BRAVO, Federico de, "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pág. 42.

(3) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 96.

(4) LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Tomo I, pág. 58.

(5) LARENZ, Karl, "Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Jaen, 1978, pág. 738.

(6) LESER, H.G., "L'evolution du contrat en Droit allemand", Hommages au Doyen Ren SAVATIER, Presses Universitaires de France, Paris, 1986, pág. 78.

(7) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1974, Tomo I, pág. 29.

(8) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè , Editore, Milano, 1984, pág. 41.

(9) BESSONE, Mario, "Casi e questioni di diritto privatto", Dott. A. Giuffrè , Editore, Milano, 1981, Tomo II, pág. 4.

(10) LACRUZ BERDEJO, Jos Luis, "Elementos de Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1987, Volumen II, pág. 47.

(11) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 9.

(12) VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "El contrato por adhesión a cláusulas generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 316.

(13) LACRUZ BERDEJO, José Luis, op. cit., Volumen II, pág. 47. (10)

(14) BORDA, Guillermo A., "Manual de contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 33.

(15) CASTRO y BRAVO, Federico de, op. cit., pág. 48. (2)

Artículo 1397.- *Las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.*

Se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Cláusulas no aprobadas administrativamente.
3.- Conocimiento de las cláusulas generales.
4.- Posibilidad de conocimiento de las cláusulas.
5.- Presunción de conocimiento de las cláusulas generales.
6.- Efecto del conocimiento de las cláusulas.
7.- Imposibilidad de conocimiento.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 68 de la Ponencia original decía así :

> **Artículo 68.**- Las condiciones generales de contratación se reputan conocidas por el interesado. Empero y salvo que hayan sido aprobadas por escrito no tendrán efecto a favor del que la ha impuesto, las limitaciones de responsabilidad, la facultad de rescindir el contrato o suspender su ejecución, la facultad de oponer excepciones con terceros y las demás que señale la ley.

En la Exposición de Motivos de este artículo se expresó que el hecho de que en los contratos de adhesión está suprimida la

capacidad de negociación, hace necesario determinadas reglas de protección para el adherente y éste es el sentido que tiene el artículo 68 de la Ponencia. De otro modo la denominada "parte fuerte de la relación contractual" impondrá su criterio a la "parte débil", abusando de su posición de privilegio. Se agregó que el antecedente lo encontramos en el artículo 1341 del Código civil italiano.

En realidad, si bien es ése el sentido del artículo 1341 del Código civil italiano, su texto es distinto pues se pone énfasis en que las condiciones generales hayan sido conocidas por el adherente o haya podido conocerlas usando la diligencia ordinaria. Esto llevó a a dar un nuevo enfoque al artículo 76 de la primera Ponencia sustitutoria, que quedó con la siguiente redacción:

> **Artículo 76.-** Las estipulaciones generales de contratación no aprobadas administrativamente sólo se incorporarán a la oferta de un contrato particular cuando hayan sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad y el cliente declare expresamente su voluntad de contratar en base a ellas.
>
> El desconocimiento de las obligaciones generales por el cliente, cuando ha podido conocerlas usando una diligencia ordinaria, no anula el contrato.

Corrigiendo el evidente error de la mención de las "obligaciones generales" cometido en el segundo párrafo del artículo antes citado y mejorando la redacción, el artículo 71 de la segunda Ponencia sustitutoria quedó así:

> **Artículo 71.-** Las estipulaciones generales de contratación no aprobadas administrativamente se incorporarán a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte de quien las ha redactado o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.
>
> Se considerará que la contraparte ha podido conocer las estipulaciones generales cuando éstas hayan sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

El mismo texto, con el cambio de la palabra "redactado" por "preestablecido", se conservó en el artículo 37 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1412 del primer Proyecto.

En la Exposición de Motivos del artículo 37 del Anteproyecto se dice que en los contratos celebrados en base a estipulaciones generales de contratación no aprobadas administrativamente, el usuario deber actuar con cuidadoso celo y dichas estipulaciones se entenderán incorporadas a la oferta no sólo cuando las haya conocido, sino también en la hipótesis de haberlas podido conocer, a mérito de una diligencia ordinaria, como sería si las citadas estipulaciones fueran de conocimiento público y oportuno.

El artículo 1362 del segundo Proyecto tiene la misma redacción que el artículo 1397 del Código civil.

2).- CLAUSULAS NO APROBADAS ADMINISTRATIVAMENTE.-

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1397 del Código civil peruano, las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, a diferencia de las que sí han recibido esta aprobación, sólo se incorporan a la oferta de un contrato particular celebrado con arreglo a ellas cuando sean conocidas por la contraparte del predisponente o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se acaba de ver en el comentario al artículo 1393 que el codificador peruano ha considerado que la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación constituye una adecuada medida para garantizar su idoneidad para la regulación de un tráfico en masa y para proteger los derechos de las partes, especialmente los del consumidor.

La falta de aprobación administrativa no permite gozar de aquella garantía y, en especial, priva al consumidor de esta protección, lo que determina que las cláusulas no aprobadas administrativamente no se incorporan de manera automática a las ofertas

de los contratos particulares que se van a celebrar a base de ellas. Sin embargo, esta incorporación es necesaria porque tales contratos particulares sólo pueden celebrarse en razón de la aceptación de una oferta que contenga no sólo los elementos propios de cada contrato sino también las cláusulas generales de contratación. Por ello, el artículo 1397 dispone que para que se produzca la incorporación de las cláusulas generales a la oferta se requiere que la contraparte del predisponente las conozca o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria.

Se ha visto en el precedente rubro "Antecedentes de este artículo" que el artículo 1397 del Código civil peruano tiene su fuente en el primer párrafo del artículo 1341 del Código civil italiano, que establece que "las condiciones generales del contrato establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria". El tema del conocimiento de las cláusulas (condiciones) generales y de la posibilidad de conocerlas ha apasionado a la doctrina italiana, por lo cual se va a recurrir con frecuencia a ella para efectuar el presente comentario de nuestro artículo 1397.

Sin embargo, es preciso ser cauteloso en este recurso por cuanto existen significativas (aunque, a veces, sutiles) diferencias entre ambos dispositivos.

En primer lugar, según la norma italiana el conocimiento o conocibilidad de las condiciones generales las hace eficaces respecto del no-predisponente, o sea que forman parte del contrato cuando éste se concluye, mientras que de acuerdo con la fórmula peruana esos conocimiento o conocibilidad determinan la incorporación de las cláusulas generales a la oferta del contrato particular, la cual tiene todavía que ser materia de aceptación.

En segundo lugar, el dispositivo italiano, refiriéndose a la conocibilidad, la caracteriza en que el no-predisponente hubiera *debido* conocer las condiciones generales, a diferencia de la regla peruana que la considera como que el no-predisponente hubiera *podido* conocerlas.

Debe observarse, eso sí, que tanto el texto italiano como el peruano no están orientados a proteger al no-predisponente (al supuesto contratante débil), como sostiene parte de la doctrina[1], desde que el haber *debido* o el haber *podido* conocer las cláusulas generales, aunque efectivamente no las haya conocido, determinan que las cláusulas redactadas unilateralmente por el predisponente sean eficaces (mediante su inclusión en el contrato en el primer caso, o su incorporación a la oferta del contrato en el segundo). Se trata, más bien, de una medida destinada a agilizar el tráfico de bienes y servicios, pues permite que las cláusulas generales jueguen más fácilmente su rol de convertirse en normas contractuales.

Empero, como se verá más adelante, existe a cargo del predisponente el deber de permitir que las cláusulas generales sean conocidas por la contraparte, lo cual es un factor que favorece la posición de ésta.

3.- CONOCIMIENTO DE LAS CLAUSULAS GENERALES.-

Si la contraparte del predisponente conoce las cláusulas generales redactadas por éste, el contrato particular que se celebre con arreglo a ellas será un contrato ordinario en el cual tanto quien formula la oferta como el destinatario de la misma conocen todos los términos de ésta (las cláusulas generales se incorporan a la oferta), por lo cual su aceptación da lugar a la celebración de un contrato con contenido conocido.

Se reconoce[2] que hay diversas maneras como la contraparte del predisponente puede conocer efectivamente las cláusulas generales no aprobadas administrativamente, que son las siguientes:

a).- Cuando figuran en el mismo texto de la oferta o en un documento adjunto a ella.

En este último caso algunas legislaciones, como la Ley francesa de 10 de enero de 1978, exigen que el documento adjunto esté firmado también, exigencia que no tiene, por ejem-

plo, la Ley española de 19 de junio de 1984. Debe observarse que estos dos dispositivos legales requieren que los contratos queden perfeccionados documentalmente.

Pienso que esta precaución es de carácter exclusivamente probatorio, desde que, en principio, no hay inconveniente para la celebración de contratos verbales sujetos a clásulas generales.

b).- Cuando se indica al cliente dónde están redactadas las cláusulas generales con arreglo a las cuales se va a celebrar el contrato y el cliente tiene efectivo acceso a ellas.

Es preciso que este acceso sea anterior a la aceptación de la oferta por su destinatario, para que de esta manera las cláusulas generales puedan incoporarse a la oferta.

Los BERCOVITZ[3] opinan que no cabe remisión a textos o documentos expuestos o publicados por cualquier medio (carteles en el local del empresario), pero pienso que esta precaución es exagerada, ya que, por ejemplo, tratándose de una operación bancaria no hay inconveniente para que se indique al cliente que las cláusulas generales se encuentran a su disposición en el local del banco[4]. El tema será desarrollado con mayor detalle al tratar sobre la adecuada publicidad de las cláusulas generales.

c).- Cuando el predisponente y la contraparte han celebrado anteriormente contratos con arreglo a las mismas cláusulas generales y conste inequívocamente del nuevo contrato que se quiere someterlo a estas cláusulas.

d).- Cuando las cláusulas generales que rijan determinadas operaciones mercantiles han llegado a ser usos del comercio, es decir, derecho consuetudinario con valor de fuente de Derecho. Como dice SANTOS BRIZ[5], su aplicación exige la prueba suficiente de la existencia y vigencia del uso.

Sobre el particular, el artículo 2º del Código de comercio dispone que los actos de comercio se regirán por las disposi-

ciones de este Código; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y, a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Esto no quiere decir que las cláusulas generales de contratación tengan, de por sí, el carácter de uso normativo, como lo sostiene GARRIGUES[6], sino que realmente lo sean por reunir los requisitos de constituir la repetición constante de actos iguales y existir la opinión generalizada de que se está creando Derecho objetivo.

Las cuatro situaciones que se acaban de analizar son casos en los cuales debe considerarse que el no-predisponente ha conocido las cláusulas generales, de tal manera que en cualquiera de ellos estas cláusulas se incorporan a las ofertas de los contratos particulares que se celebren con arreglo a ellas.

4).- POSIBILIDAD DE CONOCIMIENTO DE LAS CLAUSULAS.-

La segunda hipótesis planteada por el artículo 1397 del Código civil es que la contraparte haya podido conocer las cláusulas generales redactadas por el predisponente usando de una diligencia ordinaria.

Esta hipótesis es la que da lugar a mayores problemas, pues impone a cada una de las partes una carga para que se incorporen las cláusulas generales a la oferta del contrato: al predisponente una carga de *conocibilidad*, en el sentido que debe hacer que las cláusulas sean conocibles por la contraparte, de la manera más idónea; y a la contraparte una *carga de diligencia* para estar en aptitud de conocer las cláusulas[7]. Como la carga impuesta al predisponente es preliminar a la impuesta a la contraparte, desde que ésta no podrá conocer las cláusulas si aquélla no le permite hacerlo, vamos a estudiar cada uno de estas dos cargas en ese orden.

Carga de conocibilidad.-

MESSINEO[8] nos dice, con razón, que la carga de conocibilidad debe entenderse de dos maneras: una de *conocibilidad* propiamente dicha, relacionada con la preexistencia de las cláusulas generales y la factibilidad de que sean conocidas; y otra de *inteligibilidad*, orientada a permitir que sea captado su significado concreto.

La *conocibilidad* propiamente dicha (en sentido estricto) impone al predisponente, en primer lugar, la carga de exteriorizar las cláusulas generales, es decir que salgan de su fuero interno para materializarse externamente mediante su redacción, de manera tal que sea factible aprehenderlas; en segundo lugar, el deber de poner de manifiesto a la contraparte la existencia de las cláusulas generales; y finalmente, la obligación de hacerlas accesibles a dicha contraparte.

Esta última obligación varía según la naturaleza del tráfico. Si estamos en presencia de un tráfico individual, en el que el predisponente se va vinculando sucesivamente con diversas personas perfectamente identificadas, la accesibilidad a las cláusulas generales se materializa mediante la indicación personal de la manera cómo pueden ser aprehendidas sin mayor dificultad y sin esfuerzo excesivo (oficinas abiertas al público, cámaras de comercio, circulares, visitas de representantes, etc.). Cuando se trata de tráfico masivo de bienes y servicios (para el cual se utilizan con gran frecuencia cláusulas generales), la accesibilidad está íntimamente vinculada al tema de la *publicidad*, del que se tratará al comentar el segundo párrafo del artículo 1397.

La *inteligibilidad* importa no sólo la necesaria lectura o escucha de las cláusulas generales (que estén escritas con letra legible o habladas con claridad) sino también, y muy especialmente, la comprensión de las mismas. De nada vale que los no-predisponentes tengan acceso a las cláusulas generales si la redacción de ellas es confusa o hecha en términos tan técnicos que no permiten captar su verdadero sentido, tomando en consideracion los conocimientos del sector a que pertenecen las personas a las que se propone la celebración de contratos con arreglo a tales cláu

sulas. Por ejemplo, si se propone un seguro colectivo de abogados, la redacción con técnica jurídica es admisible, no así si el seguro es ofrecido al gremio médico o al gran público.

BIANCA[9] sostiene, en mi opinión con razón, que si el texto es inteligible en relación a la práctica del sector, pero resulta ambiguo la cláusula tiene efecto según el significado más favorable al adherente, por aplicación del artículo 1370 del Código civil italiano, que es equivalente a nuestro artículo 1401.

Carga de diligencia.-

Cumplida por parte del predisponente su carga de conocibilidad, entra en juego la contrapartida a cargo del no-predisponente, que es la carga de diligencia. Como se ha visto, el artículo 1397 del Código civil dispone la incorporación de las cláusulas generales a la oferta del contrato cuando la contraparte haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria.

Se ha comentado anteriormente que el Código civil italiano no gira alrededor de la posibilidad de conocimiento, como lo hace el nuestro, sino alrededor del deber de conocimiento, lo cual ha originado un sinnúmero de elucubraciones respecto a los alcances de este deber. Felizmente la fórmula peruana nos evita entrar en estos debates, pues según ella la incorporación se produce si la contraparte simplemente ha podido conocer las cláusulas generales.

Esta posibilidad de conocimiento está matizada por el uso de una diligencia ordinaria, de tal manera que, una vez que la contraparte se encuentra en aptitud, por obra del predisponente, de tener acceso a las cláusulas generales, debe poner su empeño en conocerlas.

Hay que advertir que si bien la labor del predisponente se supone que ha facilitado el cumplimiento de la carga de diligencia impuesta a la contraparte, no por ello ésta puede tomar una actitud pasiva y ponerse a la espera que llegue a tener acceso a las cláusulas generales, sino que este último paso es de su exclusiva

responsabilidad. Por ejemplo, si el predisponente ha manifestado a la contraparte que las cláusulas generales están a su disposición en sus oficinas, corresponde a la contraparte acudir a estas oficinas y disponer del tiempo necesario para estudiar las cláusulas hasta conocerlas a cabalidad, sacrificando otras actividades que no sean de inexcusable ejecución.

Debe tenerse presente que quien accede a contratar a base de cláusulas generales de contratación asume legalmente, por este hecho, un deber especial, que no es exigible en otras modalidades de contratación, de procurar conocer dichas cláusulas(*).

El artículo 1397 del Código civil peruano, a semejanza del artículo 1341 del Código civil italiano, señala que la contraparte debe usar de una diligencia ordinaria. La doctrina italiana no ha tenido dificultad alguna para afirmar que esta diligencia es la del buen padre de familia, por cuanto el artículo 1176 de su Código civil dispone que al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia, aunque el segundo párrafo del mismo artículo indica que en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada.

Nosotros no tenemos una norma tan precisa, de tal manera que es necesario emplear una mayor elaboración.

Al tratar sobre la inejecución de las obligaciones, el artículo 1320 del Código civil indica que actúa con culpa leve quien omite

---

(*) Refiriéndose al fenómeno común de las gentes que no prestan diligente atención a las cláusulas del contrato y se interesan sobre todo en la calidad del bien, en el precio y en las condiciones de pago, dice LANDO[10] lo siguiente:

"No todos estamos dispuestos a admitir que el débil y el inadvertido deban ser tutelados respecto al fuerte y al bien informado. Es todavía objeto de discusión si existe razón de proteger al imprudente y al optimista desde que ellos han debido leer el contrato y evaluar las consecuencias. Su desventura, se ha dicho, deriva de su comportamiento y no hay necesidad de prestar ayuda a un contratante que habría podido mostrar mayor cuidado o prudencia".

aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En la Exposición de Motivos de este artículo[11] se expresa que las situaciones de hecho son siempre distintas y que ello origina una singular diferencia para apreciarlas con una idea abstracta y genérica como -por ejemplo- la del "buen padre de familia" o la del "comerciante honesto y leal", ya que lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado deudor ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana.

Empero, debe tenerse presente que usualmente el empleo de cláusulas generales de contratación se hace en el tráfico masivo de bienes y servicios, donde no es posible apreciar la situación particular de cada contraparte, de tal manera que entorpecería irrazonablemente dicho tráfico si hubiera que analizar caso por caso la posibilidad de conocimiento de las cláusulas generales.

Si una de las acepciones de la palabra "ordinario" es que no tiene grado o distinción en su línea, resulta adecuado aplicar esta acepción al caso de una diligencia exigible en una contratación que se caracteriza precisamente por ser celebrada con arreglo a cláusulas redactadas en forma general y abstracta, o sea que se aplican sin distinción de las personas, para lograr la fluidez de esa contratación.

Es razonable, por ello, la posición de BIANCA[12] para quien la medida de la diligencia ordinaria debe entenderse referida a un criterio de *normalidad*, atendiendo a lo que es normal para la masa de los adherentes en relación al tipo de operación económica, agregando que la aplicación de este criterio excluye que pueda requerirse al adherente un particular esfuerzo o una particular competencia para conocer las cláusulas generales usadas por el predisponente.

Siguiendo esta línea de pensamiento, RIZZO[13] opina que no se trata de hacer conocibles las cláusulas generales a un contratante singular sino bien sea a todos los destinatarios o bien a un

tipo o categoría de ellos, por lo que en este último caso debe asumirse como modelo el "ciudadano dotado de experiencia y sagacidad en los negocios en medida típica", dando a entender que el modelo del buen padre de familia puede asumir un carácter relativo que exija de vez en vez un diverso esfuerzo de diligencia de acuerdo con la situación típica de los destinatarios.

Debe tenerse presente que el artículo 1397 exige a la contraparte una diligencia *ordinaria*, o sea sin excesivo esfuerzo, pero, por otro lado, para que se produzca la violación de la *carga de diligencia* bastará precisamente que dicha contraparte incurra en culpa leve (con mayor razón si incurre en culpa grave o dolo)[14].

Cabe llegar como conclusión de este rubro a que el juego armonioso de la carga de *conocibilidad* que pesa sobre el predisponente y la *carga de diligencia* impuesta a la contraparte determina una distribución equitativa de los esfuerzos de uno y otro para permitir que el contrato con arreglo a cláusulas generales de contratación sea un instrumento eficaz al servicio de ambos para lograr la fluidez del tráfico masivo de bienes y servicios.

Repito que esto es lo importante. Si bien la protección del contratante débil debe constituir una preocupación del legislador, tal protección no debe llegar al extremo de poner obstáculos a la contratación. Por el contrario, debe exigirse la contribución de ambas partes (el empresario y el consumidor), aún a costa de sendos sacrificios, para hacer que la contratación con arreglo a cláusulas generales sea, en realidad, una solución idónea a los graves problemas, tanto prácticos como jurídicos, que ha creado un fenómeno nuevo, imprevisto hace unos años, como es la generalización y abstracción del tráfico, donde ha aparecido un personaje inesperado que es el público, considerado como un conjunto de personas con necesidades comunes que hay que satisfacer con una celeridad cada vez más grande.

5).- PRESUNCION DE CONOCIMIENTO DE LAS CLAUSULAS GENERALES.

El segundo párrafo del artículo 1397 del Código civil dispone

que se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Presunción de conocimiento.-

Obsérvese que este artículo establece una presunción de que la contraparte ha conocido las cláusulas generales y no de que ha podido conocerlas. Se coloca, por lo tanto, en el primer supuesto del primer párrafo del artículo, o sea que la incorporación de las cláusulas a la oferta se produce por el hecho del conocimiento de las cláusulas.

No cabría, pues, que la contraparte, sin destruir la presunción, adujera que pese a haber usado una diligencia ordinaria no había podido conocer las cláusulas generales que han sido publicadas. Todo lo que podría hacer es impugnar el medio de publicidad por inadecuado para que las cláusulas lleguen a conocimiento del público, pero de no ser así el sólo hecho de la publicación determina que las cláusulas generales se presuman conocidas por la contraparte.

Naturaleza de la presunción.-

La Exposición de Motivos del artículo 1397[15] indica que la presunción establecida en el segundo párrafo de dicho artículo es *"jure et de jure"*, pues el hecho de la divulgación así lo impone.

Lamento no poder estar de acuerdo con tal afirmación.

Ante todo, en puridad de principio, las presunciones legales *iuris et de iure* o absolutas no se admiten en el Derecho moderno, por considerarse que no son sino disposiciones legales, o sea auténticas normas jurídicas, enmarcadas bajo la forma de presunciones. Son, en realidad, ficciones legales[16].

Empero, aun admitiendo la antigua distinción entre presuncio-

nes *iuris et de iure* (que no admiten prueba en contrario) y presunciones *iuris tantum* (que pueden destruirse mediante prueba en contrario), debe tenerse presente que todas las presunciones legales deben considerarse *iuris tantum*, salvo que la propia ley indique que la prueba en contrario está prohibida, u otra fórmula similar. La presunción *iuris tantum* es, pues, la regla y la presunción *iuris et de iure* es la excepción, de tal manera que para que entre en juego el carácter excepcional de esta última es preciso que la norma jurídica destaque, en su texto, tal carácter.

En el caso que nos ocupa, el artículo 1397 del Código civil se limita a establecer una presunción de conocimiento, sin agregar frase alguna que permita inferir que es inadmisible la prueba en contrario, por lo cual debemos pensar que nos encontramos frente a la regla general (presunción *iuris tantum*) y no ante la excepción (presunción *iuris et de iure*).

Por lo demás, responde al sentido del artículo que si, pese a la adecuada publicidad dada por el predisponente a sus cláusulas generales de contratación, el cliente acredita que no pudo conocerlas (estadía en el extranjero, enfermedad, etc.), dichas cláusulas no se incorporan a la oferta de su contrato particular. No debe olvidarse que nos encontramos frente a cláusulas generales no aprobadas administrativamente, para las cuales rige la regla de que el conocimiento determina la incorporación.

Modo de funcionar la presunción.-

La norma en comentario dice que la presunción funciona cuando las cláusulas generales han sido puestas en conocimiento del *público* mediante adecuada publicidad.

Cuando se habla de público hay que entender el tipo de público que debe tomar conocimiento de ellas. Así, en el caso de cláusulas generales destinadas a incorporarse a ofertas de contratos particulares a celebrarse con miembros de una determinada profesión, bastará su publicación en una revista profesional muy difundida en el medio, o de documentos exhibidos en los respec-

tivos colegios profesionales, siempre, desde luego, que se informe públicamente esta situación. En cambio, tratándose de cláusulas destinadas al público en general, como, por ejemplo, la provisión de bienes en una cadena de supermercados o en un gran almacén de ventas al por menor, la publicidad debe llegar a ese público a través de un medio adecuado, tal como un diario de gran circulación o un canal de televisión de considerable audiencia.

La doctrina[17] ha estudiado este tema y considera que la publicidad puede consistir, según la clase de operaciones, en manifestación de las cláusulas en locales accesibles a todos los posibles clientes o donde se celebran los contratos, profusa difusión de opúsculos o prospectos que reproduzcan el contenido, inclusión del texto en periódicos y, en general, medios similares que cumplan el propósito de la ley.

Desde luego, el predisponente es responsable de la falta de idoneidad del medio de publicidad empleado para servir a la difusión del conocimiento de las cláusulas generales, entendiéndose que la carga de la prueba de la idoneidad corresponde a él. La presunción establecida en el segundo párrafo del artículo 1397 no funcionará si el medio empleado es inadecuado para tal fin.

6).- EFECTO DEL CONOCIMIENTO DE LAS CLAUSULAS.-

En los tres casos contemplados por el artículo 1397, o sea el conocimiento efectivo de las cláusulas, la posibilidad de conocimiento usando de una diligencia ordinaria o el funcionamiento de la presunción de conocimiento en caso de publicidad, el efecto es el mismo: la incorporación de las cláusulas generales a la oferta de cada contrato particular que se celebre con arreglo a ellas.

Surge el problema de establecer cómo se produce esta incorporación.

Aun cuando el Código civil no lo diga explícitamente, pienso que la incorporación, al igual que cuando se trata de cláusulas generales aprobadas por la autoridad administrativa, es automáti-

ca, de tal manera que basta que se produzca cualquiera de las tres indicadas situaciones para que la oferta contenga las cláusulas, sin necesidad de una declaración expresa del predisponente o de la contraparte.

Desde luego, la oferta así conformada requiere de aceptación para que se concluya el contrato.

Para que el conocimiento de las cláusulas generales produzca el indicado efecto se requiere que exista en el momento de la aceptación de la oferta. Como dice MESSINEO[18], si la contraparte las ha conocido *antes*, mejor; pero si las ha conocido *después* de la conclusión del contrato, no son vinculatorias para ella. Agrega que también la ignorancia culposa de las cláusulas generales debe existir en el *momento de la conclusión del contrato*; a la contraparte *no le beneficia la ignorancia anterior*, así como *no le perjudica* el haber ignorado *después* de la conclusión del contrato.

7).- IMPOSIBILIDAD DE CONOCIMIENTO.-

A la doctrina italiana le preocupa mucho la situación de las cláusulas generales que no han podido ser conocidas por la contraparte. Esta preocupación obedece a que según el artículo 1341 de su Código civil el conocimiento de las cláusulas generales por la contraparte determina su eficacia, de lo que hay que inferir que si las cláusulas no han sido conocidas ni conocibles por la contraparte, deben ser consideradas (las cláusulas mismas) ineficaces.

Se discute, entonces, si dichas cláusulas son nulas (posición de MIRABELLI[19]) o simplemente el juez debe dejar de aplicarlas, pudiendo la contraparte aceptarlas, si lo quiere (posición de BIANCA[20]).

Este problema no se presenta en nuestro Derecho, pues las cláusulas generales existen desde que son redactadas por el predisponente, y simplemente no se incorporan a la oferta de un determinado contrato si la contraparte no las conoce o no ha podido conocerlas. Siguen existiendo y conservan su aptitud para

incorporarse a las ofertas de otros contratos. No se trata, pues, de una cuestión de ineficacia o nulidad.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1397:

(1) NAPOLI, Emilio Vito, "Le condizioni generali de contratto nella giurisprudenza" en "Le condizioni generali di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A. Giuffré, Editore, Milano, 1981, tomo II, pág. 19.

(2) SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 151.

(3) BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, pág. 193.

(4) MOLLE, Giacomo, "I contratto bancari", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1975, pág. 45.

(5) SANTOS BRIZ, Jaime, op. cit., pág. 152. (2)

(6) GARRIGUES, Joaquín, "Curso de Derecho mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, Tomo I, pág. 126.

(7) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 138.

(8) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffré, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 432.

(9) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 346.

(10) LANDO, Ole, "Le clausole contrattuali ingiuste nel Diritto dei paesi nordice" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo II, pág. 261. (1)

(11) "Código civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo V, pág. 447.

(12) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 345. (9)

(13) RIZZO, Vito, "Condizioni generali del contratto e predisppposiziones normativa", Edizione Scientifiche Italiana, Ercolano, 1983, pág. 54.

(14) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 440. (8)

(15) "Código civil: Exposición de Motivos y Comentarios", obra compilada por Delia REVOREDO de DEBAKEY, op. cit., Tomo VI, pág. 59.

(16) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" dirigido por Manuel ALBALADEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, Tomo XVI, Volumen II, pág. 616.

(17) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 433. (8)

(18) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 444.

(19) MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 140. (7)

(20) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 346. (9)

Artículo 1398.- *En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Alcances del artículo 1398.
3.- El problema de las cláusulas "vejatorias".
4.- Enumeración de las cláusulas vejatorias.
5.- Carácter de la relación del artículo 1398.
6.- Posibilidad de la interpretación extensiva.
7.- Invalidez de las cláusulas vejatorias.
8.- Otras cláusulas vejatorias posibles.
9.- Criterios de cláusulas vejatorias.
10.- Solución más conveniente.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

Como se ha visto en el comentario del artículo 1397 del Código civil, el artículo 68 de la Ponencia original, inspirándose en el artículo 1341 del Código civil italiano, decía así:

> **Artículo 68.-** Las condiciones generales de contratación se reputan conocidas por el interesado. Empero y salvo que hayan sido aprobadas por escrito no tendrán efecto a favor del

que las ha impuesto, las limitaciones de responsabilidad, la facultad de rescindir el contrato o suspender su ejecución, la facultad de oponer excepciones con terceros y las demás que señale la ley.

Este texto se conservó en el artículo 69 de la primera Ponencia sustitutoria, no así en la segunda Ponencia sustitutoria, cuyo artículo 73 tuvo la siguiente redacción:

Artículo 73.- En los casos de los artículos 70 y 71 no tendrán efecto, si no fuesen aprobadas expresamente, las estipulaciones generales de contratación que establezcan en favor de quien las ha redactado limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo de la contraparte caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial.

Una redacción casi igual (corrigiendo la referencia) tuvo el artículo 39 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En la Exposición de Motivos de este último artículo se dice que él contempla situaciones que pueden producir severas consecuencias y que por ello no son admisibles en tanto no hayan sido autorizadas.

El artículo 1413 del primer Proyecto contiene una modificación en cuanto a su referencia a los contratos por adhesión y a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente. El artículo 1363 del segundo Proyecto tiene el mismo texto que el artículo 1398 del Código civil.

2).- ALCANCES DEL ARTICULO 1398.-

De la redacción de este artículo se desprende que él es aplicable a los contratos celebrados por adhesión y a las cláu-

sulas generales de contratación no *aprobadas* administrativamente, lo que lleva a pensar que esta falta de aprobación sólo se refiere a las cláusulas generales de contratación y no a los contratos celebrados por adhesión.

Según se ha visto en el comentario del artículo 1394 del Código civil, suele ocurrir que en un contrato ofertado para ser celebrado con arreglo a cláusulas generales de contratación el predisponente coloca al destinatario de la oferta en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente no sólo las cláusulas generales, como es pertinente, sino también los elementos propios del contrato, con lo cual éste se convierte técnicamente en un contrato por adhesión.

Pienso que el artículo 1398, para ser adecuadamente eficaz, hay que entenderlo en el sentido que se refiere también a estos contratos que se convierten en contratos por adhesión, o sea que para ellos vale la referencia a la no aprobación administrativa. Podría darse el caso que algunos de ellos fueran aprobados administrativamente, caso en el cual no estarían comprendidos en el artículo 1398.

3).- EL PROBLEMA DE LAS CLAUSULAS "VEJATORIAS".-

En 1948 sostuvo MESSINEO[1] que las cláusulas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1341 del Código civil italiano, que corresponde a nuestro artículo 1398, pueden ser llamadas *vejatorias* porque están dirigidas a mantener a la contraparte en condiciones de inferioridad jurídica o, peor, a agravar esta inferioridad.

El mismo autor reconoce posteriormente (1968) que esta calificación hizo cierta fortuna, entrando en el uso corriente, pero que ha sido objetada por cuanto parte de un preconcepto, según el cual los artículos 1341 y 1342 del Código civil italiano disciplinan el contrato por adhesión y tienen por finalidad proteger el contratante "débil" contra la prepotencia del contratante "fuerte", siendo así que, aparte del primer párrafo del artículo 1341, del

tenor de esas normas resulta que la finalidad efectivamente perseguida es que el carácter vejatorio de aquellas cláusulas es en el sentido que desfavorece a la contraparte, también si se hace abstracción de la dicotomía de contraparte "fuerte" y "débil". Sea como fuere, la locución cláusula "onerosa" (que se ha propuesto introducir en sustitución) no dice cosa muy distinta: en el sentido que da realce igualmente a aquella disparidad de situaciones entre las partes. Por esta razón, dicho autor considera que puede acogerse la calificación de "subrepticia" atribuída a la cláusula en examen.

Lo cierto es que la calificación de "vejatoria" ha tenido tal fortuna que autores tan modernos como MOLLE (1966), AULETTA (1979) y BIANCA (1984) la continúan utilizando para calificar las cláusulas generales que agravan la posición del adherente respecto a la disciplina legal del contrato.

Es verdad que existe una reciente tendencia doctrinal, seguida por MALINVAUD (1979), LANDO (1979), BRICKS (1982), STIGLITZ (1985), REZZONICO (1987), GHESTIN (1988), entre otros, que se inclinan por darles la denominación de cláusulas "abusivas". Ha quedado perfectamente aclarado[2] que la fórmula "cláusula abusiva" no se refiere a la teoría del abuso del derecho, sino que debe ser interpretada como cláusula *excesiva*, *demasiado onerosa*, que reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro.

En Suecia se reemplazó el término "abusivo" por el vocablo "excesivo", dado que, desde un punto de vista lingüístico, es menos fuerte[3].

Sin embargo, dada la difusión de su uso, voy a continuar intitulándolas cláusulas "vejatorias", sin desconocer la propiedad de las otras denominaciones, especialmente la última.

En síntesis, puede decirse que son *vejatorias*, en el contexto de este comentario, las cláusulas generales de contratación que alteran, en ventaja del predisponente, el equilibrio entre los derechos y obligaciones contractuales de las partes.

La Ley francesa de 10 de enero de 1978 considera dos criterios que deben jugar acumulativamente: *el abuso del poder económico y la ventaja excesiva de una de las partes.* Pienso que una cláusula puede ser vejatoria aun cuando no exista abuso del poderío económico del predisponente sino únicamente inexperiencia de la contraparte.

El que una cláusula sea vejatoria no implica necesariamente que sea ilícita, ya que, como dicen los STIGLITZ[4], no se trata de expresiones intercambiables. Por ejemplo, la exclusión o limitación de responsabilidad por culpa leve no es una cláusula ilícita, aunque sea vejatoria para el régimen legal peruano.

4).- ENUMERACION DE LAS CLAUSULAS VEJATORIAS.-

El artículo 1398 del Código civil hace una relación de las estipulaciones que son inválidas por establecer determinados derechos a favor de quien las ha redactado.

Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.-

De conformidad con el artículo 1321 del Código civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El artículo 1328 del mismo Código establece que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga. También es nulo cualquier pacto de exoneración o limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

Dado que las cláusulas generales de contratación se convierten en normas contractuales cuando es aceptada la oferta de cada uno de los contratos particulares celebrados con arreglo a ellas,

es obvio que la nulidad declarada por el artículo 1328 es aplicable a dichas cláusulas.

En tal sentido, la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente innecesaria.

El último párrafo del referido artículo 1321 dispone que si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Es la exoneración o limitación de esta responsabilidad, que sí se permite pactar en los contratos paritarios, la que está sancionada con invalidez por el artículo 1398. Ello se explica por cuanto los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación están sujetos, en lo que se refiere a las obligaciones del predisponente, a un régimen más estricto que los contratos paritarios.

Entiendo que las obligaciones de saneamiento y la garantía de buen funcionamiento del bien transferido dan lugar, en el régimen peruano, a responsabilidad por parte del transferente, por lo cual podría pensarse que tales obligaciones y garantía, que normalmente es posible restringir o suprimir (artículo 1489 del Código civil), están comprendidas en la responsabilidad de que habla el artículo 1398. Sin embargo, si se tiene en cuenta que tal posibilidad significa, en realidad, una facultad que legalmente se otorga a los contratantes, no será consecuente que el ejercicio de tal facultad pueda ser considerado vejatorio, excepto cuando se trata de contratos onerosos.

Asimismo, no resulta vejatoria, en sentido estricto, para los efectos del artículo 1398, la cláusula que aumentara la responsabilidad de la contraparte por inejecución de sus obligaciones debido a dolo, culpa inexcusable o culpa leve. Este tema será tratado con más profundidad al estudiar la posibilidad de la interpretación analógica o de la extensiva.

Suspensión de la ejecución del contrato.-

Tal como dice BIANCA[5], la vejatoriedad de la cláusula debe encontrarse cuando el predisponente se atribuye una facultad de suspensión que por ley no le compete.

No sería, por lo tanto, vejatoria la cláusula general de contratación que estipulara que el predisponente, en el caso de un contrato con prestaciones recíprocas en que éstas deban cumplirse simultáneamente, puede suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento.

Este es un derecho que legítimamente corresponde a todo contratante de conformidad con el artículo 1426 del Código civil, de tal manera que mal podría considerarse vejatorio el legítimo ejercicio de este derecho.

En cambio, si el predisponente se atribuye la potestad de suspender la ejecución de un contrato de prestaciones autónomas —en el cual no funciona la excepción de incumplimiento— si la otra parte no cumple la prestación a su cargo, esta estipulación sería inválida en un contrato celebrado por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

Sería igualmente inválida la estipulación que autorizara al predisponente a suspender la ejecución de un contrato a su solo arbitrio o por una causal diferente al incumplimiento de la contraparte.

El mismo BIANCA[6] sostiene, en mi opinión con razón, que debe considerarse que la vejatoriedad no queda excluída por el hecho que igual facultad de suspensión se establezca en favor de la contraparte. En efecto, no sólo la igualdad de las situaciones es más aparente que real, sino que, y esto es lo que más cuenta, se trata siempre de una cláusula que establece a favor del predisponente una facultad de suspensión fuera de las previsiones legales.

Rescisión y resolución del contrato.-

Los artículos 1370 y 1371 del Código civil regulan, respectivamente, la rescisión y la resolución del contrato, aunque en este último caso es más propio decir la resolución de la relación jurídica creada por el contrato. El artículo 1372 explica cuáles son los efectos de ambas figuras.

La ley contempla los casos en que se autoriza la rescisión y la resolución del contrato. Así, por ejemplo, procede la acción de rescisión por lesión y la acción de resolución por excesiva onerosidad de la prestación o por saneamiento por vicios ocultos.

En todos estos casos, por la misma razón expuesta al tratar sobre la suspensión de la ejecución del contrato, no puede ser considerada como vejatoria la cláusula general que permite al predisponente ejercitar las respectivas acciones de rescisión o de resolución cuando se presentan los supuestos legales que las autorizan.

Especialmente en lo que respecta a la cláusula resolutoria expresa, un sector muy importante de la doctrina (AULETTA[7], DE NOVA[8], BIANCA[9]) considera que es eficaz la cláusula general que permite convenir que el contrato se resuelva cuando la contraparte no cumple determinada prestación, establecida con toda precisión.

Pienso que este pronunciamiento es aplicable también a la cláusula general que permita al predisponente ejercitar la acción de resolución por incumplimiento a que se refiere el artículo 1428 del Código civil.

Es evidente que la prohibición de establecer en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente facultades de resolver el contrato está dirigida a evitar que el predisponente pueda arbitrariamente resolver el contrato por razones que normalmente no darían lugar a tal resolución, por lo cual no debe referirse a la resolución por incumplimiento (tanto en vía de acción como por razón del pacto comisorio expreso), que es un derecho legítimo de todo contratante.

Desde luego, sería vejatoria la cláusula general que permitiera al predisponente resolver el contrato por incumplimiento cuando no se tratara de un contrato con prestaciones recíprocas o cuando la resolución no se deba a incumplimiento de la contraparte.

Prohibición de oponer excepciones.-

En términos generales, se considera vejatoria toda cláusula que no permite a la contraparte interponer excepciones en el plano procesal.

Empero, es particulamente interesante la problemática relacionada con la cláusula general de contratación que subordina el derecho de la contraparte a oponer excepciones al previo cumplimiento de la prestación a su cargo, conocida como cláusula "*solve et repete*", o al cumplimiento de cualquier otro acto sustancial. La opinión más difundida es que tal cláusula general es considerada vejatoria. AULETTA[10] nos informa que la jurisprudencia italiana se encuentra definitivamente fijada en ese sentido.

Prórroga o renovación tácita del contrato.-

Dada la redacción de esta parte del artículo 1398 del Código civil (se encuentra entre punto y comas la frase "de prohibir a la otra el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato") podría pensarse que es vejatoria la cláusula general que prohibe a la contraparte la prórroga o renovación tácita del contrato, cuando en realidad lo que no es válido es pactar dichas prórroga y renovación. Ello se desprende claramente del texto del artículo 1341 del Código civil italiano, que ha servido de modelo al citado artículo 1398, pues allí no se menciona la prohibición a la contraparte.

En efecto, lo que se busca es que el predisponente no pueda estipular la automática prórroga o renovación del contrato a falta de una expresa denuncia. Se ha considerado[11] que es igual-

mente vejatoria la cláusula general que amplia la previsión legislativa de la prórroga o renovación tácita, imponiendo, por ejemplo, un plazo más largo de preaviso o una determinada forma al acto de denuncia.

Según AULETTA[12], después de una incertidumbre inicial, se ha considerado vejatoria la cláusula de renovación tácita aun cuando se establezca frente a las dos partes pues, como se ha visto anteriormente, la circunstancia de que la cláusula general pueda favorecer a la contraparte no quita que se trata siempre de una cláusula que el predisponente redacta a su propio favor.

BIANCA[13] considera que es igualmente vejatoria la cláusula que reserva al predisponente la facultad de prorrogar o renovar el contrato.

Fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje.-

De conformidad con el artículo 1909 del Código civil, por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente.

Según el artículo 1906 del mismo Código, las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral.

Se considera[14] que la cláusula general que estipula una cláusula compromisoria o un compromiso arbitral es vejatoria por cuanto generalmente recurre a ella el predisponente para asegurarse una posición de ventaja frente a la contraparte, bien sea por situar la controversia en el lugar donde tiene su sede el predisponente o bien para agilizar la solución de la controversia.

BERLIOZ[15] sostiene que por la simple estipulación de una cláusula de arbitraje el estipulante busca imponer un derecho corporativo que no ha sido libremente elegido por el adherente, por

lo cual el control del consentimiento a las cláusulas de arbitraje debe ser particularmente severo. Agrega que "esta actitud no traduce una hostilidad con relación al arbitraje, sino el deseo que no se cometan abusos que lo desacrediten" y cita una jurisprudencia francesa según la cual "el efecto derogatorio de la competencia judicial de una cláusula compromisoria impone que las partes sólo están ligadas por esta cláusula cuando ellas se consideran inequívocamente comprometidas, en caso de litigio, a recurrir al arbitraje".

5).- CARACTER DE LA RELACION DEL ARTICULO 1398.-

Existe discrepancia de criterios en cuanto al carácter que tiene la relación de cláusulas vejatorias en las diferentes legislaciones, esto es si se trata de una relación taxativa o de una indicativa.

Por ejemplo, refiriéndose a la Ley israelita, D'AMBROSIO[16] considera que la relación contenida en el artículo 15 tiene carácter taxativo, mientras que los STIGLITZ[17] entienden que se trata de un enunciado no clauso.

Con relación a la Ley alemana, SCHLOSSER[18] opina que el catálogo de cláusulas ineficaces contenido en los numerales 10 y 11 es sólo ejemplificativo y no clauso.

En lo que atañe a la Ley española, los STIGLITZ estiman que el enunciado de clásulas abusivas contenido en el artículo 10 de la Ley es ejemplificativo.

Dada la fuente del artículo 1398 de nuestro Código civil, interesa sobremanera conocer cuál es el carácter de la enumeración que figura en el artículo 1341 del Código civil de Italia.

La posición de la doctrina italiana no es pacífica. Por un lado, MICCIO[19] expresa que la opinión prevalente (cita a GIORDANO y a GENOVESE) es en el sentido que el elenco no tiene carácter taxativo sino solamente indicativo, aunque dicho autor está incierto en seguir tal enseñanza no sólo por la excepcionalidad de la

norma sino también porque el área amplia de gran parte de las hipótesis previstas en el artículo mal se presta a revestir aquel carácter indicativo que se le quiere atribuir.

AULETTA[20] dice que el artículo en referencia no enuncia el concepto de cláusula vejatoria pero indica determinadas cláusulas mediante un detallado elenco cuya taxatividad es objeto de discusión. Refiriéndose a la jurisprudencia, admite que ella es constante en negar la extensión del elenco previsto, mediante analogía, sobre el presupuesto que las disposiciones en materia de cláusulas generales ponen límites al principio general de tutela de la autonomía privada.

DE NOVA[21], MESSINEO[22], ASCARELLI[23] y MOLLE[24], por su parte, consideran que el elenco es taxativo.

Dado que el artículo 1398 del Código civil peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código civil italiano, o sea hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa.

Además, el citado artículo 1398, al establecer que no son válidas determinadas estipulaciones de los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, constituye una norma de excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato. En estas condiciones, como el artículo IV del Título Preliminar de dicho Código dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, el elenco de cláusulas vejatorias contenido en el artículo 1398, dado su carácter excepcional, no es susceptible de aplicación analógica.

Es sabido que la previsión del legislador se ve generalmente superada por el ingenio del hombre y el progreso del tráfico. Constantemente surgen nuevas relaciones contractuales, con características propias, que determinan, a su vez, nuevos desequilibrios en las relaciones entre las partes. Por otro lado, situacio-

nes diversas a las contempladas en el artículo 1398 del Código civil pueden tener consecuencias similares a las allí previstas. La rígidez del sistema adoptado por dicho artículo no permite dar cabida a estos sucesos en el régimen de las cláusulas vejatorias, haciendo perder eficacia a su efecto protector.

Quizá para conjurar este peligro el artículo 33 del Proyecto de Ley General de Protección al Consumidor dispone que como excepción a lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar del Código civil, el artículo 1398 del Código civil podrá ser aplicado por analogía a situaciones no previstas en dicho artículo.

6).- POSIBILIDAD DE INTERPRETACION EXTENSIVA.-

Se acaba de ver que el artículo 1398 del Código civil no permite actualmente, por ser una norma de excepción, su aplicación por analogía a otras situaciones similares.

Sin embargo, el hecho de que el citado artículo no sea susceptible de aplicación analógica a cláusulas distintas de las expresadas en él, no excluye su aplicación por interpretación extensiva. En efecto, tal como dice ALBALADEJO[25], es falso que el Derecho excepcional no sea *interpretable extensivamente*, ya que la interpretación extensiva sólo muestra que el verdadero espíritu del precepto —que es el que debe prevalecer— es más amplio de lo que parecía. Agrega el mismo autor que lo que realmente se debe querer significar con la expresión "ser de interpretación extensiva" es que, en caso de duda o inseguridad no se dé una interpretación estricta a normas en las que, por ser "favorables", tal interpretación perjudicaría los intereses que las normas en cuestión tutelan. "Con otras palabras más breves, ser una norma de interpretación *amplia* es frase que debe ser tomada como queriendo decir que se ha de buscar, desde luego, su verdadero espíritu, pero de tal forma que lo dudoso se tienda a resolver incluyéndolo".

Se sostiene[26] que una manera de determinar el concepto de analogía es recurrir a la interpretación extensiva de la ley, agre-

gándose que el criterio para diferenciar con precisión la interpretación extensiva de la aplicación analógica es meramente cuantitativo. Sin embargo, en la aplicación analógica se *extiende* la eficacia de una disposición a casos en que *en razón de su especie* no entrarían en el ámbito de la misma disposición, sino que se transportan a ella por *analogía*[27], mientras que en la interpretación extensiva ella "no sale del propio precepto legal interpretado para resolver el caso concreto, comprendido en su contenido normativo, en su espíritu, ya que no en su letra"[28]. Hay que admitir, pues, una diferencia cualitativa y no simplemente cuantitativa.

Refiriéndose a las cláusulas generales de contratación, dice AULETTA[29] que la jurisprudencia italiana precisa que la admisibilidad de la interpretación extensiva no trae como consecuencia que el elenco de las cláusulas vejatorias deba considerarse ejemplificativo y no taxativo. Agrega que la misma jurisprudencia admite que la interpretación extensiva es posible "cuando la cláusula no expresamente prevista participa de la misma *ratio* de aquella codificada, en el sentido de actuar como una derogación a la norma predispuesta para la tutela de la parte no-predisponente".

Supóngase una cláusula general que aumentara la responsabilidad de la contraparte por inejecución de sus obligaciones. Como se ha visto anteriormente (supra, Tomo III, pág. 203), esta cláusula no resulta vejatoria, en sentido estricto, para los efectos del artículo 1398. Sin embargo, no cabe duda que participa de la misma *ratio* que la estipulación que establece una limitación de la responsabilidad del predisponente, pues en ambos casos se busca, en materia de responsabilidad, colocar a la parte que no redactó la estipulación en una situación de desventaja con relación a la parte que sí la redactó. Pienso que, por interpretación extensiva, tal cláusula no sería válida.

7).- INVALIDEZ DE LAS CLAUSULAS VEJATORIAS.-

La sanción que establece el artículo 1398 del Código civil a las cláusulas vejatorias es la invalidez.

En una nota a pie de la página 98 del Tomo I, a la cual me remito, manifesté que según la teoría del acto jurídico adoptada por el Código civil peruano la invalidez legal (establecida por la ley) no está sancionada, de por sí, con la nulidad ni con la anulación, lo que determina, por las razones expresadas en esa nota, que el acto declarado inválido es, en realidad, ineficaz(*).

La ineficacia determina que los actos no produzcan los efectos jurídicos que le son propios. Como las cláusulas generales de contratación están destinadas a incorporarse a las ofertas de los contratos particulares que se celebren con arreglo a ellas, la ineficacia de las cláusulas generales vejatorias da lugar a que dichas cláusulas no se incorporen a ninguna de dichas ofertas. Consecuentemente, cuando se celebren los contratos particulares por razón de la aceptación de las ofertas, las cláusulas vejatorias no formarán parte de ellos.

8).- OTRAS CLAUSULAS VEJATORIAS POSIBLES.-

La legislación extranjera (Israel, República Federal Alemana, Francia, España, principalmente) y la doctrina consideran otras cláusulas vejatorias, además de las consignadas en el artículo 1398 del Código civil peruano que se acaban de examinar en el rubro 4) que precede.

Entre estas cláusulas vejatorias adicionales pueden mencionarse las siguientes, todas ellas en beneficio del predisponente:

Derogación de competencia jurisdiccional;

(*) Es cierto que en el comentario al artículo 1403 del Código civil (infra, Tomo III, pág. 331) planteo una solución al problema de las nulidades en dicho Código, pero tal solución sólo podrá ser aplicada cuando sea admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Entretanto, la contrariedad de una declaración de voluntad a las normas imperativas que no interesan al orden público sólo acarrea la ineficacia de tal declaración.

- *Elección de ley aplicable;*

- *Decadencia de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico;*

- *Reserva de propiedad en ventas a plazos;*

- *Tácita reconducción del contrato por periodos largos;*

- *Renuncia al derecho de saneamiento por vicios ocultos;*

- *Renuncia al derecho de saneamiento por evicción;*

- *Estipulación de cláusulas penales;*

- *Restricciones a la libertad contractual en relaciones con terceros;*

- *Exclusión y limitación de garantías.*

9).- CRITERIOS DE CLAUSULAS VEJATORIAS.-

Tal como se ha indicado anteriormente en el comentario del artículo 1392 (supra, Tomo III, pág. 66), las cláusulas vejatorias pueden bien sea actuar *a beneficio* del predisponente, o bien *a cargo* de la contraparte.

Siguiendo a MESSINEO[30], pero aplicando sus juicios a la relación contenida en el artículo 1398 del Código civil peruano, puede decirse que son cláusulas *vejatorias a favor* del predisponente: las exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; y las facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo. Son cláusulas *a cargo* de la contraparte: la de prohibirle el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje.

Por otro lado, GHESTIN[31] distingue entre las cláusulas

vejatorias concernientes a la *formación* del contrato, como, por ejemplo, el sometimiento de la contraparte a cláusulas que no ha conocido; y las cláusulas vejatorias concernientes a los efectos del contrato, como sería el caso de aquellas que se orientan a descartar las consecuencias de la reciprocidad de las prestaciones en los contratos de esta clase.

Finalmente, REZZONICO[32] señala la distinción que hace la Ley alemana (AGB-GESETZ) entre cláusulas *con posibilidad de valoración y sin posibilidad de valoración*, aunque pone en duda la razonabilidad de esta distinción.

10).- SOLUCION MAS CONVENIENTE.-

Existen dos técnicas legislativas para el tratamiento de las cláusulas vejatorias. Una de ellas es establecer una regla general que, según REZZONICO[33], configura un *precepto abarcativo,* una *estructura de tipo* que comprende, con gran generalidad, un determinado campo de hechos a los que alimenta, de tal manera que todas las cláusulas que se encuentran comprendidas dentro de esa estructura son vejatorias. Otra es enumerar las cláusulas que tienen este carácter.

SANTOS BRIZ[34] es partidario de la regla general, cuyo tenor sugiere que sea el siguiente: "Las condiciones generales negociales sólo producirán efecto cuando esté justificada por las circunstancias particulares de los contratantes la desviación que en ellas se contenga a la regulación legal vigente".

La Ley alemana de 1976 (AGB-GESETZ) dispone en su numeral 9 una regla general, según la cual las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si perjudican desproporcionadamente a la contraparte del utilizador en contraste con las reglas de la buena fe, indicando a continuación dos supuestos de perjuicio desproporcionado, luego de lo cual hace una enumeración de 24 cláusulas prohibidas. MROCH[35] critica adversamente el listado de las cláusulas, advirtiendo que "no ha de dejarse de tener en cuenta como consecuencia no querida, que

una lista de esas cláusulas muy fácilmente podría conducir a la conclusión que todas las demás condiciones estuvieran prohibidas". Se admite, sin embargo, que los inconvenientes del procedimiento casuístico pueden ser superados por la existencia de una regla general, que cree un *mecanismo directivo*, pero a la vez *subsidiario*.

En Francia, un decreto del Consejo de Estado de 24 de marzo de 1978, dictado al amparo del artículo 35 de la Ley de 10 de enero del mismo año, estableció una lista de tipos de cláusulas comparables a la que figura en la AGB-GESETZ alemana, que ha sido considerada por GHESTIN[36] sumamente larga, no obstante lo cual no cubre todas las cláusulas susceptibles de ser consideradas como abusivas.

La Ley española de 19 de julio de 1984 establece en su artículo 10 que las cláusulas que se apliquen a la oferta de productos o servicios "deberán cumplir los siguientes requisitos: buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye:...", y a continuación en doce incisos enuncia condiciones que infringen los antedichos principios. En opinión de los STIGLITZ[37], esto significa que el legislador se encarga de expresar que ellos importan mala fe y desequilibrio en las contraprestaciones, de lo que cabe concluir que se trata de presunciones absolutas. Los citados autores consideran que los defectos de técnica legal no impiden reconocer la existencia de una regla general relativa a la buena fe, el justo equilibrio de las prestaciones y el perjuicio desproporcionado e inequitativo al consumidor.

Se ha visto que el artículo 1341 del Código civil italiano, en el cual se inspira el artículo 1398 de nuestro Código civil, hace un elenco de cláusulas vejatorias, que gran parte de la doctrina italiana considera taxativo.

Es difícil optar por una de las dos posiciones extremas, o sea la sola existencia de una regla general, comprensiva de todas las situaciones, o la exclusiva enumeración taxativa de las cláusulas vejatorias. La primera tiene la ventaja de permitir un juego

más libre del arbitrio judicial, pero el peligro de su imprecisión, que daría lugar a una gran inseguridad. La segunda adolece de una rigidez que no está a tono con la creatividad cada vez mayor que informa la contratación moderna, pero pone coto a las acciones de invalidez de las cláusulas, agilizando esta contratación.

Por ello, quizá el rumbo adecuado es el que han tomado, con más o menos variantes, las legislaciones alemana, francesa y española de establecer una "lista negra" de cláusulas vejatorias, de carácter ejemplificativo, respaldada por una regla general que establezca los factores determinantes de la vejatoriedad.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1398:

(1) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 445.

(2) MALINVAUD, Philippe, "Le condizioni generali di contratto" en "Le condizioni generali di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, Tomo II, pág. 437.

(3) REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA, Buenos Aires, 1987, pág. 450

(4) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 96.

(5) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 354.

(6) IBIDEM, pág. 355.

(7) AULETTA, Tomasso Amedeo, "Le clausole vessatorie nella giurisprudenza" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo I, pág. 15.

(8) DE NOVA, Giorgio, "Le condizioni generali di contratto" en "Trattato di Diritto privato" dirigido por Pietro RESCIGNO, U.T.E.T., Torino, 1982, pág. 109.

(9) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 354. (5)

(10) AULETTA, Tomasso Amedeo, op. cit., pág.23. (7)

(11) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 357. (5)

(12) AULETTA, Tomasso Amedeo, op. cit., pág. 30. (7)

(13) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 355. (5)

(14) AULETTA, Tomasso Amedeo, op. cit., pág. 33. (7)

(15) BERLIOZ, Georges, "Le contrat d'adhesion", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, pág. 76.

(16) D'AMBROSIO, Loris, "Techniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: Il modelo israeliano" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo II, pág. 368. (2)

(17) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., op. cit., pág. 101. (4)

(18) Cita de REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 456. (3)

(19) MICCIO, Renato, "I diritti di credito", U.T.E.T., Torino, 1977, Volumen II, Parte II, pág. 268.

(20) AULETTA, Tomasso Amedeo, op. cit., Tomo I, pág. 4. (7)

(21) DE NOVA, Giorgio, op. cit., pág. 106. (8)

(22) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 466.

(23) ASCARELLI, Tullio, "Iniciación del estudio del Derecho Mercantil", Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964, pág. 344.

(24) MOLLE, Giacomo, "I contratti bancari", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1975, pág. 46.

(25) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo I, pág. 28.

(26) MIRO QUESADA C., Francisco, "Tratado de Derecho Civil", Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, Tomo I, pág. 229.

(27) BARBERO, Domenico, "Sistema de Derecho Privado", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, Tomo I, pág. 126.

(28) GARCIA AMIGO, Manuel, "Instituciones de Derecho Civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, pág. 200.4

(29) AULETTA, Tomasso Amedeo, op. cit., Tomo I, pág. 5. (7)

(30) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 432. (22)

(31) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., Paris, 1988, pág. 713.

(32) REZZONICO, Juan, op. cit., pág. 461. (3)

(33) IBIDEM, pág. 459.

(34) SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 76.

(35) Cita de REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 455. (3)

(36) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 684. (31)

(37) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., op. cit., pág. 110. (4)

Artículo 1399.- *En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Alcances del artículo 1399.
3.- Normas imperativas y normas dispositivas.
4.- Fundamentación del artículo 1399.
5.- Ineficacia de las estipulaciones.
6.- Incorporación de las normas dispositivas.
7.- Justificación de la validez de las estipulaciones.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 77 de la primera Ponencia sustitutoria tenía la redacción siguiente:

> **Artículo 77.-** En los contratos típicos celebrados en base a estipulaciones generales de contratación no aprobadas administrativamente, no se considerarán válidas las estipulaciones que sean contrarias a las normas dispositivas establecidas por la ley para ese tipo de contrato, a no ser que las circunstancias particulares de los contratantes justifiquen la validez de tales estipulaciones.

Obsérvese que se hacía referencia a los contratos *típicos*, en vez de a los nominados, que se mencionaban las normas

dispositivas establecidas por la ley para ese tipo de contrato y que la contrariedad a estas normas determinaba la *invalidez* de las estipulaciones.

La redacción del artículo 77 de la primera Ponencia sustitutoria se conservó en el artículo 72 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 38 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1414 del primer Proyecto.

En el artículo 1364 del segundo Proyecto se adoptó el texto que tiene actualmente el artículo 1399 del Código civil.

2).- ALCANCES DEL ARTICULO 1399.-

Repitiendo lo dicho en el comentario del artículo 1398, debe entenderse que el artículo 1399 se refiere también a los contratos ofertados para celebrarse a base de cláusulas generales de contratación en los cuales el predisponente coloca al destinatario de la oferta en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente no sólo las cláusulas generales, como es pertinente, sino también los elementos propios de cada contrato particular, con lo cual estos contratos se convierten técnicamente en contratos por adhesión.

3).- NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS DISPOSITIVAS.-

Al comentar el artículo 1354 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 277) se ha visto que las normas legales, atendiendo al criterio de su eficacia frente a la voluntad de los particulares, se clasifican en *imperativas* y *dispositivas*. Se desarrolló allí la diferencia entre unas y otras.

Sólo cabe agregar que las normas *imperativas*, cuya característica es ser inderogables, son promulgadas en interés público, o para proteger el tráfico jurídico, o para la protección, por ejemplo, de los menores, o en virtud de fundamentos sociales análogos a los intereses individuales[1]. Las normas *dispositivas*, en

cambio, tienen como función regular adecuadamente situaciones, a buen criterio del legislador, sólo para el caso de que las partes no hayan dispuesto otra cosa, por lo cual es muy apropiada la expresión de ESSER-SCHMIDT[2] de ser un *ordenamiento de reserva*, "que a la vez que cubre el silencio de las partes, exterioriza la *idea del legislador* respecto de lo que él comprendería como una *equivalencia de intereses* o justicia particular del contrato".

En estas condiciones, siendo las normas *imperativas* de observancia inexcusable, resulta ocioso dar a entender que las estipulaciones de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente que son contrarias a estas normas carecen de eficacia, pues ello ya está establecido, con carácter general para todos los contratos, por el artículo 1354 del Código civil. Por ello, se justifica quizá que el artículo 77 de la primera Ponencia sustitutoria y los de las siguientes Ponencias que copiaron su texto, para lograr una mayor precisión, establecieran que la invalidez recaía en las estipulaciones contrarias a las normas *dispositivas*, desde que, si no existiera esta precisión, tales estipulaciones serían válidas.

La redacción del artículo 1399 del Código civil, si bien técnicamente más adecuada, pone a la sombra que el objetivo principal de este artículo es hacer *imperativas*, para los contratos a que él se refiere, las normas *dispositivas* de los contratos nominativos. Por ello, hubiera sido preferible que dijera... "contrarias a las normas tanto imperativas como dispositivas establecidas...", con lo cual se disiparía cualquier duda sobre el particular. Muchas veces el lenguaje legal debe perder elegancia para alcanzar precisión.

El efecto buscado por el artículo 1399 es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación dará lugar a que ellas no puedan modificar las normas, tanto imperativas como dispositivas, de los contratos típicos. En otras palabras, la falta de aprobación administrativa determina que todas las normas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo, por lo cual no tiene efecto alguno el pacto en contrario.

4).- FUNDAMENTACION DEL ARTICULO 1399.-

Siendo las normas *dispositivas*, como se ha visto, un *ordenamiento de reserva*, o sea una previsión del legislador para que exista una regulación general aplicable a todos los contratos típicos cuando las partes, por una razón u otra, han omitido estipular una regulación particular para un contrato determinado de ese tipo, es natural que dicho ordenamiento obedezca a un criterio de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes teniendo en cuenta los intereses que busca tutelar ese contrato típico. En otras palabras, el legislador, al dictar, una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de su voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual(*).

En estas condiciones, resulta adecuado que en los contratos típicos celebrados (técnicamente) por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas adminis-

---

(*) LARENZ[4] describe magistralmente este rol de las normas complementarias diciendo; "Se podría opinar que únicamente son aplicables si las partes nada han previsto al regular expresamente una cuestión relacionada con la ejecución del contrato, y tampoco se puede dar una respuesta segura según el contexto en su totalidad. En este punto sólo una cosa ha de ser tenida en cuenta: precisamente las partes intervinientes en un contrato perteneciente a cierto sector del tráfico y concertado en igual forma innumerablés veces todos los días, no tienen en absoluto la intención de ponerse de acuerdo sobre todos los puntos que posiblemente requerirían una reglamentación. Confían en que de darse semejante hipótesis, su regulación está determinada por la ley; por lo tanto, consideran a la ley no sólo como suplementaria, sino como norma general en la que confían, porque esperan de ella la solución "justa" de las cuestiones que quizá surjan. En efecto, las normas legales, incluso las renunciables, pretenden

trativamente, o sea que no han pasado por el filtro de la regulación armoniosa de los intereses de las partes conjugados con las exigencias de la contratación masiva, que es el presupuesto de dicha aprobación, no se admita estipulaciones que resulten contrarias a las normas dispositivas de cada contrato típico, o sea a esa regulación ideal elaborada por el legislador para velar supletoriamente por el equilibro contractual.

SANTOS BRIZ[3] dice al respecto que la doctrina alemana (dada la fecha de su obra se refiere a la anterior a la AGB-GESETZ) ha propuesto una norma que, a manera de regla general, estructure coactivamente la ley dispositiva, en el sentido que "las normas dispositivas serían en principio obligatorias para el empresario que formula las condiciones generales, y sólo podría desviarse de ellas si lo justificase una situación especial y si el cliente no fuese injustamente reducido en su posición jurídica". Después de precisar que tal regla sólo valdría para los contratos de masa y no para los contratos auténticos individuales, agrega que, de esta forma, las normas dispositivas reciben distinto trato, según se esté ante contrato individual o ante contrato de masa, transformándose para estos últimos, en reglas "semi coactivas", en cuanto sólo pueden ser modificadas por el empresario cuando tenga un motivo razonable o una justa causa, pues de lo contrario le obligará también el derecho dispositivo.

BERLIOZ[5], por su parte, refiriéndose también al derecho alemán, dice que se ha difundido la noción de normas "semi-imperativas", es decir de normas que son *jus dispositivum*

---

hallar aquella regulación que, en virtud de cuidadosas reflexiones y muchas veces de una experiencia de siglos, ha considerado el legislador como más adecuada, al menos para la masa de los casos a regular, como la mejor, objetivamente considerada en armonía con los intereses de las partes y por ello con las exigencias de la "justicia distributiva". No quieren tener solamente carácter "supletorio", sino constituir la norma justa del promedio de casos".

para los contratos negociados y *jus cogens* para los contratos de adhesión(*).

COSTANZA[6] enfoca el problema de una manera distinta, pues considera que la predisposición de las cláusulas generales obedece a que, precisamente, la normativa contenida en el ordenamiento jurídico positivo es insuficiente e inidónea para satisfacer las exigencias de las relaciones económicas que tienen interés con la actividad de la empresa. Agrega que las cláusulas generales obedecen a la carencia de la ley, y que esto vale para los contratos nominados y para los atípicos, pues en ambos casos puede haber un divorcio entre la realidad de la ley y la realidad de la vida socio-económica.

Pienso que este enfoque no es totalmente cierto, pues las cláusulas generales de contratación no buscan crear un derecho subjetivo nuevo, distinto del legislado, sino darle rigidez a este último para que se uniformice y, de esta manera, se generalice, adecuándose así a la exigencia de celeridad que impone el tráfico masivo de bienes y servicios. El derecho dispositivo es supletorio, mientras que las cláusulas generales tienen vocación de obligatoriedad, pero no existe inconveniente alguno para que el derecho dispositivo se incorpore a cláusulas generales para, a través de ellas, ser también obligatorio.

Por otro lado, la uniformidad de las cláusulas generales no es ajena a la regulación de los contratos típicos, pues ella (la regulación) está pensada precisamente para ser de aplicación general en caso que las partes no estipulen algo distinto. El artículo 1399 no entorpece la contratación masiva, sino que únicamente sustituye las cláusulas generales no aprobadas administrativa-

---

(*) GARCIA AMIGO[7], en cambio, dice que poniendo en relación el contenido, es decir, las cláusulas de las condiciones generales con el derecho legal correspondiente, puede ocurrir que propongan una regla contraria a la ley dispositiva, siendo en tal caso perfectamente válida por virtud del funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad.

mente por las regulaciones de los contratos típicos, que ciertamente no son más complicadas que muchas de las cláusulas generales.

5).- INEFICACIA DE LAS ESTIPULACIONES.-

A diferencia del artículo 1398 del Código civil, que declara la invalidez de las estipulaciones previstas en dicho artículo, el artículo 1399, con mayor propiedad, habla de la falta de eficacia de las estipulaciones contrarias a las normas de los contratos típicos.

Consecuentemente, dichas estipulaciones no producen efecto alguno, de tal manera que no se incorporan a las ofertas de los respectivos contratos particulares.

6).- INCORPORACION DE LAS NORMAS DISPOSITIVAS.-

Aun cuando el artículo 1399 no lo dice, debe entenderse que la contrariedad de la estipulación a la norma dispositiva correspondiente determina no sólo la ineficacia de aquélla sino también la incorporación de ésta a la cláusula general.

Si, como se ha visto, la razón de ser del artículo 1399 es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales determina que todas las normas dispositivas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo, y tomando en consideración que, según se ha visto en el comentario del artículo 1355 del Código civil, las normas imperativas integran los contratos en sustitución de las cláusulas que son inválidas (ineficaces) por ser contrarias a ellas, igual efecto deben tener las normas dispositivas que se han convertido en imperativas.

Consecuentemente, en el caso que, por aplicación del artículo 1399, una estipulación de las cláusulas generales resultara ineficaz por ser contraria a una norma dispositiva del respectivo contrato típico, tal estipulación sería sustituída por la norma dispositiva contrariada, produciéndose así la integración del contrato.

7).- JUSTIFICACION DE LA VALIDEZ DE LAS ESTIPULACIONES.-

No debe descartarse la posibilidad de que determinadas estipulaciones de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente obedezcan a razones justificadas, o sea que efectivamente agilicen el tráfico masivo de bienes y servicios, sin perjudicar los intereses de los consumidores.

SANTOS BRIZ[8] admite que el predisponente puede estipular cláusulas diferentes de las normas dispositivas cuando tenga un motivo razonable o una justa causa.

Según REZZONICO[9] no es prudente proponer normas rigurosas para justificar que una cláusula general derogue el derecho dispositivo, sino más bien *criterios orientadores*, dando a título de ejemplo los siguientes:

a).- Cuando en el caso concreto "existe una *posición de intereses distinta de la contemplada en la ley*, que difiere de la que ésta adoptara apoyándose en lo que se presume como usual".

b).- Cuando la cláusula obedece a cubrir un *gran riesgo* que asume el predisponente. Cita el autor el caso de la venta de automóviles usados, respecto de la cual un tribunal declaró que "la exclusión de responsabilidad es un deber de razonabilidad".

c).- Cuando la contraparte acepta la cláusula general por convenir mejor a sus intereses que la norma dispositiva supletoria.

d).- Cuando el predisponente no se encuentra en posición de monopolio y la contraparte es un *comerciante experimentado*, que conoce las particularidades del tráfico materia del contrato.

e).- Cuando "el apartamiento del derecho dispositivo en perjuicio del cliente *se equilibra con otra cláusula a él favorable*, como si la responsabilidad por vicios se suprime por medio de una cláusula, pero en su lugar se concede un derecho a reparación, pues el interés digno de protección del cliente consiste en recibir una mercadería sin defectos al precio convenido, lo cual queda salvaguardado si el vicio es adecuadamente suprimido por el vendedor".

REZZONICO agrega que, dadas las dificultades de la cuestión, el criterio orientador antes enunciado ha de ajustarse a cada caso particular, para lo cual debe recurrirse al amplio y fructífero *principio de la buena fe*.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1399:

(1) LARENZ, Karl, "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, Tomo I, pág. 122.

(2) Cita de REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA, Buenos Aires, 1987, pág. 365.

(3) SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 74.

(4) LARENZ, Karl, op. cit., Tomo I, pág. 124. (1)

(5) BERLIOZ, Georges, "Le contrat d'adhesion", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1976, pág. 113.

(6) COSTANZA, Maria, "Natura normativa delle condizioni generali di contratto" en "Le condizioni generali di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1979, Tomo I, pág. 158.

(7) GARCIA AMIGO, Manuel, "Condiciones generales de los contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 85.

(8) SANTOS BRIZ, Jaime, op. cit., pág. 75. (3)

(9) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 369. (2)

Artículo 1400.- *En los casos del artículo 1397 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- El problema de la referencia al artículo 1397.
3.- El concepto de módulo o formulario.
4.- Función de la cláusula agregada.
5.- Determinación de la incompatibilidad.
6.- Efecto de la incompatibilidad.
7.- Justificación de la prevalencia.
8.- Ineficacia de la cláusula agregada.
9.- Opinión personal.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 69 de la Ponencia original, inspirándose en el segundo párrafo del artículo 17 del Proyecto original de la Comisión Reformadora sobre Actos Jurídicos, decía así:

> **Artículo 69.-** En los contratos concluídos mediante la firma de formularios establecidos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las del formulario cuando fuesen incompatibles con éstas, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas.

En la Exposición de Motivos de este artículo se dice que él es igualmente una secuencia de los contratos de adhesión y esta-

blece una regla de prevalencia cuando se han utilizado formularios. El objetivo es eliminar los problemas que se presentan cuando al formulario se agregan determinadas cláusulas. Se indicó que la fuente de este artículo está en el artículo 1342 del Código civil italiano.

El texto del artículo 69 de la Ponencia original fue conservado por el artículo 70 de la primera Ponencia sustitutoria.

En el artículo 74 de la segunda Ponencia sustitutoria se introdujeron ciertas modificaciones, que dieron lugar al siguiente texto:

> **Artículo 74.-** En los contratos por adhesión y en los contratos en base a estipulaciones generales de contratación que se concluyan mediante la firma de formularios, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando fuesen incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido canceladas.

Esta fórmula fue conservada en el artículo 40 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1415 del primer Proyecto.

En la Exposición de Motivos del artículo 40 del Anteproyecto se expresa que una vez más la ley busca proteger a la parte débil de la relación contractual, que es la que se adhiere a las reglas establecidas por la contraparte.

Al artículo 1415 del Anteproyecto de la Comisión Revisora se le dio una nueva redacción, que decía así:

> **Artículo 1415.-** En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación y que se concluyan mediante la firma de formularios, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando fuesen incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto.

El artículo 1365 del segundo Proyecto cambia esa redacción por la siguiente:

> **Artículo 1365.-** En los casos del artículo 1364 las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubieran sido dejadas sin efecto.

El artículo 1364 mencionado en este artículo se refería al tema tratado en el artículo 1399 del Código civil, o sea a las estipulaciones contrarias a las normas de los contratos típicos.

Finalmente, el artículo 1400 del Código civil conservó el texto aunque cambiando la referencia del artículo 1399 (correspondiente al artículo 1364 del segundo Proyecto) por la del artículo 1397.

2).- EL PROBLEMA DE LA REFERENCIA AL ARTICULO 1397.-

La Exposición de Motivos del artículo 1400 del Código civil señala que cuando se han dictado cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las estipulaciones que se agregan al formulario o esquema preestablecido tienen preminencia cuando resulten incompatibles, aun cuando no se haya tomado la precaución de dejarlas sin efecto. Se reitera que este artículo tiene su fuente en el artículo 1342 del Código civil italiano.

Resulta así que, según esta Exposición de Motivos, el artículo 1400 sólo es aplicable en el caso de cláusulas generales no aprobadas administrativamente.

Sin embargo, como se ha visto al comentar el artículo 1395, se permite, aunque en mi opinión equivocadamente, que las partes pueden convenir que determinadas cláusulas generales aprobadas administrativamente no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran.

No se entiende, pues, la razón por la cual cuando las cláusulas generales han sido aprobadas administrativamente no rija

el artículo 1400, o sea que las cláusulas agregadas al formulario no prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, lo que significa, en realidad, que en este caso, no obstante poder existir un convenio expreso en ese sentido, tales cláusulas no se incorporan a la oferta.

Esta contradicción sólo se explica, en mi opinión, por una errada referencia al artículo 1397 hecha en el artículo 1400. Para explicar este error, conviene desentrañar los verdaderos alcances del artículo 1400.

3).- CONCEPTO DE MODULO O FORMULARIO.-

De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1392 del Código civil, las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, *en forma general* y *abstracta*, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de *futuros contratos particulares*, con elementos propios de ellos.

En estas condiciones, no cabe hablar de cláusulas *agregadas* (se entiende por acuerdo entre el predisponente y la contraparte) al formulario, desde que las cláusulas generales, dada su generalidad y abstracción, no salen de la esfera jurídica del predisponente hasta que se incorporan a la oferta de un futuro contrato particular.

Por otro lado, en los antecedentes del artículo 1400 hay constantes referencias a que su fuente es el artículo 1342 del Código civil italiano, el cual versa sobre los *contratos concluídos mediante la firma de formularios* dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales.

En la doctrina italiana, NAPOLI[1] considera que los módulos o formularios se diferencian de las condiciones generales del contrato, fijadas para servir a una serie indeterminada de contratos y que constituyen una declaración dirigida a la generalidad, cuyo destinatario se individualiza al momento de la conclusión del

contrato. El módulo contiene el contrato ya concretado en cada una de sus partes, y los contratantes no hacen otra cosa que suscribirlo, con plena libertad, del mismo modo que agregar, modificar o suprimir cualquier cláusula. En el caso que el módulo haya sido predispuesto por uno de los contratantes, el contrato-tipo o el simple módulo no presenta diferencia alguna con el contrato por adhesión(*).

Debe considerarse que, en realidad, la hipótesis a que se refiere el artículo 1400 no es la de cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (como resulta de su referencia al artículo 1397), sino la de contratos por adhesión cuyas ofertas se redactan en formularios (generalmente impresos), de tal manera que para que se celebre el contrato basta que las partes suscriban el formulario. Se trata, pues, de los llamados contratos-tipo según la primera versión que de ellos he dado al comentar el artículo 1390 del Código civil (supra, Tomo III, pág. 48).

Sólo así se explica que, por un lado, el artículo 1342 del Código civil italiano hable de contratos concluídos mediante la firma de formularios (el contrato se celebra en virtud de la suscripción de la oferta contenida en el formulario) y, por el otro, que el artículo 1400 del Código civil peruano se refiera a las cláusulas agregadas (se supone de común acuerdo) al formulario, cuando una de las características de las cláusulas generales (mientras son cláusulas generales) es su redacción previa, unilateral y abstracta por el predisponente, sin intervención de las futuras y desconocidas contrapartes.

(*) Comparando el artículo 1341 (condiciones generales del contrato) con el artículo 1342 (contratos concluídos mediante la firma de formularios) del Código civil italiano, MESSINEO(2) encuentra las siguientes diferencias:

a).- En el caso del artículo 1341 se toma en consideración la predisposición de cláusulas en particular, mientras que en el caso del artículo 1342 se ha tomado en consideración el módulo el cual contiene la trama entera del contrato, incidiendo, así, íntegralmente sobre la disciplina de éste; siendo susceptible de inserción

Desde luego, no puede descartarse la posibilidad de que el artículo 1400 no sólo verse sobre los contratos-tipo sino también intente versar sobre los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, pero debe tomarse en consideración que en este último caso deben existir elementos propios de cada contrato particular que son de libre negociación, lo que no permite, obviamente, que figuren en un formulario. Tampoco es posible que dicho artículo verse sobre los contratos celebrados a base de cláusulas generales de contratación en los cuales el predisponente impone la aceptación o rechazo íntegro no sólo de las cláusulas generales sino también de los elementos propios de cada contrato particular, porque estos elementos, aunque impuestos, varían de contrato en contrato, por lo cual no son susceptibles de constar de un formulario de uso generalizado.

---

de cláusula nueva, que se agrega al contenido ya predispuesto.

b).- La figura de que trata el primer párrafo del artículo 1341 está dominada por la exigencia de que la contraparte conozca la cláusula predispuesta o use la diligencia ordinaria para conocerla; en la figura de que trata el artículo 1342 la presencia de un documento (módulo) y la suscripción del mismo por parte de los contratantes, hace posible siempre el conocimiento del contenido contractual.

c).- En el caso del primer párrafo del artículo 1341, la cláusula predispuesta entra en el nexo contractual de manera distinta a la aprobación o suscripción del documento contractual; en el caso del artículo 1342 rige el procedimiento de la suscripción.

d).- A diferencia que en el caso del artículo 1341, la predisposición (mediante módulo) puede ser obra de ambas partes o de un tercero neutral; con lo cual el problema del conocimiento, o del deber de conocimiento, no se presenta.

e).- La cláusula predispuesta unilateralmente puede no ser conocida por la contraparte (y sin embargo entrar a formar parte del contenido del contrato); la cláusula incluída en el módulo se presume notoria para ambas partes, como dato inseparable de la suscripción del módulo mismo, contemplada por el artículo 1342.

Puede llegarse, por lo tanto, a la conclusión que, dada la especial naturaleza de las cláusulas generales de contratación en el régimen legal peruano, es posible que exista un defecto de redacción en el artículo 1400 del Código civil, desde que, a semejanza de su fuente el artículo 1342 del Código civil italiano y de sus propios antecedentes legislativos, debe aplicarse a los contratos que se concluyen mediante la suscripción de formularios, o sea a los contratos-tipo, que son, como se ha visto, contratos por adhesión, y no a las cláusulas generales no aprobadas administrativamente.

4).- FUNCION DE LA CLAUSULA AGREGADA.-

NAPOLI[3] nos informa que, según la jurisprudencia italiana, las cláusulas agregadas pueden desempeñar una triple función: pueden ser puestas para especificar la cláusula del formulario; pueden tener un rol meramente confirmativo; o pueden estar en contradicción con la cláusula del formulario. Sólo en este último caso entran en juego el artículo 1342 del Código civil italiano y el artículo 1400 del Código civil peruano.

5).- DETERMINACION DE LA INCOMPATIBILIDAD.-

El problema radica en la manera de juzgar si la cláusula agregada realmente es incompatible con la cláusula del formulario.

La opinión generalizada es que se trata de una simple regla de aplicación concreta de la interpretación subjetiva, estableciendo una norma presuntiva de la voluntad contractual[4].

Así nos dicen los STIGLITZ[5] que frecuentemente, al redactar la cláusula agregada, se omite indicar que su finalidad es derogar la cláusula del formulario. Interviene entonces la interpretación para establecer si existe la contradicción y, en caso afirmativo, deducir que la razón de ser de ella es derogar la cláusula del formulario. Cabría, en efecto, como se ha dicho anteriormen-

te, que la intepretación pusiera de manifiesto que la cláusula agregada, que generalmente es manuscrita o mecanografiada, se limita a integrar, aclarar, precisar la cláusula impresa, caso en el cual la incompatibilidad queda excluída[6].

Es por esto que KOTZ[7] afirma que la prioridad de la cláusula agregada sobre la impresa no es una regla interpretativa, sino que la interpretación se produce en una etapa previa, que consiste en establecer la contradicción. La prioridad no es sino la aplicación de la regla legal.

SANTOS BRIZ[8], en cambio, sostiene que es regla de interpretación la preferencia de lo particular o especial sobre lo general. REZZONICO[9] opina en el mismo sentido, o sea que la prioridad de la cláusula agregada no deja de pertenecer al terreno interpretativo, como que le toca dirimir qué posición ocupará la cláusula agregada.

Pienso que la posición de KOTZ es correcta cuando en el ordenamiento legal existe una norma que concede prioridad a la cláusula agregada sobre la impresa (como ocurre entre nosotros), pero que la de SANTOS BRIZ y REZZONICO tiene sentido cuando no existe una norma de esa naturaleza, de tal manera que, como dice BERLIOZ[10], la regla de que las cláusulas agregadas deben prevalecer es una interpretación del principio general *specialia generalibus derogant*.

6).- EFECTO DE LA INCOMPATIBILIDAD.-

De conformidad con el artículo 1400, determinada la incompatibilidad entre la cláusula agregada y la cláusula impresa, aquélla prevalece sobre ésta, o sea que la sustituye. El texto contractual quedará con el tenor que resulte de la incorporación de la cláusula agregada.

El mismo artículo indica que la prevalencia de la cláusula agregada se producirá aunque la cláusula impresa no hubiese sido dejada sin efecto. En este caso, figurarán en el formulario las

dos cláusulas, la impresa y la agregada, pero se entenderá que la impresa ha quedado sin efecto.

La duda surge respecto a la regla a aplicar en el caso que se deje sin efecto (por ejemplo, tarjándola) la cláusula impresa, sin agregar una cláusula manuscrita o mecanografiada que la sustituya. Considero que en este caso cabe interpretar que la voluntad de las partes es simplemente suprimir la cláusula impresa, de tal manera que ella no figurará en el texto contractual.

7).- JUSTIFICACION DE LA PREVALENCIA.-

ALFARO[11] nos dice con claridad que el fundamento de la regla se encuentra en la reconstrucción de la voluntad común de los contratantes. *"Las condiciones particulares deben prevalecer porque reflejan mejor la voluntad de las partes que las condiciones generales"*.

En efecto, para quienes en el campo mundial sostienen la bondad de la fórmula recogida por el artículo 1400 de nuestro Código civil, resulta evidente que siendo las cláusulas del formulario redactadas por el predisponente y las cláusulas agregadas redactadas *posteriormente* de común acuerdo entre éste y la contraparte, las últimas han sido *queridas expresamente por ambos*, de tal manera que reflejan mejor ese acuerdo de declaraciones de voluntad que es la base del contrato.

Por otro lado, si el formulario se convierte en contrato por el acto de su suscripción por ambas partes, resulta consecuente que sea la voluntad vigente en este momento, que es cuando ya existe en el formulario la cláusula agregada, la que rija la relación contractual.

Desde luego, todo este razonamiento descansa en que la cláusula agregada sea obra común del predisponente y de la contraparte. Si esto no ocurre, o sea si, como dice REZZONICO[12], la inserción de la cláusula manuscrita o mecanografiada es obra exclusiva del predisponente o de un amanuense suyo, la

cláusula agregada no juega otro rol que el de completar la redacción del formulario por el predisponente, desde que entre esto y la presentación en formulario impreso sólo existe la diferencia derivada de la utilización de medios humanos. Igual consecuencia tendría que la cláusula agregada fuera inserta exclusivamente por la contraparte, sin intervención del predisponente.

Corresponde al juez, por lo tanto, comprobar que la cláusula agregada sea el producto de una elaboración conjunta del predisponente y de la contraparte.

Surge la duda respecto a si los acuerdos orales pueden tener eficacia con relación a las cláusulas impresas. Pienso que tan válida es una cláusula manuscrita o mecanografiada como un acuerdo oral, radicando el problema sólo en la dificultad de probar este último.

ALFARO[13] desarrolla con singular esmero la hipótesis de que en el formulario existiera una cláusula según la cual cualquier modificación deberá hacerse por escrito, lo que pondría en tela de juicio la validez de los acuerdos orales, siendo su opinión, que comparto, a favor de la validez de los acuerdos orales, porque éstos son el fruto de una voluntad común, mientras que la cláusula del formulario sobre el requerimiento de la modificación escrita representa únicamente la voluntad del predisponente.

8).- INEFICACIA DE LA CLAUSULA AGREGADA.-

Un tema sumamente interesante es el relacionado con la posibilidad de que la cláusula agregada resulte, por algún motivo, ineficaz.

Una solución, que parece obvia, es que si la cláusula agregada no produce efecto alguno por razón de su ineficacia, la cláusula impresa dejada sin efecto no ha sufrido modificación alguna y conserva su validez.

Sin embargo, ALFARO[14] observa agudamente que aun cuando el acuerdo resulte ineficaz (en mi opinión esa ineficacia no

debe provenir de nulidad, pues de ser así no existiría jurídicamente) pone de manifiesto la voluntad de las partes de "no querer" la cláusula impresa, de tal manera que "ante la ineficacia de la regulación particular estaríamos ante una laguna contractual que ha de ser cubierta de acuerdo con lo dispuesto en el derecho dispositivo".

Pienso que esta solución, pese a su originalidad, responde mejor al espíritu que informa nuestro sistema, el cual en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente concede un valor importante a las normas dispositivas. En efecto, si la cláusula ineficaz agregada no fuera contraria a las normas dispositivas establecidas para el correspondiente contrato típico, desde que dada su incompatibilidad con la cláusula impresa (tal es el supuesto de aplicación del artículo 1400), esta última sí sería contraria a dichas normas dispositivas y, por aplicación del artículo 1399, sería sustituída por éstas. Igualmente, si la cláusula impresa no fuera contraria a las normas dispositivas y la cláusula ineficaz agregada sí lo fuera, pese a ello pondría de manifiesto la voluntad de las partes de "no querer" la cláusula impresa, por lo cual no valiendo la cláusula agregada —por ser ineficaz—, ni la cláusula impresa —por no ser querida por las partes—, habrá que aplicar las normas dispositivas.

Una situación singular se presenta cuando la cláusula agregada no es ineficaz de por sí sino por ser contraria a una norma dispositiva del respectivo contrato típico. Pienso que la solución sería la misma, o sea que no se podría aplicar la cláusula impresa ni la agregada, por lo cual regiría la norma dispositiva.

Comprendo, desde luego, que el tema es debatible.

9).- OPINION PERSONAL.-

Tal como lo he expresado en el comentario al artículo 1390, la columna vertebral de los contratos por adhesión es su inmutabilidad.

En la medida que se permita que las partes modifiquen de común acuerdo la oferta de un contrato por adhesión, se está destruyendo el sistema que justifica la existencia de dicho contrato, esto es que la oferta sólo pueda ser aceptada o rechazada íntegramente.

El artículo 1400 del Código civil peruano, al contemplar la posibilidad de que las partes puedan agregar cláusulas a los formularios de los contratos-tipo, les está quitando, en realidad, la calidad de formularios de contratos por adhesión para convertirlos en borradores de contratos susceptibles de negociación.

Francamente considero que el artículo 1400 desvirtúa la naturaleza de los contratos-tipo, convirtiéndolos en contratos paritarios.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1400:

(1) NAPOLI, Emilio Vito, "Le condizioni generali de contratto nella giurisprudenza" en "Le condizioni generali di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, Tomo II, pág. 28.

(2) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 474.

(3) NAPOLI, Emilio Vito, op. cit., Tomo II, pág. 72. (1)

(4) GARCIA AMIGO, Manuel, "Condiciones generales de los contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 46.

(5) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 76.

(6) DE NOVA, Giorgio, "Le condizioni generali di contratto" en "Trattato di Diritto privato" dirigido por Pietro RESCIGNO, U.T.E.T., Torino, 1982, pág. 113.

(7) Cita de REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA, Buenos Aires, 1987, pág. 618.

(8) SANTOS BRIZ, Jaime, "La contratación privada", Editorial Montecorvo, Madrid, 1966, pág. 227.

(9) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 618. (7)

(10) BERLIOZ, Georges, "Le contrat d'adhesion", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, pág. 128.

(11) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, "La interpretación de las condiciones generales de los contratos" en Revista de Derecho Mercantil Núms. 183-184, Madrid, 1987, pág. 30.

(12) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 615. (7)

(13) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, op. cit., pág. 32. (11)

(14) Loc. cit.

Artículo 1401.- *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.*

SUMARIO

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Alcances del artículo 1401.
3.- Carácter de la interpretación según el artículo 1401.
4.- La regla "contra stipulatorem".
5.- La interpretación "en caso de duda".

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

En la elaboración del Código civil el tema de la interpretación de las cláusulas generales de contratación y de los formularios redactados por una de la partes se trató por primera vez en el Proyecto de la Comisión Reformadora sobre los Actos Jurídicos, cuyo artículo 17, ubicado en el Título Segundo sobre la Interpretación de los Actos Jurídicos, tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 17.-** Las cláusulas insertas en las condiciones generales del acto jurídico o en formularios dispuestos por uno de los agentes se interpretarn, en caso de duda, a favor del otro.
>
> Cuando a un acto impreso se le añade un manuscrito y los textos son contradictorios, prevalece el manuscrito.

Posteriormente se decidió que este tema debía ser regulado en el Capítulo VI del Título Tercero del Libro VI del primer Proyecto, referente a la Interpretación del Contrato, cuyo artículo 1436 de cía así :

Artículo 1436.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes se interpretarón en favor de la otra.

Con el solo agregado de la expresión "en caso de duda", se redactó el artículo 1366 del segundo Proyecto, que tenía el mismo texto que el artículo 1401 del Código civil.

2).- ALCANCES DEL ARTICULO 1401.-

Hemos visto que el artículo 1399 del Código civil versa sobre los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, que el artículo 1400 trata de las cláusulas agregadas al formulario y que, ahora, el artículo 1401 se aplica a las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes.

En el caso del artículo 1399 he opinado que se refiere tanto a los contratos ofertados para celebrarse a base de cláusulas generales de contratación, en los cuales son de libre negociación los elementos propios de cada contrato, como a los contratos a celebrarse también con arreglo a cláusulas generales de contratación, en los cuales el predisponente coloca al destinatario en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente no sólo las cláusulas generales sino también los elementos propios de cada contrato, con lo cual estos contratos se convierten técnicamente en contratos por adhesión.

Respecto del artículo 1400, he considerado, en cambio, que debe aplicarse a los contratos que se concluyen mediante la suscripción de formularios, o sea a los contratos-tipo (que son contratos por adhesión), y no a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

Conviene precisar cuál es el ámbito de aplicación del artículo 1401.

Este artículo es copia casi literal del artículo 1370 del Código civil de Italia. La opinión de la doctrina italiana va a ser, pues, de incuestionable ayuda para determinar los alcances del mismo, sin perjuicio de tomar en consideración las diferencias que existen respecto del régimen de las cláusulas generales entre ese país y el nuestro.

Debe destacarse, para precisar los alcances de ambos artículos, que el artículo 1370 del Código civil italiano se encuentra ubicado en el Capítulo denominado "De la interpretación de los contratos", que contiene todas las reglas de hermenáutica contractual, en tanto que el artículo 1401 de nuestro Código civil, si bien está situado en el Título correspondiente al "Consentimiento", se vincula exclusivamente al tema de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación.

Por ello, la doctrina italiana ha debido dar un paso inicial -que ha resultado innecesario en el régimen peruano-, relacionado con el carácter de la regla contenida en el artículo 1370, esto es si se trata de una norma de aplicación general o limitada a las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato y en formularios dispuestos por uno de los contratantes.

Colocándose RIZZO[1] en la hipótesis que el artículo 1370 del Código civil italiano impone el deber de hablar claramente, considera que debe atribuirse a esta norma el rol de inducir a los contratantes a tener un comportamiento adecuado a los cánones de la "corrección" y de la "buena fe" y hacer que se persiga un objetivo de máxima claridad en la redacción del contrato, objetivo que debe ser perseguido no sólo tratándose de condiciones generales del contrato sino también a los contratos a base individual.

Sin embargo, no es éste el parecer dominante, pues tanto DE NOVA[2] como ALPA[3], CASSOTTANA[4] y GARCIA AMIGO[5] opinan que el artículo 1370 actúa sólo en el área de los artículos 1341 y 1342 del Código civil italiano, o sea en la de las condiciones generales del contrato y de los contratos por adhesión.

Puede admitirse, por lo tanto, que los regímenes de ambos

países giran alrededor de los mismos conceptos, por lo cual va a ser más fácil recurrir al invalorable auxilio de la doctrina italiana.

El artículo 1401 del Código civil peruano se refiere, en primer lugar, a las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación. Dadas las características de estas cláusulas, o sea el ser redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, no cabe duda que se trata de estipulaciones que son obra también del predisponente.

La norma trata a continuación de las estipulaciones insertas en formularios redactados por una de las partes. Ya se ha visto al comentar el artículo 1400 que los módulos o formularios deben ser necesariamente entendidos como las ofertas de los contratos-tipo, que son, en realidad, contratos por adhesión con contenido uniforme. Por lo tanto, en este caso, se trata de estipulaciones redactadas unilateralmente por el oferente de los contratos-tipo por adhesión.

Puede llegarse como conclusión, pues, que el ámbito de aplicación del artículo 1401 del Código civil es las cláusulas generales de contratación y los contratos– tipo.

3).- CARACTER DE LA INTERPRETACION SEGUN EL ARTICULO 1401.-

Dada la conclusión a que se acaba de llegar en el último párrafo del rubro que antecede, se hace necesario determinar en que momento, dentro del proceso de formación de los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación o a formularios redactados por una de las partes, debe efectuarse la interpretación de las estipulaciones insertas en dichos cláusulas y formularios.

Se ha visto en el comentario del artículo 1397 del Código civil (supra, Tomo III, pág. 185) que respecto de la posibilidad de conocer las cláusulas generales se imponen dos cargas: una de *conocibilidad*, que es de incumbencia del predisponente; y otra de *diligencia*, que afecta a la contraparte.

Es evidente que si el predisponente no cumple con hacer accesibles las cláusulas generales a la contraparte, no estará ésta en aptitud de conocerlas y, por consiguiente, no podrá formarse un juicio sobre ellas. Por otro lado, no es menos patente que si la contraparte no emplea la diligencia ordinaria que se le exige no tendrá tampoco la posibilidad de conocer las cláusulas generales.

Esta falta de conocimiento por la contraparte da lugar a que ella (se supone que el predisponente conoce las cláusulas desde que él las ha redactado) ignore el contenido de las estipulaciones insertas en las cláusulas generales y, por lo tanto, no pueda interpretarlas. Igual cabe decir en el caso de las estipulaciones insertas en los formularios redactados por una de las partes.

En consecuencia, sólo cuando han sido cumplidas a cabalidad esas dos cargas, la de *conocibilidad* y la de *diligencia*, podrá la contraparte del predisponente juzgar si las estipulaciones insertas en las cláusulas generales o en los formularios redactados por éste ofrecen alguna duda que no le permite entenderlas en su recto sentido.

Es en este momento cuando se abre propiamente el proceso de interpretación.

Resulta necesario, llegado tal momento, conocer cuál es el criterio que debe seguirse para interpretar las estipulaciones redactadas por el predisponente.

Si bien se reconoce que existe una aproximación entre la interpretación de la ley y la del acto jurídico[6], en el sentido que ambas están orientadas a encontrar el espíritu del precepto, hay que reconocer que la interpretación de la ley tiene un carácter típico, es decir que toma en consideración la situación general a la que se aplica la ley, mientras que la del acto jurídico está circunscrita a cada caso concreto[*].

(*) ALFARO[7] dice al respecto: "Denominamos interpretación circunstanciada a la interpretación propia de los contratos tal y como está prevista en los artículos 1.283-1.289 (interpretación subjetiva), 1.283-

El artículo 1401 del Código civil dice que las *estipulaciones insertas* en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactadados por una de las partes, se *interpretan* en favor de la otra.

Surge la duda respecto al carácter de esta interpretación, o sea si debe ser una interpretación típica, dirigida a encontrar el sentido de la estipulación concebida como una norma abstracta, o una intepretación circunstanciada, que tome en consideración la situación de la estipulación dentro del contexto de cada contrato.

Dado que en el caso de las cláusulas generales de contratación cada estipulación de las mismas es redactada de manera previa, general y abstracta, prescindiendo de la voluntad de la contraparte, y que en el caso de los formularios las estipulaciones son igualmente redactadas por una de las partes, sin intervención de la otra, debe entenderse que la interpretación de las estipulaciones a que se refiere el artículo 1401 debe tener carácter típico.

1.289 (interpretación objetiva) del Código civil. Este tipo de interpretación no necesita, por el momento, de mayor aclaración. Frente a él se halla la que suele denominarse interpretación típica (a veces también llamada uniforme o, con menos precisión, "objetiva"). Este tipo de interpretación exige que el juez examine las condiciones generales con independencia de las circunstancias del caso concreto, es decir, que limite su análisis al tenor literal de las mismas y al tipo contractual en el que se incluyan, negando cualquier relevancia a la relación concreta y a las representaciones y cualidades personales del adherente concreto. El intérprete ha de tener en cuenta las relaciones entre la empresa y la totalidad de la clientela y, por lo tanto, lo relevante no es lo que entienda el cliente concreto, sino lo que entendería un prototipo de adherente: el cliente medio honrado y diligente. El horizonte de comprensión de este modelo de cliente es el que deviene relevante para decidir el significado de la condición general. Si en el caso que se juzga, el adherente pudo entender algo distinto por sus saberes específicos o no pudo entender tal cosa por sus escasos conocimientos, es irrelevante.

Si las partes quieren desviarse del sentido típico de una de las condiciones generales -dirá RAISER-, pueden llevar a cabo un acuerdo individual que, como veremos, prevalece sobre las condiciones generales".

Esta posición es mayoritariamente admitida por la doctrina italiana, la que considera que en el caso del artículo 1370 de su Código civil las estipulaciones deben ser interpretadas sin considerar las circunstancias de cada caso. RIZZO[8] observa que existe la sensación que en la interpretación de las condiciones generales del contrato se hace referencia a su autónoma existencia y consistencia respecto a los contratos singulares que van a celebrarse a base de ellas, por lo cual la actividad hermenáutica no debe tanto dirigirse a estos últimos cuanto a las primeras.

Podría observarse que si se sostiene, como lo hago yo, que tanto los contratos por adhesión como las cláusulas generales de contratación tienen naturaleza contractual y no normativa, mal puede recurrirse a una interpretación propia de la ley en lugar de la que corresponde a los contratos. Responde ALFARO[9] que aún entre los *contractualistas* se sostiene que "las condiciones generales han de someterse a una interpretación típica o uniforme, justificando tal postura por el hecho de que las condiciones generales constituyen una regulación preparada con antelación como ordenación general de una pluralidad de contratos y no prevista, por tanto, para una relación jurídica concreta, por lo que no tiene sentido atender a las circunstancias que rodean la misma".

En realidad, las estipulaciones se redactan en una etapa precontractual y obedecen a una sola voluntad, la del predisponente, por lo cual se justifica que cada estipulación, aun cuando posteriormente pasen a formar parte de un indefinido número de contratos particulares, sea interpretada con un solo criterio, o sea de manera típica.

Desde luego, hay que matizar esta tipificación con el criterio de *normalidad* del que nos ha hablado BIANCA al tratar sobre la diligencia ordinaria que debe usar la contraparte, según el artículo 1341 del Código civil italiano, correspondiente al artículo 1397 de nuestro Código (supra, Tomo III, pág. 189), o sea que debe atenderse a lo que es normal para la masa de adherentes en relaciónal tipo de operación económica.

Así , por ejemplo, si se trata de una estipulación inserta en

cláusulas generales destinadas a la contratación con los miembros de una actividad gremial, la interpretación de ella (la estipulación) debe efectuarse tomando en consideración lo que entienda un prototipo de componente del gremio. En cambio, siendo el caso de una contratación con el público en general, habría que aplicar el criterio de un *buen padre de familia* o, quizá mejor, como dice ALFARO, de "un cliente medio honrado y diligente".

4).- LA REGLA "CONTRA STIPULATOREM".-

El artículo 1401 habla de que las estipulaciones a que se ha hecho referencia en el rubro "Alcances del artículo 1401" que antecede se interpretan en favor de la parte que no las ha redactado.

Antes de ocuparnos del tema relativo a si se trata realmente de una interpretación de tales estipulaciones, conviene estudiar el fundamento de la regla que les otorga un carácter contrario al estipulante.

Antecedentes de la regla.-

Hay que reconocer que los antecedentes de esta regla la vinculan a criterios sobre interpretación.

Su orígen se encuentra[10] en el antiquísimo principio *interpretatio contra stipulatorem*, según el cual "cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante". Citando a BIONDI dice REZZONICO[11] que se ha de interpretar en esos casos de duda contra el estipulante o creador del acto porque en el derecho romano *el estipulante es quien, precisamente, formula el esquema del acto, mientras que el promitente se limita a una manifestación adhesiva.*

Según ALPA[12], los autores fueron adaptando esta máxima a los tiempos sucesivos hasta llegar a POTHIER[13], quien la incorpo-

ró a su Regla Séptima para la Interpretación de las Convenciones, que dice: "En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquél que ha estipulado alguna cosa y en descarga del que ha contraído la obligación". De allí pasó al artículo 1.162 del Código NAPOLEON, según el cual *en la duda, la convención se interpreta contra aquel que la haya estipulado y a favor de aquel que haya contraído la obligación.*

Fundamento de la regla.-

El propio POTHIER, después de enunciar su Regla Séptima, la justificó diciendo que al acreedor debe imputarse el no haberse expresado mejor, de donde surgió el fundamento de la autorresponsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad, que se traduce, según ALFARO[14], en el deber del sujeto de expresarse claramente (*clare loqui*), "por lo que si no lo hace debe pechar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en contra suya", agregando que "la regla establece, por lo tanto, una distribución equitativa del riesgo contractual: en concreto, el adherente que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual".

Se trata, pues, de una *sanción* que se impone al estipulante por la falta de claridad de lo que ha estipulado.

El principio del *clare loqui* ha tenido considerable acogida doctrinal. Así RIZZO[15] nos dice que dicho principio encuentra un fundamento y una justificación ampliamente consolidada que, centralizándose particularmente en la figura del declarante-predisponente subraya la autorresponsabilidad por sus comportamientos y declaraciones.

En la misma línea de pensamiento SALANDRA[16] destaca que quien formuló las condiciones del contrato tiene los medios a su alcance para evitar, con la claridad de la expresión, toda duda y, si no lo ha hecho, debe soportar las consecuencias de su negligencia, impericia o mala fe.

Viene de esta manera a enlazarse la máxima del *clare loqui* con el principio de la buena fe, en el sentido que se protege los intereses impuestos por la buena fe, ya que no favorecer al causante de la oscuridad quiere decir favorecer a su adversario[17].

La regla "favor debitoris".-

Surge así un nuevo enfoque del problema, cuyas raíces se encuentran ya en la Séptima Regla de POTHIER y, por ende, en el artículo 1.162 del Código NAPOLEON. Obsérvese que ambos textos, si bien plantean en primer lugar que la cláusula o convención se interpreta contra aquél que la ha estipulado, agregan que también se interpreta a favor de aquél que haya contraído la obligación.

Resulta, pues, que no se trata simplemente, como bien dice DIEZ-PICAZO, de sancionar al predisponente sino de beneficiar, a su vez, al deudor de la prestación.

Esto pone sobre el tapete si esta segunda consecuencia, o sea la interpretación a favor del deudor (*favor debitoris*), no debería ser el motor del sistema.

Piénsese, al respecto, que la interpretacion en contra del estipulante no tiene como correlato necesario la interpretación a favor del deudor. Bien puede suceder que el perjuicio del predisponente se agote en su esfera jurídica sin producir un beneficio respectivo en la esfera jurídica de la contraparte, como es dable en los contratos con prestaciones autónomas.

Si no se optara, pues, por un giro de la regla *contra stipulatorem*, en el sentido que la meta de la interpretación no es que ésta sea contraria al estipulante -lo cual puede ser simplemente una consecuencia- sino necesariamente favorable a la contraparte, no se habría dado remedio a la situación.

La regla del *favor debitoris*, que es también muy antigua, tiene como eje la idea de ayudar a la parte más débil, que se supone sea el deudor, apoyándose en un criterio de benignidad. Como dice

REZZONICO[18] esta idea, inspirada en la ética cristiana, ha iluminado también los criterios del *favor libertatis*, del *in dubio pro reo*, del *in dubio pro operario*, etc. y parte del principio según el cual debe preferirse *qui certat de damno vitando* (lucha por evitar un daño) -el obligado- a *qui certat de lucro captando* (lucha por adquirir un lucro) -el acreedor- (CARRESI).

Aplicando la regla del *favor debitoris*, la interpretación de las cláusulas dudosas debe favorecer al deudor.

La doctrina moderna, especialmente la argentina [19], se orienta hacia interpretar la citada regla en el sentido de la protección a la parte más débil del contrato, que en las relaciones modernas (contrato de seguro, por ejemplo) no es necesariamente el deudor. Esta orientación se plasmó en una ponencia aprobada en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Corrientes (Argentina).

Posible compatibilidad de ambas reglas.-

Si se traslada la regla *favor debitoris* a la interpretación de las estipulaciones dudosas insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, cabría establecer que tal interpretación no debe hacerse en contra del predisponente sino a favor de la contraparte, tal como lo hacen el artículo 1370 del Código civil italiano y el artículo 1401 del Código civil peruano.

Comentando la fórmula italiana, CASSOTTANA[20] señala que subsiste a cargo del predisponente el deber de *clare loqui*, idóneo para determinar en su cabeza una particular forma de "responsabilidad" por la ambigua formulación de las expresiones que ha usado, lo cual resulta claramente de la Relación del Guardasellos al Código civil italiano.

Por lo tanto, la responsabilidad por la falta del *clare loqui* recae siempre en el predisponente, pero no se manifiesta mediante una interpretación en su contra sino una a favor de la contraparte.

REZZONICO(21) destaca que la interpretación contra el estipulante y la liberación del obligado que figuran en la Regla Séptima de POTHIER disipa toda posibilidad de hallar diferencias marcadas entre la regla *contra stipulatorem* y el *favor debitoris*, agregando que "decir que la interpretación se debe hacer *contra quien estipuló* significa establecer una ventaja para la otra parte, y correspondientemente decidir que la interpretación será *en favor del deudor* es afirmar que ella ser en desventaja del acreedor".

Sin embargo, esta asimilación del "predisponente" al "acreedor" y de la "contraparte" al "deudor" no resulta siempre en el caso del artículo 1401 del Código civil, desde que puede darse que la estipulación dudosa redactada por el predisponente contenga una obligación a su cargo, que determina un correlativo derecho de la contraparte, con lo cual la interpretación favorable a ésta no ser a en *favor debitoris* sino en *favor creditoris*.

Consecuentemente, puede establecerse que el artículo 1401 del Código civil no está inspirado en un genérico *favor debitoris*, sino en la regla *contra stipulatorem*, con la peculiaridad que la estipulación dudosa no se interpreta contra el predisponente de la misma sino a favor de la contraparte. En igual sentido se pronuncia la doctrina italiana(22) al juzgar el artículo 1370 de su Código civil.

El fundamento de esta posición es siempre imponer una sanción al predisponente por faltar al *clare loqui*, desde que la redacción de la estipulación dudosa es imputable exclusivamente a él, pero con una visión más positiva pues se orienta a hacer surgir un derecho a favor de la contraparte y no a crear un perjuicio al predisponente.

En el próximo rubro estudiaremos los alcances que, para los efectos del artículo 1401 del Código civil, conviene dar al deber del *clare loqui*.

5).- LA INTERPRETACION "EN CASO DE DUDA".-

El artículo 1401 del Código civil dispone que las estipulacio-

nes a que hace mención *se interpretan, en caso de duda, en favor de la contraparte.*

Conviene analizar si esta norma obedece a las reglas hermenáuticas generales o si se trata de una manera especial de interpretar.

Noción de interpretación.-

Interpretación, en general, es la actividad destinada a investigar el recto sentido del precepto, sea éste una norma jurídica (creadora de derecho objetivo) o un acto jurídico (creador de derecho subjetivo), desde que en ambos hay una declaración de voluntad.

Se ha visto que, no obstante que las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes están destinadas a formar parte de contratos (actos jurídicos), su interpretación debe hacerse siguiendo un criterio objetivo, que es propio de las normas jurídicas.

Sin embargo, esto no altera la finalidad de la interpretación, que es siempre llegar a saber cuál es el verdadero espíritu del precepto, su significado jurídico relevante.

Necesidad de la interpretación.-

Refiriéndose al proceso de interpretación, dice CARRESI[23] que ella se sustancia en un complejo de operaciones lógicas de las cuales no es posible prescindir para la comprensión del precepto, agregando que es desde esta perspectiva que debe apreciarse el significado actual del brocardo *in claris non fit interpretatio*, que parece excluir, desde que el acto ha sido formulado de manera clara, la necesidad misma de la interpretación.

Al respecto, cita una sentencia de Casación italiana[24], según la cual "en caso que el sentido literal del contrato revela con cla-

ridad y univocidad, a través de las expresiones usadas, la común voluntad de los contratantes y no subsiste razón de divergencia entre la letra y el espíritu del contrato mismo, una ulterior interpretación es inadmisible en cuanto conduce a sustituir la propia opinión subjetiva a la efectiva voluntad de los contratantes".

Sin embargo, este parecer jurisprudencial no es compartido por un sector importante de la doctrina. El propio CARRESI[25] siembra la inquietud al plantear que si el afirmar que la *claritas* del texto contractual hace superfluo el proceso interpretativo no es, en realidad, sino una contradicción en términos, porque a la conclusión de que un acto es claramente formulado sólo puede llegarse después que se le ha interpretado.

Admite MIRABELLI[26] que en el primer momento del procedimiento interpretativo debe ser aplicado el método literal, esto es debe indagarse el significado propio de las palabras, ya que en este momento del procedimiento, siendo el objeto de la interpretación una declaración, no puede por cierto ser eliminado. Se impone, en cambio, negar valor al brocardo *in claris non fit interpretatio* y proceder a un completo examen hermenáutico del comportamiento jurídicamente relevante, sin detenerse en un reconocimiento *prima facie*.

ALBALADEJO[27] sostiene que toda norma debe ser objeto de interpretación, en el sentido que no hay ninguna que escape a esa necesidad, como algunas escaparían, si, por ejemplo, unas hubiesen de interpretarse y otras no, *por entenderse a primera vista*. "Pues lo mismo, agrega, es tarea interpretativa la sencilla de leer el precepto claro y captar -a la primera- su sentido. Lo que ocurre es que esa interpretación es *fácil*. Pero lo es también, ya que interpretar no se llama solamente a la difícil búsqueda del sentido de las cosas oscuras", lo que lo lleva a afirmar que (en su sentido literal) es falso el brocardo *in claris non fit interpretatio*.

Si bien escrita en 1938, la obra de GRASSETTI[28] sobre interpretación conserva su vigencia(*) y tiene una influencia determi-

---

(*) En la Premisa de la nueva edición de su obra efectuada en 1983,

nante en el Derecho italiano. Refiriéndose a que el presupuesto necesario y suficiente de los dos momentos de la interpretación - el literal y el lógico- es una *voluntad manifestada*, y no sólo una *voluntad manifestada imperfectamente*, afirma que "la interpretación, tanto del negocio jurídico como de la ley, es una operación necesaria también cuando las palabras no son oscuras ni ambigúas (dice que es, por tanto, falsa la máxima *in claris no fit interpretatio*, que se intenta basar en una errónea generalización de un pasaje de PAULO relativo a los testamentos): la opinión opuesta deriva de una confusión entre interpretación y dificultad de su realización".

Cabe sostener, pues, que todo precepto, tanto creador de derecho objetivo como de derecho subjetivo, debe ser materia de interpretación. En el caso de las estipulaciones que se insertan en cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, si bien no son reglas normativas ni actos jurídicos, son declaraciones de voluntad que van a formar parte de contratos particulares, por lo cual requieren ser interpretadas.

Surgimiento de la duda.-

Desde que la claridad del precepto no excluye el requerimiento de su interpretación, la duda respecto a su recto sentido (del precepto) no surge necesariamente de su oscuridad (falta de claridad) sino también de otro elemento o factor que no permite conocer *prima facie* ese recto sentido.

GRASSETTI manifiesta que la codificación de 1942 no ha cambiado sustancialmente los resultados de su monografía, que así ha encontrado en el Código de 1942 completa adhesión, como resulta de la Relación que la acompaña. Agrega que la jurisprudencia formada sobre el mismo Código de 1942 no se aleja frecuentemente de sus conclusiones, salvo sobre algunos puntos, como la revalorización del "ditterio" in claris no fit interpretatio, revalorización con la que él no consentiría hoy, como no consiente MIRABELLI.

Pienso que este elemento o factor es la *ambigüedad*, considerada como la calidad de entenderse de varios modos y dar, por consiguiente, lugar a dudas respecto a cuál es el concepto adecuado; a diferencia de lo oscuro, que es lo que no se puede entender.

Esta ambigüedad puede provenir, y en la mayor a de los casos efectivamente proviene, de la oscuridad del precepto, pero cabe también, aunque es menos común, que un enunciado claro (o sea empleando las palabras que corresponda) tenga varios significados o pueda ser entendido de diversas maneras.

Al tratar sobre la regla "*contra stipulatorem*" dije que ella está basada en el deber del *clare loqui*, o sea de expresarse claramente, que recae sobre el estipulante. Parecería, pues, que si el estipulante cumple con ese deber al redactar las estipulaciones a que se refiere el artículo 1401, no hay lugar a que éstas se interpreten, en caso de duda, en favor de la contraparte.

Pienso, a la luz de lo expuesto en el presente rubro, que el deber del *clare loquis*, tratándose del citado artículo 1401, debe entenderse en un sentido más lato que el tradicional, o sea que el expresarse claramente no sólo significa evitar la oscuridad de la declaración sino también su ambigüedad.

La doctrina nos proporciona varios criterios para determinar la ambigüedad de una estipulación dentro del marco de las cláusulas generales de contratación.

Así REZZONICO[29], después de conceptuar la cláusula ambigua como aquélla que da motivo a incertidumbre o confusión, indica que ello puede deberse a un posible sentido doble ó *plurívoco*, a una oscuridad del pensamiento o a otras causas similares.

Por su parte CASSOTTANA[30], quien trata el tema con especial cuidado, nos proporciona algunos criterios sobre la ambigüedad de la estipulación, considerando que puede deberse a: ser "indeterminada", aunque reconoce que ello puede deberse a su carácter abstracto; ser "determinada" pero de tenor "incierto"; ser "equívoca",

cuando no pone de manifiesto los alcances de su contenido; ser de difícil conocimiento (letra pequeña) o comprensión (estar confundida entre otras estipulaciones de distinto carácter).

El mismo autor[31], después de hacer esta exposición esquemática, nos indica algunos puntos firmes para determinar cuando debe considerarse que subsiste aquella "duda" de que habla el artículo 1370 del Código civil italiano (correspondiente al artículo 1401 de nuestro Código civil):

a).- El problema no puede ser resuelto en modo unitario, sino que se necesita criterios diversificados.

b).- La individuación de los casos en que la cláusula resulta "indeterminada", "incierta" o "equívoca" se remite a la apreciación discrecional del juez.

c).- La buena fe representa el instrumento principal para dar estos primeros pasos, debiendo averiguarse si la ambigüedad deriva necesariamente de la exigencia de disciplinar de modo uniforme una pluralidad de relaciones o del hecho que no pueden preverse todas las circunstancias.

d).- Debe establecerse qué grado de incertidumbre debe ser soportado por la contraparte y cuáles consecuencias jurídicas pueden asignarse a la expresión "duda", usando también el criterio de la buena fe.

Camino a recorrer.-

El artículo 1401 del Código civil no es una norma interpretativa, en el sentido que no da pautas para efectuar la interpretación, sino que se limita a establecer las consecuencias que se derivan cuando se determina que la estipulación redactada por el predisponente da lugar a dudas.

Consecuentemente, antes de aplicar el artículo 1401 es preciso interpretar cada estipulación, recurriendo para ello a las reglas

hermenéuticas aplicables al caso (interpretación literal, lógica, histórica, sistemática y teleológica), tomando en consideración que, tal como se ha estudiado en el rubro "Carácter de la interpretación según el artículo 1401" de este comentario, tal interpretación debe ser típica, dado el carácter abstracto y unilateral de las estipulaciones, aunque matizada con el criterio de la *normalidad*.

Sólo una vez que, dado este primer paso, se establece a juicio del juez que la estipulación se presta a duda, habrá que "interpretarla" (enseguida veremos que se emplea impropiamente esta expresión) en favor de la contraparte.

Recto criterio.-

Se ha visto que la interpretación tiene por objeto encontrar el recto sentido del precepto; saber cuál es su significado jurídico relevante.

Consecuentemente, interpretar las estipulaciones redactadas por el predisponente para incorporarse a las cláusulas generales de contratación y a las ofertas de los contratos-tipo por adhesión (que es el campo de acción del artículo 1401) es necesariamente tratar de encontrar cuál es el sentido que el propio predisponente les ha querido dar.

Establecer, como lo hace el artículo 1401, que la interpretación de la estipulación debe hacerse, en caso de duda, a favor de la otra parte (que ciertamente no es el espíritu de la estipulación) constituye una desnaturalización de la interpretación.

Lo que ocurre, como dice BERLIOZ[32], es que bajo capa de una interpretación (que él llama "interpretación ingeniosa") se está , en realidad, efectuando una revisión del contrato para proteger al adherente.

No es criticable, como se ha visto, la regla "*contra stipulatorem*". Por el contrario, es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimien-

to de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique en favor de la contraparte. Lo censurable es que a este procedimiento se le llame "interpretación".

ALFARO[33] reconoce que "constituye un lugar comn en la literatura jurídica sobre condiciones generales señalar que la '*interpretación*' se ha utilizado en ocasiones por los jueces para efectuar un control encubierto del contenido de los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales", agregando que muchas son las ocasiones en que el Tribunal Supremo español, con el propósito de proteger al adherente como parte débil de la relación y so pretexto de estar llevando a cabo una actividad meramente interpretativa, ha procedido a una auténtica modificación del contenido contractual. Tal solución, dice GIERKE[34], si bien muy cómoda, es metódica y prácticamente errónea.

El Derecho no necesita estos subterfugios para llevar a cabo el justificadísimo propósito de responsabilizar al predisponente por la oscuridad o ambigüedad de las estipulaciones que ha redactado y de efectivizar esta responsabilidad favoreciendo a la contraparte. Como afirma LANDO[35], la técnica de utilizar la interpretación para efectuar un *control indirecto* de las cláusulas generales se presta a crítica, pues el problema debe encararse abiertamente.

Por otro lado, es posible que la duda no se deba a oscuridad o ambiguedad de la estipulación, sino a circunstancias totalmente ajenas al predisponente, que él no estuvo en posibilidad de tomarlas en consideración al momento de redactarla. No resulta justo que, en este caso, se imponga al predisponente la sanción de responsabilizarlo por la duda, resolviendo ésta en favor de la contraparte. Creo que, si así fuere, no sera de aplicación la regla del artículo 1401, debiendo solucionarse la duda de acuerdo con las reglas normales de la interpretación.

Desde luego, reconozco que el artículo 1401 del Código civil peruano se ha limitado a recoger una norma que existe en muchas legislaciones y que tiene un rancio abolengo jurídico, por lo cual estoy muy lejos de criticar a nuestros codificadores por su adop-

ción, pero pienso que hubiera sido preferible darle la siguiente redacción:

Artículo 1401.- *Las cláusulas generales de contratación y las estipulaciones de las ofertas de los contratos-tipo, en caso de ser oscuras o ambiguas por razones imputables al predisponente, favorecerán a la contraparte.*

Para finalizar este comentario quiero hacer referencia a un argumento que se ha esgrimido con bastante frecuencia, en el sentido que las normas destinadas a, en caso de duda, favorecer a la contraparte, darán lugar a que "los contratos de empresa sobre formularios sean cada día más claros en perjuicio del cliente"[36].

En el mismo sentido, RAISER[37] dice que "la victoria sobre el empresario es breve, según demuestra la experiencia, porque éste pondrá toda la sagacidad de sus asesores en lo que de ellos dependa para hacer la cláusula menos dudosa, todavía más general, menos al alcance de un control interpretativo de esta clase", agregando ALFARO que, como sucede tantas veces, "*covert tools are not reliable tools*" (expresión de LLEWELLYN).

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1401:

(1) RIZZO, Vito, "Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa", Edizione Scientifiche Italiane, Ercolano, 1983, pág. 362.

(2) DE NOVA, Giorgio, "Le condizioni generali di contratto" en "Trattato di Diritto privato" dirigido por Pietro RESCIGNO, U.T.E.T., Torino, 1982, pág. 114.

(3) ALPA, Guido, "L'interpretazione del contratto", Dott. A. Giuffrè , Editore, Milano, 1983, pág. 290.

(4) CASSOTTANA, Marco, "Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto" en "Le condizioni generalli di contratto" a cargo de C. Massimo BIANCA, Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 979, Tomo I, pág. 126.

(5) GARCIA AMIGO, Manuel, "Condiciones generales de los contratos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 46.

(6) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo I, Vol men I, pág. 125.

(7) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, "La interpretación de las condiciones generales de los contratos" en Revista de Derecho Mercantil Núms. 183-184, Madrid, 1987, pág. 20.

(8) RIZZO, Vito, op. cit., pág. 143. (1)

(9) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, op. cit., pág. 21. (7)

(10) RIZZO, Vito, op. cit., pág. 306. (1)

(11) REZZONICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA, Buenos Aires, 1987, pág. 588.

(12) ALPA, Guido, op. cit., pág. 17. (3)

(13) POTHIER, Robert Joseph, "Tratado de las obligaciones", Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 62.

(14) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, op.cit., pág. 50. (7)

(15) RIZZO, Vito, op. cit., pág. 326. (1)

(16) Cita de STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1985, pág. 79.

(17) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 252.

(18) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 605. (11)

(19) BORDA, Guillermo A., "La regla 'favor debitoris' en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil", La Ley, 1985-D, Buenos Aires, 1985, pág. 896; LEZANA, Mario Hugo, "La regla 'favor debitoris' y las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil", La Ley, 1985-D, Buenos Aires, 1985, pág. 916.

(20) CASSOTTANA, Marco, op. cit., pág. 127. (4)

(21) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 607. (11)

(22) RIZZO, Vito, op. cit. pág. 331. (1)

(23) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A Giuffré , Editore, Milano, 1987, Tomo II, pág. 504.

(24) Cass., 24 de octubre de 1978, No 4813.

(25) CARRESI, Franco, op. cit., Tomo II, pág. 503. (23)

(26) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 274.

(27) ALBALADEJO, op. cit., Tomo I, Volumen I, pág. 113. (6)

(28) GRASSETTI, Cesare, "L'interpretazione del negozio giuridico", CEDAN, Padova, 1983, pág. 96.

(29) REZZONICO, Juan Carlos, op. cit., pág. 606. (11)

(30) CASSOTTANA, Marco, op. cit., Tomo I, pág. 131. (4)

(31) IBIDEM, Tomo I, pág. 135.

(32) BERLIOZ, Georges, "Le contrat d'adhesion", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1976, pág. 131.

(33) ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, op. cit., pág. 17. (7)

(34) GIERKE, Juluis von, "Derecho Comercial y de la Navegación", Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1957, Tomo I, pág. 42.

(35) LANDO, Ole, "Le clausole contrattuali ingiuste nel Diritto dei paesi nordici" en op. cit. a cargo de C. Massimo BIANCA, Tomo I, pág. 262. (4)

(36) Frase de MOSSA, reproducida por CASTRO y BRAVO, Federico de, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1975, pág. 61.

(37) Cita de ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, op. cit., pág. 19. (7)

TITULO III

Objeto del contrato

PRELIMINAR

Se debate en doctrina sobre la utilidad de la noción de objeto del contrato. Algunos autores [1] critican adversamente esta noción por considerar que es totalmente superflua –aún desde el punto de vista didáctico– debido a que la pluriralidad de significados que puede encubrir y las múltiples hipótesis para las que se le emplea confirman su escasa relevancia práctica y conceptual. GORLA llega afirmar que "su máxima utilidad es clasificar ciertas reglas sobre contratos según un índice alfabético, y acaso ni siquiera esto!".

Prefieren otros autores, por ello, sostener que el contrato no tiene objeto, sino únicamente efectos. Así desde PLANIOL[2], pasando por VALVERDE [3], por COLIN y CAPITANT[4] y por RIPERT y BOULANGER[5], hasta llegar a GHESTIN[6], se afirma que el contrato es un acto jurídico que tiene efectos, que son las obligaciones, siendo éstas las que tienen un objeto, constituído por las prestaciones. Según esta doctrina, los redactores del Código civil francés han hecho referencia al objeto del contrato (artículos 1.126 a 1.128) recurriendo a una elipsis, ya que, en realidad, las prestaciones no son el objeto del contrato sino, como se ha dicho, de la obligación.

Pienso que este planteamiento no tiene un sustento valedero. Uno de los requisitos para la existencia y validez de los actos jurídicos es que tengan un objeto, por lo cual hay que reconocer al objeto el carácter de elemento esencial del acto jurídico. Como dice acertadamente MOSCO[7], "no se puede concebir una voluntad (el acto jurídico es una manifestación de voluntad) sin un

objeto, el cual se manifiesta en el resultado del acto (negocio), ese resultado final que es el valorado por el ordenamiento jurídico, en el sentido de que éste concede su tutela cuando aquél es merecedor de ella".

El contrato, por ser un acto jurídico, no puede, pues, carecer de objeto, ya que ello acarrearía su ineficacia. La dificultad (que después comprobaremos) de determinar cuál es ese objeto no debe llevarnos, por comodidad, a prescindir de él. Por otro lado, afirmar que el contrato no tiene objeto sino únicamente efectos constituye, en realidad, un juego de palabras, pues semánticamente el objeto y el efecto tienen una acepción común, que es la de ser "el fin para el que se hace una cosa" (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, 1984).

DIEZ-PICAZO[8] sostiene que la complejidad del tema del objeto del contrato obedece a que la palabra "objeto" es no sólo multívoca, sino que además es un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos. Sin embargo, llega a admitir que el contrato tiene objeto, que él sitúa en la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato incide.

1).- OBJETO Y CONTENIDO DEL CONTRATO.-

Existe una moderna corriente de opinión que tiende a identificar el objeto del contrato con su contenido.

En tal sentido ALPA[9] destaca que la orientación prevaleciente es que la noción de objeto quede absorbida dentro de aquélla –considerada más operativa– del contenido del contrato. Se entiende como contenido del contrato el que las partes han modelado en ejercicio de su libertad de configuración interna, con las limitaciones, desde luego, que esta libertad tiene dentro del actual concepto de socialización del derecho contractual, que se materializa entre nosotros mediante los artículos 1354 y 1355 del Código civil.

En esta línea de pensamiento el contenido estaría dado por

el conjunto de prestaciones y demás efectos jurídicos nacidos del contrato [10]. Se pregunta BETTI[11] cómo se determina y delimita el "contenido" de un contrato (acto jurídico), y responde que la determinación del contenido escapa a la iniciativa individual y entra en la competencia de la conciencia social y el orden jurídico, agregando que el "criterio de determinación es que el contenido se extiende a todo aquello cuya expresión o ejecución es necesaria, según la conciencia social y el orden jurídico, para que la declaración o comportamiento pueda cumplir la función económico-social típicamente designada por su nombre (por ejemplo, venta, mutuo)".

Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico, conjugando los artículos 1354 y 1357 del Código civil, el contenido del contrato estaría dado no sólo por las prestaciones queridas y declaradas por las partes, sino también por los demás efectos jurídicos que resulten de la integración de las normas legales de carácter imperativo.

Para quienes –como gran parte de la doctrina italiana– consideran que el objeto del contrato son las prestaciones que constituyen el contenido de la obligación, la asimilación del objeto del contrato a su contenido no resultaría totalmente injustificada(*).

Frente a esta posición se encuentra la de aquéllos que sostienen que el contrato tiene por objeto crear (regular, modificar o extinguir) la relación jurídica patrimonial. En tales condiciones, siendo las prestaciones las conductas mediante las cuales se realizan las obligaciones que forman la relación jurídica patrimonial, el contrato no puede tener por objeto estas prestaciones desde que ellas no constituyen la ejecución del contrato sino de la relación jurídica patrimonial.

(*) Sin embargo, aún en la doctrina italiana existen autores, como GALGANO[12], que piensan que hay que distinguir entre el objeto y el contenido del contrato, pues mientras el contenido del contrato es el reglamento contractual, o sea el conjunto de las cláusulas queridas por las partes y las insertas en el contrato por fuerza de la ley, el objeto del contrato es la prestación que una parte se obliga a ejecutar en favor de la otra.

CATAUDELLA[13] afirma que si con el término objeto se designa la materia sobre la cual el contrato incide, es necesario hacer la distinción entre contenido y objeto del contrato.

Conviene, por lo tanto, hacer una construcción científica del objeto del contrato.

2).- NOCION DE OBJETO DEL CONTRATO.-

Hay dos caminos para conocer qué es el objeto del contrato.

El primero es el que seguí en otro trabajo[14], que radica en determinar qué es lo que se busca con la celebración del contrato, esto es bien sea la constitución de obligaciones, bien la ejecución de prestaciones o bien la obtención de bienes y servicios.

El segundo camino discurre hacia descubrir la noción teórica del objeto del contrato, tener una idea respecto a cuál es la naturaleza de este elemento esencial para la existencia del contrato..

Es este segundo camino el que voy a recorrer ahora en primer lugar. Creo necesario hacerlo porque según la estructura del Código civil el contrato debe tener necesariamente un objeto.

En efecto, desde la Ponencia original hasta el primer Proyecto, inclusive, siempre existió en las sucesivas versiones de las disposiciones generales de los contratos un artículo, cuya numeración fue variando, que establecía que uno de los requisitos del contrato era el objeto. Sólo cuando la Comisión Revisora realizó el trabajo de conjugar los diferentes Libros del futuro Código civil, se tomó la decisión –considerando que el contrato es un acto jurídico y que en el Libro II sobre el Acto Jurídico se consignó un artículo sobre los requisitos necesarios para la validez del acto jurídico– de suprimir la norma referente a los requisitos del contrato no porque se pensase que el contrato no debía tener requisitos, sino que le eran aplicables los requisitos del acto jurídico, entre los que se encontraba el objeto.

Tendremos oportunidad más adelante de comprobar que, si

bien el propósito fue loable, la realización del mismo adolece de defectos pues ha dado lugar a una contraposición entre el objeto del acto jurídico y el objeto del contrato.

Volviendo al tema de la noción del objeto del contrato, la doctrina, si bien con un enfoque común, ha tomado posiciones diferentes respecto a lo que, en su esencia, es el objeto del contrato.

Un primer grupo, en el que se puede situar a DUGUIT[15] y SACCO[16], opina que el objeto del contrato es simplemente lo que las partes quieren. Otro grupo, en el que se hallan los MAZEAUD[17], MOSSET[18] y GHESTIN[19], perfilando mejor el concepto, estima que el objeto del contrato es la operación jurídica que se desea realizar. Finalmente un tercer grupo, en el que es posible incluir a DIEZ-PICAZO[20] y BUERES[21], entiende que el objeto del contrato es la realidad última susceptible de utilidad.

Entre estas tres posiciones me atrae más la segunda, o sea aquélla que ve el objeto del contrato como una operación jurídica, porque si bien es cierto que, como se ha visto, las partes buscan el fin práctico del contrato, deben alcanzarlo a través de un medio jurídico, por lo cual el objeto del contrato debe ser, precisamente, poner inmediatamente a disposición de los interesados ese medio jurídico que les permitirá alcanzar mediatamente el fin práctico.

Voy a tratar de explicarme mejor. Supóngase que una persona tiene el fin práctico de adquirir la propiedad de un rebaño de ovejas perteneciente a su causante hereditario, pero sabe que para lograrlo debe utilizar un medio jurídico, como es la donación, la compraventa, la permuta o el suministro, ya que el ordenamiento jurídico no le permite hacerlo de otra manera, como, por ejemplo, robando el rebaño o asesinando a su causante.

El objeto del contrato debe ser, por lo tanto, poner en manos del interesado el instrumento jurídico apto para generar los efectos que él desea obtener. Si el interesado optara por el contrato de compraventa, alcanzaría con ello que el vendedor se obligue a transferirle la propiedad del rebaño, que es la operación jurídica

que pone en marcha el procedimiento que, mediante la ejecución de la prestación de entrega (de dar), le permitirá posteriormente adquirir tal propiedad. En otras palabras, el objeto de un contrato se alcanza cuando se producen los efectos que son suficientes para perfeccionarlo.

Pienso que la posición de DIEZ-PICAZO y BUERES, quienes consideran que el objeto del contrato es su realidad última, está referida a sistemas que permiten que mediante el contrato se alcance esa realidad. Por ejemplo, tratándose de la adquisición de la propiedad del rebaño, dicha posición puede tener asidero en sistemas que permitan al contrato tener efectos reales, con lo cual la compraventa transferiría la propiedad del rebaño, que es la realidad última, pero no en sistemas como el nuestro en que los contratos sólo tienen efectos obligacionales.

Pensar de otra manera significaría que el objeto del contrato de compraventa no se habría logrado, en nuestro sistema, con el perfeccionamiento de este contrato, sino que se necesitaría del procedimiento adicional de entrega, que es la ejecución de la prestación, para alcanzar tal objeto.

Entendido así el objeto del contrato, conviene ahora transitar por el primer camino del que hablé al principio del presente rubro, o sea estudiar las diferentes tesis que se han planteado para explicar cuál es el objeto final del contrato, aun cuando conviene advertir que estas tesis no estan referidas a un ordenamiento jurídico determinado, tal como el francés, el italiano, el argentino o el nuestro, para poner sólo ejemplos, sino a un sistema ideal, como sería aquél que permitiera alcanzar directamente el objeto del contrato tomando en consideración únicamente cuál es la solución más conveniente.

3).- TESIS SOBRE EL OBJETO IDEAL DEL CONTRATO.-

Tradicionalmente se han planteado tres tesis sobre el objeto del contrato, que lo sitúan, respectivamente, en la constitución de la obligación, en la ejecución de la prestación o en la obtención del bien o servicio.

Relación entre obligación, prestación y bien.-

No entenderíamos cabalmente el contenido de cada una de esas tres tesis si previamente no fijamos nuestro criterio respecto a cuál es el verdadero concepto de obligación, de prestación y de bien o servicio.

No corresponde a un comentario sobre la Sección Primera del Libro VII del Códicgo civil, que se refiere a los contratos en general, analizar exhaustivamente estos conceptos, pero, por otro lado, es necesario tener una idea clara de ellos para poder tomar posición respecto al cabal objeto del contrato.

Obligación es, según el concepto generalmente aceptado, una relación jurídica en virtud de la cual una persona –el deudor– tiene el deber de ejecutar una determinada prestación a favor de otra persona –el acreedor–, quien tiene la facultad de exigirla.

Prestación es un comportamiento o conducta del deudor, consistente en un dar, un hacer o un no hacer, tendiente a satisfacer el interés del acreedor.

Bien es la cosa o derecho que es materia de la prestación. Por ejemplo, en la prestación de dar dinero, el dinero es el bien. A veces, la prestación no está orientada a proporcionar al acreedor un bien sino un hecho personal del deudor, que es el servicio. Así, en la prestación de limpiar un objeto, la limpieza es el servicio.

Entendidos de esta manera aquellos tres conceptos, estudiaremos después –una vez que hayamos definido cuál es el verdadero objeto del contrato– la relación que existe entre ellos.

Objeto directo y objeto indirecto del contrato.-

Para evitar confusiones, conviene aclarar que la doctrina[22] suele distinguir entre el objeto directo (inmediato) del contrato y su objeto indirecto (mediato).

Entiende dicha doctrina que el objeto *directo o inmediato* del contrato es el elemento sobre el cual incide.

Como este elemento (por ejemplo, la obligación o la prestación) puede, a su vez, tener también un objeto, este último se denomina objeto *indirecto* o *mediato* del contrato.

LOPEZ de ZAVALIA[23] llega aún más lejos, pues considera, poniendo como ejemplo el contrato de compraventa, que el objeto *inmediato* del contrato (las obligaciones de transferir la propiedad y de pagar el precio) puede escindirse mediatamente en un objeto *directo* (las prestaciones de dar el bien y el dinero) y un objeto *indirecto* (el bien y el dinero).

Si es posible –como efectivamente lo es– concebir separadamente el *contrato*, la *obligación*, la *prestación* y el *bien* o *servicio*, creo que es innecesario hacer la distinción entre objeto *directo* o *inmediato* y objeto *indirecto* o *mediato* del contrato, y aún más la subdistinción que hace LOPEZ de ZAVALIA, desde que resulta más comprensible, y también más lógico, buscar cuál es el objeto directo de los tres primeros conceptos, si es que lo tienen, y no el imputar que sólo el contrato tiene objeto.

En efecto, el contrato no es la única fuente de las obligaciones, de tal manera que el otorgar a las prestaciones (que son la manera de cumplir las obligaciones) el carácter de objeto indirecto o mediato del contrato significa complicar las cosas, pues tratándose de las demás fuentes de las obligaciones ellas (las prestaciones) serían objeto indirecto o mediato de estas otras fuentes y no del contrato. Repito, pues, que tiene más sentido tratar separadamente cada uno de los cuatro conceptos antes expresados (contrato, obligación, prestación y bien o servicio) e intentar descubrir cuáles son las relaciones que existen entre ellos y si es posible que, además del contrato, alguno de ellos tenga su propio objeto.

De acuerdo con este criterio, voy a limitarme a estudiar cuál puede ser el objeto directo e inmediato del contrato.

La obligación como objeto del contrato.-

Existe una primera posición[24], llamada por BUERES[25] *"teorías amplias"*, que considera, con ligeras variantes, que el objeto directo del contrato está constituído por las obligaciones que él crea, regula, modifica o extingue.

El fundamento de esta posición es que el contrato es una de las fuentes de las obligaciones –la primera después de la ley–, de tal manera que el objeto del contrato no puede ser otro que el cumplir esa función que le ha impuesto el ordenamiento jurídico.

PACCHIONNI[26] dice, refiriéndose en general a los contratos que versan sobre la transferencia de la propiedad o de la posesión de una cosa, sobre la obligación de hacerlo o de asegurarse una actividad, o el resultado de una actividad, que su objeto en suma es siempre o la directa transferencia de un derecho de parte de un contratante al otro, o la obligación que un contratante asume frente al otro de ejecutar una prestación. Limitándose al contrato obligacional, el mismo autor afirma que el objeto del contrato, hablando propiamente, es constituir las obligaciones que las partes asumen una frente a la otra.

Dado que el contrato puede ser fuente de no sólo una obligación (contrato unilateral con una obligación) sino también de varias obligaciones (contrato plurilateral), cabría decir que un contrato puede tener varios objetos, lo cual es cierto. Por ello, tomando en consideración que todas las obligaciones derivadas de un contrato forman una sola relación jurídica, lo más propio es entender que el objeto del contrato es la relación jurídica obligacional que él crea, regula, modifica o extingue.

La prestación como objeto del contrato.-

Por influencia de la doctrina alemana, un grupo de autores ha acogido con entusiamo que el objeto directo del contrato está constituído por la prestación.

Esta corriente de opinión ha coincidido con el parecer de varios comentaristas italianos[27] que observan que su Código civil, si bien trata del objeto del contrato (artículo 1346) sin precisar en que consiste, se refiere, en realidad, a la prestación, como se desprende de los artículos 1347, 1348 y 1349, ubicados todos en la misma Sección III, que hablan de los alcances y requisitos de la prestación. MESSINEO observa que el legislador italiano ha debido colocar estos artículos entre las normas sobre las obligaciones en general, que es su lugar natural, desde que la prestación atañe a la materia de la *obligación* y no a la del *contrato*, porque la prestación propiamente es el contenido de la *obligación*.

Según los pareceres de quienes siguen la indicada orientación doctrinal, que BUERES[28] denomina *"teorías intermedias"*, el objeto del contrato es la prestación que, como se ha visto, consiste en la conducta del deudor que obedece a un deber (la obligación) y está dirigida a realizar algo (dar, hacer o no hacer) en interés del acreedor.

Pese a que BEJARANO[29] considera que entre las tres acepciones del objeto del contrato –la obligación, la prestación y el bien– la más correcta es la segunda, pienso que resulta forzado, en realidad, otorgar a la prestación el carácter de objeto del contrato. Siendo su función, como se ha visto, el permitir mediante su ejecución el cumplimiento de la obligación, no tiene un fin en sí misma sino constituye un medio para alcanzar aquello que busca la obligación. El contrato no tiene por objeto poner en marcha una actividad (dar o hacer) o determinar una abstención (no hacer), sino alcanzar, como todo acto jurídico, la finalidad que le es propia.

La prestación, por su naturaleza, no es apta para constituir el objeto del contrato, ya que no es en sí ni lo que él crea (la relación jurídica) ni lo que anhela alcanzar (la satisfacción del interés surgido de esa relación jurídica), que se materializa mediante la obtención por el acreedor del bien o servicio materia del contrato.

La prestación es sólo un elemento de la obligación, que obedece a la existencia de ella y tiende a darle cumplimiento.

El bien o servicio como objeto del contrato.-

Entendiendo por objeto del contrato la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato incide, DIEZ-PICAZO[30] considera que siendo el bien aquella realidad susceptible de utilidad e interés, él debe ser el objeto directo del contrato. En parecida línea de pensamiento, BIANCA[31] opina que, en cuanto concurre a determinar el contenido del contrato, el bien se manifiesta como representación ideal de las partes, como bien *debido*, por lo cual el bien llega a ser el objeto del contrato.

BUERES[32] llama a estas tendencias *"teorías restringidas"*, participando él de esta posición. Su raciocinio, partiendo de la idea de que las obligaciones son el efecto del contrato y no su objeto, y de que las prestaciones constituyen el objeto de las obligaciones, lo lleva a la conclusión de que los hechos y los bienes constituyen el objeto del contrato.

Para optar por esta solución es necesario, repito, admitir que mediante el contrato puede obtenerse *directamente* el bien o servicio materia del mismo. Sólo así, es dable que el bien o servicio constituya el objeto del contrato, desde que mediante la celebración de éste se alcanza su cometido.

Efectuada esta introducción al tema del objeto del contrato, sobre el que versa el Título III de la Sección Primera del Libro VII del Código civil, voy a proceder enseguida al comentario de cada uno de los artículos que están ubicados en dicho Título, con la finalidad de conocer su verdadero sentido.

BIBLIOGRAFIA DEL OBJETO DEL CONTRATO:

(1) ALPA, Guido, "L ' Interpretazione del contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1983, pág. 408.

(2) PLANIOL, Marcel, "Traité Elementaire de Droit Civil", Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1926, Tomo II, pág. 360.

(3) VALVERDE y VALVERDE, Calixto, "Tratado de Derecho civil español", Talleres Gráficos "Cuesta", Valladolid, 1920, Tomo III, pág. 239.

(4) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. "Curso elemental de Derecho civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, Tomo III, pág. 629.

(5) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, pág. 162.

(6) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág. 567.

(7) Cita de MOZOS, José Luis de los, "El negocio jurídico", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1987, pág. 61.

(8) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 130.

(9) ALPA, Guido, op. cit., pág. 409. (1)

(10) MOZOS, José Luis de los, op. cit., pág. 73. (7)

(11) BETTI, Emilio, "Teoría general del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 120.

(12) GALGANO, Francesco, "Diritto civile e commerciale", Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, Volumen II, Tomo I, pág. 189.

(13) CATAUDELLA, Antonino, "Sul contenutto del contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1974, pág. 33.

(14) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, pág. 382.

(15) DUGUIT, León, "Las transformaciones del Derecho", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1975, pág. 213.

(16) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 475.

(17) MAZEAUD, Henri, León y Jean, "Lecciones de Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte II, Volumen I, pág. 267.

(18) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1981, pág. 194.

(19) GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 569. (6)

(20) DIEZ PICAZO, Luis, op. cit., tomo I, pág. 134. (8)

(21) BUERES, Alberto J., "Objeto del negocio jurídico", Editorial Hamurabi S.R.L., Buenos Aires, 1986, pág. 59.

(22) BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "Obligaciones civiles", Harper & Row – Latinoamericana, México, 1982, pág. 68; RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, "Derecho civil", Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1981, pág. 60; SANCHEZ MEDAL, Ramón, "De los contratos civiles", Editorial Porrúa S.A., México, 1978, pág. 21; SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, Tomo III, pág. 341.

(23) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, pág. 136.

(24) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Volumen II, pág. 223; COSSIO, Alfonso de, "Instituciones de Derecho civil", Alianza Editorial, Madrid, 1975, Tomo I, pág. 266; ARIAS, José, "Contratos civiles", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Tomo I, pág. 185; PACCHIONNI, Giovanni, "Dei contratto in generale" Casa Editrice Dott. A Milani (S.A.), Padova, 1939, Volumen II, Pág. 73; BAUDRY-LACANTINERIE, R., "Précis de Droit Civil", Librairie Recueil Sirey, París, 1925, Tomo II, pág. 42; LAVALLE COBO, Jorge E., en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma Buenos Aires, 1984, Tomo 5, pág. 792; ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 155; SANCHEZ MEDAL, Ramón, op. cit., pág. 21 (2); BEJARANO SANCHEZ, Manuel, op. cit., pág. 68 (22); RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, op. cit., pág. 60 (22); GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo III, pág. 196.

(25) BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 42. (21)

(26) PACCHIONNI, Giovanni, op. cit., Volumen II, pág. 74. (24)

(27) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 137; MIRABELLI, Giuseppe. "Delle obligazioni — Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 174; ALPA, Guido, op. cit., pág. 407 (1)

(28) BUERES, Alberto J., op. cit., pag. 48. (21)

(29) BEJARANO SANCHEZ, Manuel, op. cit., pág. 68. (22)

(30) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 134. (8)

(31) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1981, pág. 318.

(32) BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 53. (21)

Artículo 1402.- *El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- La posición del Código civil.
3.- Necesidad del artículo 1402.
4.- Alcances del artículo 1402.
5.- Objeto del contrato y objeto de la obligación.
6.- Las relaciones de cortesia.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 73 de la Ponencia original tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 73.-** El objeto del contrato consiste en crear una obligación de dar, hacer o no hacer.

En la introducción de la Exposición de Motivos del Capítulo IV de esta Ponencia, que versa sobre el objeto del contrato, se dice que "debemos manifestar que no hemos seguido la tesis según la cual el objeto del contrato está referido a las prestaciones, como sostienen tratadistas de la talla de Laurent y como ha sido considerado en el Código Civil Italiano de 1942. Para nosotros, el objeto es la finalidad que se desea alcanzar y está referido a la obligación cuya creación, modificación o extinción es buscada por las partes contratantes".

La redacción de dicho artículo fue conservada en el artículo 80 de la primera Ponencia sustitutoria.

El artículo 77 de la segunda Ponencia sustitutoria modificó en algo esta redacción precisando que el objeto del contrato "consiste en crear, regular o extinguir obligaciones ...", que se mantuvo en el artículo 43 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

Es interesante destacar que en la introducción de la Exposición de Motivos del Capítulo IV de la cuarta Ponencia sustitutoria, que se repitió en el Anteproyecto, se agregó un párrafo que dice: "Por eso es que en esta parte de la Ponencia no se hace mención a las cosas, en el entendido concepto que éstas, a su vez, son el objeto mismo de la prestación. Una vez constituída la obligación, o sea cuando ya existe, se modifica o deja de existir, el objeto del contrato ha sido alcanzado plenamente, pues nada más es lo que se buscaba".

El artículo 1418 del primer Proyecto modificó la palabra "regular" por "reglar" y agregó la palabra "modificar".

El texto del artículo 1367 del segundo Proyecto es igual al del artículo 1402 del Código civil.

2).- LA POSICION DEL CODIGO CIVIL.-

La Exposición de Motivos y Comentarios de la Comisión Reformadora, en lo que se refiere al Título III de la Sección Primera del Libro VII del Código civil[1], dice textualmente lo siguiente:

> "Conceptualmente se considerá necesario incorporar un título sobre el objeto del contrato, siguiendo los ejemplos de diferentes Códigos, entre los que citaremos los de Italia, Etiopía y Filipinas.
>
> "Esta decisión no es caprichosa ni mucho menos. Ella se explica si se tiene en cuenta que doctrinariamente existen dos posiciones sobre la materia. La primera y tradicional, sostiene que el objeto del contrato es la prestación o prestaciones que emanan del celebrado. Estas prestaciones, como es

sabido, consisten en un dar, hacer o no hacer. Pero existe otra corriente moderna según la cual el objeto del contrato es la creación, regulación, modificación o extinción de las obligaciones, separándola con ello de su propio objeto, que se expresa en una prestación de dar, hacer o no hacer. A su vez, el objeto de la prestación de dar por ejemplo, en un contrato de compraventa, será el bien que se vende y el precio que debe abonarse; y algo semejante sucede en las prestaciones de hacer y no hacer.

"En el fondo, la distinción tiene importancia y se asumió una posición para evitar las confusiones que existen en diferentes Códigos y en la doctrina entre el objeto de la obligación y el objeto del contrato. El cambio que se ha introducido es, pues, significativo. En efecto, anteriormente el objeto estaba vinculado a los bienes sobre los que incide la obligación. Así , en la compraventa, su referencia era el inmueble o mueble a cuya transferencia se comprometía el vendedor. Pero ahora, dentro de la tesis recogida por el Código en este Título, el objeto está dirigido a la obligación misma. Si utilizamos el ejemplo anterior, el objeto es entonces la obligación de dar el bien, que asume el vendedor y la de pagar su precio, que contrae el comprador".

He transcrito estos párrafos de la Exposición de Motivos porque son muy elocuentes. Ponen de manifiesto, con gran claridad, que el legislador no siguió el cómodo camino de abstenerse de tomar partido y dejar a la doctrina la determinación del objeto del contrato, con todas las dudas y divergencias de opinión a que ello da lugar, sino que optó conscientemente, entre varias alternativas, por una posición que, sin ser necesariamente indiscutible, consideró la más válida.

Pienso que éste es el rol que corresponde realmente a un codificador: definir el concepto que, a su juicio, debe tipificar las instituciones cuando ellas pueden ser entendidas de diferentes maneras, bien sea por incertidumbre respecto a su verdadera naturaleza o bien por diversidad de pareceres sobre sus alcances.

Se ha visto en la introducción de este Título III que existen tres planteamientos, sendamente sustentados por juristas de nota con plausibles razones, sobre el objeto del contrato, que unos ubican en la obligación, otros en la prestación y el resto en el bien o servicio.

Ante esta realidad, el codificador peruano, que bien pudo abstenerse de definir el objeto del contrato o bien adoptar la posición de su homólogo italiano de limitarse a indicar que tal objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable, decidió , por las razones expuestas en la Exposición de motivos que se ha transcrito anteriormente, elegir entre esos planteamientos y optó por el de considerar que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.

Considero que la opción tomada por nuestro codificador es acertada, en virtud de las siguientes razones:

a).- De acuerdo con la definición contenida en el artículo 1351 del Código civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Según se ha visto al comentar dicho artículo (supra, Tomo I, pág. 103), la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional, esto es propia del Derecho de obligaciones.

Queda descartado, por lo tanto, que en el sistema peruano el contrato pueda crear relaciones distintas que las obligacionales, tales como las familiares, las sucesorias y aún, como se ha visto (supra, Tomo I, pág. 95), las reales.

Por otro lado, la relación jurídica patrimonial (obligacional) es el conjunto de obligaciones, con sus correlativos derechos, que ligan a los contratantes, de tal manera que el contrato versa sobre las obligaciones.

b).- El Libro VII del Código civil, cuya Sección primera se ocupa

de los contratos en general, regula las fuentes de las obligaciones, entre las cuales se encuentran -además de la ley- el contrato, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual.

Es más, la creación de obligaciones (el ser fuente de ellas) no es una consecuencia indirecta o secundaria (como ocurre, por ejemplo, en el enriquecimiento sin causa y en la responsabilidad extracontractual) del contrato, sino su finalidad primaria, desde que el contrato existe fundamentalmente para crear la relación que contiene esas obligaciones.

En estas condiciones, siendo el contrato una fuente directa de las obligaciones, es natural que su objeto recaiga en ellas, pues de esta manera cumple su finalidad.

c).- Para la adquisición de derechos reales nuestro Código civil ha adoptado la teoría del *título* y el *modo* según la cual cuando se celebre un contrato tendente a la adquisición de un derecho real (por ejemplo, la compra de un bien mueble), esta adquisición no se produce por el solo efecto del contrato, sino que hace falta, además, la tradición del bien.

Como dice ALBALADEJO[2], *título* es el acto jurídico (el contrato) por el cual se establece la voluntad de transferir el derecho; y *modo* es la conducta (la entrega) mediante la cual se realiza efectivamente la transferencia. Sin *título* previo el modo no transfiere el derecho real. Sin *modo* subsiguiente, el título es insuficiente para esa transferencia. Se necesita, pues, la conjunción de los dos elementos para que la transferencia de la propiedad pueda producirse.

Si trasladamos esta teoría al campo de las obligaciones, tendríamos que el contrato sería el *título* creador de la obligación, o sea de la relación jurídica, y la prestación sería el *modo* mediante cuya ejecución se cumpliría la obligación.

Utilicemos, para efectos comparativos, el mismo ejemplo de la compraventa de un bien mueble, pero enfocándolo a la luz

del derecho de obligaciones. El contrato de compraventa obligaría al vendedor a transferir la propiedad del bien al comprador; la prestación de dar (entregar el bien) sería la conducta mediante la cual se cumpliría la obligación de transferir. Sin contrato previo no se crea la obligación de transferir la propiedad, Sin subsiguiente prestación de entrega, el contrato es insuficiente para transferir la propiedad. Un elemento sin el otro es inepto para la transferencia de la propiedad.

Desde luego, el sistema de la separación entre el título constitutivo de la obligación y el modo de obtención del bien o servicio es aplicable en el campo de las obligaciones no sólo para la transferencia de la propiedad u otro derecho real sino también para cualquier derecho sin contenido real.

Un régimen coherente de adquisición de derechos en el campo de las obligaciones y en el de los bienes, es beneficioso para todo el sistema jurídico, lo que abona en favor de la teoría de la obligación como objeto del contrato, con lo cual éste asume la calidad de título, que guarda armonía con la teoría del título y el modo, en la cual el contrato es el título.

Siendo el contrato el título, su objeto se alcanza cuando crea la relación jurídica que es apta, de por sí , para generar el proceso cuya ejecución (mediante la prestación) constituye el modo de obtener el bien o servicio. Resulta natural, pues, que el objeto del contrato sea la obligación.

d).- El contrato, por ser un acto jurídico, esté articulado sobre la base de una declaración de voluntad orientada a establecer una relación jurídica.

Tal como lo he sostenido reiteradamente en un trabajo anterior[3] y en los presentes comentarios, el contrato cumple cabalmente su cometido al crear una relación jurídica, que es la finalidad buscada por el acuerdo de voluntades. Alcanzada esta finalidad, el contrato deja de existir porque no tiene otra función que desempeñar.

La ejecución de la relación jurídica, como acertadamente lo plantea MESSINEO[4] y lo desarrolla magistralmente GARCIA AMIGO[5], es algo inherente a la prestación, que es un elemento de la obligación, y no al contrato, que no requiere de ejecución. En otras palabras, el contrato al crear la relación jurídica cumple su función normativa, que es lo único que queda de él, y esta función normativa se incorpora a la obligación, formando parte de ella. El contrato no obliga; lo que obliga (valga la redundancia) es la obligación.

Por lo tanto, la llamada comúnmente ejecución del contrato no lo es tal, sino ejecución de la relación obligacional creada por el contrato y desprendida de él. El contrato desaparece y adquiere vida la relación jurídica, que es la que debe ser cumplida mediante la ejecución de la prestación.

En estas condiciones, el objeto del contrato debe ser aquello para lo cual él se celebra, que es crear la obligación. El cumplimiento de ésta ya no es cometido del contrato, sino función propia de la obligación. Consecuentemente, la prestación y el bien o servicio que se obtiene mediante la ejecución de ella, están dentro del área de la obligación y no en la del contrato. No es posible, por ello, que estos dos elementos (prestación y bien o servicio) sean el objeto del contrato.

Estas razones demuestran que el codificador peruano actuó con buen criterio, sustentado por un impecable racionamiento, al disponer que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar y extinguir obligaciones.

3).- NECESIDAD DEL ARTICULO 1402.-

Podría pensarse que si la relación jurídica patrimonial de que habla el artículo 1351 es, en realidad, el conjunto de obligaciones cuya fuente es el contrato, este artículo y el artículo 1402, al referirse ambos a la creación, regulación, modificación y extinción de una "relación jurídica patrimonial" (artículo 1351) y de "obligaciones" (artículo 1402) están, en realidad, refiriéndose a lo mismo, con

lo cual hubiera bastado decir que el objeto del contrato es cumplir su finalidad.

Sin embargo, pienso que el codificador peruano ha obrado prudentemente al redactar los dos artículos tal como lo ha hecho.

El artículo 1351 del Código civil peruano se inspira casi textualmente en el artículo 1321 del Código civil italiano, especialmente en lo que se refiere a la creación, regulación y extinción de una *relación jurídica patrimonial.*

Pese a esta similitud de redacción, la doctrina italiana considera que la citada expresión "relación jurídica patrimonial" tiene tal contenido que permite que el contrato cree derechos reales, tan es así que, por ejemplo, el artículo 1470 de su Código civil indica que la venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa. MESSINEO[6] dice que la fórmula del artículo 1321, que habla de relación jurídica *patrimonial* y no de relación jurídica *obligatoria*, esté redactada de modo que comprende también la figura del contrato que produce efectos reales.

Al comentar el artículo 1351 del Código civil peruano se vio que en todos sus antecedentes, hasta el artículo 1370 del primer Proyecto, inclusive, se habló de obligaciones de carácter patrimonial, y que sólo a partir del artículo 1318 del segundo Proyecto se empezó hacer referencia a una relación jurídica patrimonial. Sin embargo, parece que esta modificación no se debia un cambio de criterio sobre la finalidad del contrato como fuente de obligaciones, tan es así que tanto en el segundo Proyecto como en el Código civil se conservó el artículo referente a que el objeto del contrato es crear obligaciones.

Esto pone de manifiesto que para el codificador peruano la expresión "relación jurídica patrimonial" tiene un contenido distinto que el que le otorga el codificador y la doctrina italianos, o sea que se refiere a una relación obligacional, con lo cual estoy de acuerdo.

Sin embargo, para evitar que al interpretarse el artículo 1351 se le dé un sentido distinto al que realmente tiene, el codificador pe-

ruano ha procedido bien al establecer que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, con lo cual ha eliminado la posibilidad de que se piense que el contrato puede producir efectos reales.

4).- ALCANCES DEL ARTICULO 1402.-

Cuando el artículo 1402 habla de crear, regular, modificar y extinguir obligaciones debe darse a estos verbos el mismo significado que se les ha dado al comentar el artículo 1351 del Código civil.

5).- OBJETO DEL CONTRATO Y OBJETO DE LA OBLIGACION.-

Establecido que el objeto del contrato es la obligación, cabe preguntarse si la obligación tiene, a su vez, un objeto.

BAUDRY-LACANTINERIE[7] nos relata que POTHIER tituló "De lo que puede ser el objeto y la materia de las obligaciones" la Sección de su Tratado de las Obligaciones en la que se ocupa sobre el tema. El legislador del Código NAPOLEON (artículo 1.126 y siguientes), sin querer modificar la idea allí indicada, reemplazó dicho título por el siguiente: "Del objeto y la materia de los contratos", dando con ello lugar a una confusión entre el objeto de la obligación y el del contrato.

GIORGI[8], refiriéndose a la misma confusión, dice que ella se extiende también al objeto de la prestación, de lo cual colige que cuando el Código civil italiano de 1865, que siguió de cerca en esta materia al Código francés, habla del objeto del contrato se refiere al objeto de la obligación contractual (la cosa), sobreentendiendo en la palabra *cosa* la *prestación* que debe formar objeto de la obligación contractual.

En lo que se refiere al Código civil español, HERNANDEZ GIL[9] considera que sus artículos 1.271, 1.272 y 1.273 (inspirados

también en el Código NAPOLEON) al predicar que las cosas y los servicios son el objeto del contrato y no el de la obligación, no altera el aserto que, por estar el contrato y la obligación en relación de causa a efecto, el objeto del contrato y el de la obligación coinciden. Hablar del objeto del contrato o del objeto de la obligación es referirse a un mismo fenómeno contemplado en dos fases de su manifestación y desarrollo. Entiende que el Código español considera el objeto de la obligación integrado por las cosas y los servicios.

Vemos, pues, que pese a que los tres Códigos citados hablan de que el objeto del contrato son las cosas y los servicios, los comentaristas de ellos coinciden en afirmar que se están refiriendo, en realidad, al objeto de la obligación.

Esta línea de pensamiento ha dado lugar a la formación de una corriente de opinión en el sentido que el objeto de la obligación son los bienes o servicios. Ello permite a BAUDRY-LACANTINERIE[10] decir que el contrato tiene por objeto la obligación y que el objeto de ésta es la cosa, el hecho o la abstención a que el deudor se ha comprometido, o sea lo que se obtiene mediante la prestación (de dar, de hacer o de no hacer).

Frente a esta posición se encuentra la de la doctrina más moderna (PACCHIONNI[11], RUGGIERO[12], RIPERT y BOULANGER[13], MAZEAUD[14], TRABUCCHI[15], ARIAS[16], CARBONNIER[17], COSSIO[18], MOSSET ITURRASPE[19]) que opina que el objeto de la obligación es la prestación, desde que el acreedor no puede obtener directamente el bien o servicio sino sólo a través de la actividad del deudor por medio de la prestación. RIPERT y BOULANGER dicen que el objeto de una obligación *es lo que debe el deudor* y se preguntan ¿qué debe el deudor?, respondiendo que es *un hecho*, su actividad.

Sin embargo, últimamente se han escuchado las autorizadas voces de GUHL[20], GIORGIANNI[21] y MESSINEO[22], quienes sostienen que la prestación es el *contenido* de la obligación y no su objeto, por cuanto la prestación es la manera como el deudor satisface el interés del acreedor. Por otro lado, MICCIO[23] y ROGEL

VIDE[24] afirman que los bienes o servicios son el objeto de las prestaciones, precisando que la prestación quiere decir el contenido debido por el deudor, esto es el conjunto de la actividad que debe desplegar para satisfacer al acreedor, mientras que el objeto de la prestación es, en cambio, el bien que el acreedor espera. No es dable que el objeto de la prestación sea, a la vez, el objeto de la obligación.

Utilicemos nuevamente el consabido ejemplo del contrato de compraventa de un bien mueble. El vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien, para lo cual debe ejecutar la prestación de entregarlo, de tal manera que esta ejecución es la manera de cumplir la obligación, no su objeto. En cambio, el bien mueble es el objeto de la prestación de entrega, ya que para cumplir la obligación no se puede entregar otra cosa que ese bien. Parecería, pues, que el bien mueble es, a la vez, el objeto de la obligación y el de la prestación. Sin embargo, el comprador no puede alcanzar, sin la ejecución de la prestación, adquirir la propiedad del bien, por lo que el bien no es el objeto directo de la obligación, sino que forma parte de la prestación que constituye su contenido. El bien es, pues, el objeto de la prestación pues ella recae directamente en él.

Conjugando estas ideas, con las cuales me identifico, se tiene que la obligación no tiene objeto sino contenido, constituído por la prestación, y que el objeto de ésta son los bienes o servicios que a través de su actividad se obtienen. La ejecución de la prestación es la manera de cumplir la obligación y de alcanzar el resultado. Se puede decir, según aguda expresión de MICCIO, que el objeto es el resultado de la prestación visto desde el punto de vista del deudor, mientras el resultado es el objeto de la prestación visto desde el punto de vista del acreedor.

La secuencia de los cuatro elementos que contribuyen a la formación y ejecución de la relación contractual, o sea el contrato, la obligación, la prestación y el bien o servicio, debe ser, por lo tanto, la siguiente: el contrato tiene por objeto la constitución de la obligación (relación jurídica); la obligación tiene como contenido la ejecución de la prestación (conducta del deudor); y la prestación

tiene por objeto la obtención por el acreedor del bien o servicio (ventaja económica). Tratándose de la prestación de no hacer, el objeto de ella es una abstención, que constituye también la ventaja económica que el acreedor espera.

6).- LAS RELACIONES DE CORTESIA.-

Se ha visto en el curso de este comentario que el objeto del contrato es la obligación, de tal manera que el acuerdo de declaraciones de voluntad que no versa sobre la creación, regulación, modificación o extinción de una obligación, no es un contrato.

La vida diaria, tanto en los sectores urbanos como en los rústicos, nos pone cada vez con mayor frecuencia casos de acuerdos de voluntad que, no obstante dar lugar a la ejecución de prestaciones, éstas no son el contenido de obligaciones, en el sentido que el acuerdo de voluntades no está orientado a generar una relación jurídica obligatoria.

A semejanza del contrato, las partes hacen una declaración conjunta de una voluntad común, pero ésta se limita a expresar un buen propósito, bien sea de prestar un servicio, de permitir el uso de un bien, de hacer un agasajo, etc., generalmente a título gratuito, sin tener la intención de asumir una obligación exigible.

Las invitaciones sociales, el llamado "auto- stop", la facilitación de un alojamiento, son otros tantos ejemplos de estas relaciones que no crean vínculos obligatorios, pues las partes no se consideran ligadas al cumplimiento, pudiendo ponerles fin unilateralmente, en cualquier momento.

Debe destacarse que no es la gratuidad lo que caracteriza a estas relaciones, pues existen numerosos contratos a título gratuito que son absolutamente exigibles, sino la ausencia de la voluntad de crear obligaciones. Esto es lo que determina que las relaciones de cortesía no provienen de un contrato.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1402:

(1) "Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, pág. 61.

(2) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo III, Volumen I, pág. 111.

(3) PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, "Estudios sobre el contrato privado", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1983, Tomo I, págs. 102 y 385.

(4) MESSINEO, Francesco, "Doctrina general del contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, Tomo I, pág. 45.

(5) GARCIA AMIGO, Manuel, "La cesión de los contratos en el Derecho español", Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1963, pág. 258.

(6) MESSINEO Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 45. (4)

(7) BAUDRY-LACANTINERIE, R., "Précis de Droit Civil", Librairie Recueil Sirey, París, 1925, Tomo II, pág. 42.

(8) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo III, pág. 297

(9) HERNANDEZ GIL, Antonio, "Derecho de obligaciones", Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, pág. 95.

(10) BAUDRY-LACANTINERIE, R., op. cit., Tomo II, pág. 42. (7)

(11) PACCHIONNI, Giovanni, "Dei contratti in generale", Casa Editrice Dott. A. Milani, Padova, 1939, Volumen II, pág. 296.

(12) RUGGIERO, Roberto de, "Instituciones de Derecho Civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo II, Volumen I, pág. 30.

(13) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho Civil", La Ley, Buenos Aires, 1964, Tomo IV, pág. 163.

(14) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte II, Volumen I, pág. 267.

(15) TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo II, pág. 6.

(16) ARIAS, José , "Contratos civiles", Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939, Tomo I, pág. 185.

(17) CARBONNIER, Jean, "Derecho Civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Volumen II, pág 223.

(18) COSSIO, Alfonso de "Instituciones de Derecho Civil", Alianza Editorial, Madrid, 1975, Tomo I, pág. 225.

(19) MOSSET ITURRASPE, Jorge, " Contratos", EDIAR Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, pág. 193.

(20) GUHL, Théo, "Le Droit fédéral des obligations", Editions Polygraphiques S.A., Zurich, 1947, pág. 43.

(21) GIORGIANNI, Michele, "La Obligación", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, pág. 39.

(22) MESSINEO, Francesco, op. cit., Tomo I, pág. 149. (4)

(23) MICCIO, Renato, " I diritti di credito - Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1977, pág. 4.

(24) ROGEL VIDE, Carlos, "La compraventa de cosa futura", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 118

Artículo 1403.- *La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.*

La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Estructura del artículo 1403.
3.- Licitud de la obligación.
4.- Posibilidad de la prestación y del bien.
5.- El problema de la comercialidad de la cosa.
6.- Determinación de la prestación o del bien.
7.- El objeto del contrato y el del acto jurídico.
8.- Necesidad de encontrar una solución.
9.- El problema de las nulidades.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 74 de la Ponencia original decía así :

Artículo 74.- El objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable en especie.

La Exposición de Motivos de este artículo señalaba que "el objeto debe ser posible, tanto física como jurídicamente y en este último orden de ideas debe estar dentro de lo que se conoce como 'el comercio de los hombres'. De consiguiente, la imposibilidad física o jurídica hará que falte el objeto y sin éste, la relación contractual. También el objeto tendrá que ser lícito, ya que si fuese contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres será ilícito y con ello, arrastrará la validez del

contrato. Finalmente el objeto debe ser determinado o cuando menos determinable en especie. Se entiende por este último cuando ya se tienen establecidos los criterios para su determinación o ésta se ha confiado a tercera persona".

Puede observarse que, como en el artículo anterior de esta Ponencia (artículo 73) se indicaba que el objeto del contrato consiste en crear una obligación de dar, hacer o no hacer, la posibilidad, la licitud y la determinación recaían en la obligación.

El artículo 81 de la primera Ponencia sustitutoria tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 81.-** El objeto debe ser posible y determinado o determinable en especie.

Obsérvese que se suprimió la licitud como requisito del objeto del contrato.

El texto del artículo 78 de la segunda Ponencia sustitutoria era el siguiente:

> **Artículo 78.-** La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

El enfoque de este artículo es diferente del de sus antecedentes, pues ya no habla del objeto del contrato sino de la obligación que es objeto de él, puntualizando que debe ser lícita. Esto es, se reestableció el requisito de la licitud pero se suprimieron los de la posibilidad y la determinación. Sin embargo, debe tenerse presente que en el artículo 82 de esta Ponencia se decía que el contrato es nulo cuando la obligación creada no puede ser determinada con suficiente precisión.

El texto del artículo 78 de la segunda Ponencia sustitutoria fue conservado en el artículo 44 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1419 del primer Proyecto.

Sin embargo, en el artículo 51 de la quinta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto se establecía lo siguiente:

> **Artículo 51.-** La prestación materia de la obligación creada por el contrato debe ser posible.

En la Exposición de Motivos del artículo 44 de la quinta Ponencia sustitutoria se decía que "el objeto del contrato debe ser lícito, ya que si fuere contrario a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres será ilícito y con ello arrastrará su invalidez. En efecto, la obligación, entendida como deber jurídico, debe encontrarse conforme con el ordenamiento jurídico. Distinto es el caso de la prestación, que es según quedó dicho el objeto de la obligación y que sólo puede ser posible".

El artículo 1368 del segundo Proyecto tenía el siguiente texto:

> **Artículo 1368.-** La obligación que es objeto de contrato debe ser lícita.
> El objeto de la prestación en que consiste la obligación debe ser posible.

Puede observarse que el artículo 1403 del Código civil hace la precisión con respecto al artículo 1368 del segundo Proyecto de que la posibilidad debe caracterizar no sólo al objeto de la prestación, o sea el bien, sino también a la prestación misma.

2).- ESTRUCTURA DEL ARTICULO 1403.-

El artículo 1403 del Código civil trata separadamente de la licitud de la obligación y de la posibilidad de la prestación y del objeto de ella, en lugar de hablar, como hacen otros Códigos (italiano, boliviano), de la licitud y de la posibilidad del objeto del contrato. Pienso que la técnica adoptada por nuestro codificador es adecuada, desde que la licitud es algo propio de la obligación, que constituye el objeto del contrato, y no de la prestación (que es el contenido de la obligación) o del objeto de ella (bien o ser-

vicio), que no pueden ser lícitos ni ilícitos, sino posibles o imposibles.

Esta diferencia ha escapado muchas veces a la observación de la legislación extranjera. Por ejemplo, el Código civil mexicano dispone en su artículo 1656 que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser posible y lícito. De otro lado, el Código civil español, refiriéndose a la licitud, dice en su artículo 1.271 que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres; agregando en el artículo siguiente que no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles.

Obsérvese que estas legislaciones, para las cuales el objeto del contrato está constituído por los bienes o servicios, consideran que la licitud y la posibilidad son requisitos que conjuntamente se exigen a las cosas o servicios.

Para aquellos otros Códigos, como es el caso del italiano al que la doctrina de ese país atribuye considerar como objeto del contrato a la prestación (y no al bien o servicio), es ésta la que debe ser posible y lícita.

En el campo de la teoría sucede algo similar. Quienes consideran que el objeto del contrato está constituído por los bienes y servicios[1] son de la opinión que tales bienes (con la salvedad que se hará más adelante) y servicios deben ser lícitos y posibles. Quienes piensan, en cambio, que las prestaciones son el objeto del contrato[2], otorgan a éstas los requisitos de la licitud y posibilidad.

Existe una tercera posición doctrinal[3], no recogida legislativamente, que si bien admite que la posibilidad es propia bien sea de las cosas o servicios o bien de las prestaciones, tratándose de la licitud afirma, expresa o tácitamente, que ella es propia del contrato y no de su objeto. De los MOZOS[4] dice al respecto que "la licitud o ilicitud no ha de establecerse con referencia a los elementos particulares del negocio, sino en relación con el negocio

mismo; lo que explica que la más autorizada doctrina haya tratado con preferencia de la figura del negocio ilícito en su conjunto más que separadamente del negocio, con causa u objeto ilícito".

Debe haberse observado que el Código civil español (lo mismo ocurre con la doctrina que se inspira en él), refiriéndose a la licitud, da un tratamiento distinto a las cosas y a los servicios. Para las primeras, indica que pueden ser objeto de contrato todas las que no están fuera del comercio de los hombres, mientras que para los segundos pone el requisito que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

La razón de esta diferencia es, como dice BUERES[5], que las cosas no son lícitas o ilícitas, por lo cual su idoneidad para ser objeto de contrato se hace radicar en que la ley permita o no comerciar con tales bienes. En este mismo comentario del artículo 1403 se tratará más adelante, con mayor detenimiento, del requisito de la comercialidad.

3).- LICITUD DE LA OBLIGACION.-

Existe un común denominador, aplicable a las teorías que radican el objeto del contrato tanto en la obligación, como en la prestación y en el bien o servicio, que considera que la licitud es la no contrariedad a la *ley jurídica o moral*[6]. Tal como dice BIANCA[7], la licitud no es un requisito positivo del objeto del contrato sino uno negativo. La licitud indica que el contrato no viola el ordenamiento jurídico.

Tomando esto en consideración, he manifestado (supra, Tomo I, pág 290) que la *ilicitud* de los contratos está fundada en su *ilegalidad*, cuando son contrarios a las leyes imperativas (incluídas las que interesan al orden público, que son siempre imperativas); o en su *inmoralidad*, cuando son contrarios a las buenas costumbres.

MOSSET[8] considera que la ilicitud puede presentarse de tres maneras diferentes: contrato *ilegal* cuando su objeto es con-

trario a las *leyes imperativas*; contrato *prohibido* cuando su objeto es contrario al *orden público*; y contrato *inmoral* cuando su objeto es contrario a las *buenas costumbres*. Aun cuando pienso que la prohibición puede estar contenida tanto en una ley imperativa como en una que interesa al orden público, lo que determinaría que en ambos casos los contratos contrarios a esa prohibición serían *prohibidos*, voy a utilizar la clasificación tripartita de MOSSET por razones exclusivamente didácticas, ya que así será más fácil explicar el sistema peruano.

Colocándonos en la posición de nuestro Código civil, esas tres contrariedades están referidas a la obligación, de tal manera que para que ella sea lícita, como lo exige el primer párrafo del artículo 1403, no debe contradecir a las leyes imperativas, a las que interesan al orden público ni a las buenas costumbres.

La doctrina extranjera es casi unánime en considerar que la ilicitud del objeto del contrato, en nuestro caso de la obligación, determina la nulidad del contrato. MESSINEO[9], por ejemplo, dice que el contrato ilícito tiene un efecto esencialmente negativo: la invalidez: más precisamente la nulidad, agregando que la nulidad del contrato ilícito no difiere de la nulidad por otra causa.

Contratos ilegales.-

El problema respecto a los contratos llamados por MOSSET *ilegales*, esto es aquellos cuyo objeto es contrario a las leyes imperativas, es que no es fácil encontrar en nuestro sistema legal el fundamento de la nulidad de los mismos. Es conveniente reiterar que no se trata, como dice HERNANDEZ GIL, de que toda discrepancia con una norma trae consigo la ilicitud, sino que "sólo condicionan la licitud las normas legales (que forman parte del ordenamiento jurídico y no tan sólo las leyes) de naturaleza imperativa que impongan mandatos ineludibles o establezcan prohibiciones".

MESSINEO no ha tenido dificultad alguna para afirmar la nulidad del contrato ilícito por su contrariedad a la ley, debido a que el primer párrafo del artículo 1418 del Código civil italiano es-

tablece que el contrato será nulo si fuese contrario a normas imperativas. ENNECERUS- LEHMANN[10], por su parte, tampoco han hesitado en decir que el contrato contrario a una prohibición legal es nulo, porque el numeral 134 del B.G.B. lo indica expresamente así.

Antes de entrar a analizar el Código civil peruano conviene tener presente algo que ha destacado SACCO[11] respecto a que "la ilicitud y la nulidad del contrato constituyen dos conceptos independientes; la ilicitud es el origen de la nulidad (en el ordenamiento italiano, el artículo 1418, segundo párrafo, dispone que produce la nulidad del contrato la falta en el objeto de los requisitos establecidos por el art. 1346, entre los cuales se encuentra la licitud), pero no se confunde con ésta" (*).

Una de las maneras de interpretar la ley es recurrir al elemento histórico que, si bien no es el más valioso, permite conocer el sentido de la ley a través de los datos atinentes al proceso de formación del precepto, entre los cuales se encuentran los trabajos de las Comisiones codificadoras[12].

Voy a utilizar este elemento para interpretar el artículo 219 del Código civil peruano (* *).

(*) Refiriéndose a que el legislador italiano no ha tenido la paciencia necesaria para advertir cada vez el mérito de la naturaleza invalidante o imperativa de la regla que elabora, de tal manera que frente a cualquier prohibición podemos preguntarnos si es invalidante, SACCO dice: "No siempre ha sucedido esto. En el tiempo del pensamiento iusnaturalista se consideraba que la ley imperativa o prohibitiva invalidaba el contrato sólo si la nulidad fuese expresamente -y excepcionalmente- conminada: el legislador -se pensaba- puede vetar, ordenar, castigar; pero no le corresponde indicar si el contrato, entre las partes, debe ser válido. Más recientemente, ha crecido la desenvoltura del legislador, el cual recurre en vía normal al arma de la nulidad.

Pero, en los países de tradición racionalista, la nulidad no desciende aún de la simple prohibición; es más, la prohibición no hace ni siquiera presumir la invalidez".

(* *) En el artículo 88 del Proyecto de la Comisión Reformadora (1975) se consignó que el acto jurídico es nulo: 3) Cuando su objeto sea indeterminado o físicamente imposible; 4) Cuando su fin sea ilícito; y 8) Cuando la ley lo declare nulo o cuando se oponga a normas legales imperativas.

Puede observarse que en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1975), en el Anteproyecto ZUSMAN-PUENTE (1980), en el Proyecto de la Comisión Reformadora (1981) y en el Proyecto de la Comisión Revisora (1984) se distinguió claramente respecto a la nulidad del acto jurídico, en incisos separados, entre el objeto imposible, la finalidad ilícita y la oposición a normas legales imperativas, lo que ponía de manifiesto que las dos primeras causales eran diferentes de la tercera, o sea que ni la imposibilidad del objeto ni la ilicitud de la finalidad incluían la oposición a normas legales imperativas.

Sin conocerse la razón del cambio, el artículo 219 del Código civil establece que el acto jurídico es nulo: 3) Cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible; 4) Cuando su fin sea lícito; y 8) En el caso del artículo V del Título Preliminar (que se refiere a la nulidad del acto jurídico contrario a la leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres).

Tomando en consideración que las leyes que interesan al orden público son necesariamente imperativas, la modificación efectuada vino a significar, en realidad, que la oposición a normas legales imperativas distintas a las leyes que interesan al orden público no es causal de nulidad del acto jurídico.

Podría objetarse que la oposición a normas legales imperativas constituye simplemente un caso de finalidad ilícita, pero esta objeción carece de sustento, no sólo por los antecedentes legales

---

El Anteproyecto sustitutorio ZUSMAN-PUENTE (1980) establecía en su artículo 30 que el acto jurídico es nulo cuando: a) Su efecto es ilícito; b) La prestación en que consista la obligación creada por él es indeterminada o físicamente imposible; y c) Se oponga a reglas imperativas o prohibitivas.

El Proyecto de la Comisión Reformadora (1981) planteó en su artículo 85 que el acto jurídico es nulo: 3) Cuando su objeto sea indeterminable o físicamente imposible; 4) Cuando su fin sea ilícito; y 8) Cuando la ley lo declare nulo o cuando se oponga a normas legales imperativas.

En el Proyecto de la Comisión Revisora (1984) su artículo 219 propuso que el acto jurídico es nulo: 3) Cuando su objeto es físicamente o jurídicamente imposible o sea indeterminable; 4) Cuando su fin sea ilícito; y 7) Cuando se oponga a norma legal imperativa.

mencionados, sino también porque en tal caso habría sido innecesario mencionar en el artículo V del Título Preliminar a las leyes que interesan al orden público que, repito, son necesariamente imperativas (*).

Resulta, pues, que si se tiene en cuenta que la enumeración hecha en el artículo 219 del Código civil es *numerus clausus*, como la doctrina lo sostiene unánimemente, en el ordenamiento jurídico peruano los llamados por MOSSET contratos ilegales, no son nulos, o sea que, confirmando el aserto de SACCO, su ilicitud no significa su nulidad.

Sin embargo, como tal ilicitud debe tener alguna consecuencia jurídica, la solución que resultaría más adecuada sería la propuesta en la nota a pie de página del comentario al artículo 1354 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 285), o sea que la ilicitud de la obligación que es objeto del contrato, por la contrariedad de ella a las normas legales imperativas, determina la ineficacia del contrato.

Desde luego, es posible salvar la ineficacia si la norma imperativa es, por su naturaleza, susceptible de sustituir la regla contractual contraria a dicha norma, caso en el cual ésta se incorpora al contrato por integración.

Sin embargo, la solución de la ineficacia, pese a su indudable justificación, da lugar a que se complique el sistema de nulidades del Código civil, estableciendo diferencias respecto a las sanciones por la ilicitud de los contratos en razón de su ilegalidad. Por ello, se propone en el rubro "El problema de las nulidades" del presente comentario (infra, Tomo III, pg. 331) la solución allí consignada.

(*) VIDAL[13] adopta una posición singular al sostener que la licitud de la finalidad obedece a la no contrariedad de ésta a las normas de orden público o las buenas costumbres, a fin de que los efectos producidos puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico. Llega de esta manera a identificar totalmente los incisos 4) y 8) del artículo 219 del Código civil, dándoles el mismo contenido.

Contratos prohibidos.-

Son aquéllos, según MOSSET, contrarios al orden público.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe dificultad alguna respecto al tratamiento que debe darse a estos contratos, pues el artículo V del Título Preliminar del Código civil establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. El tema ha sido desarrollado al comentar el artículo 1354 de dicho Código.

Obsérvese que, contrariamente a lo que sostiene MOSSET[14] respecto a que la violación del orden público no se halla subordinada a la infracción de un texto legal en particular, nuestro sistema jurídico, si bien considera que el orden público es un criterio rector de la validez de los actos jurídicos, requiere objetivarse en leyes para cobrar, a través de ellas, efecto obligatorio (supra, Tomo I, pg. 284).

A semejanza de las normas legales imperativas, las leyes que interesan al orden público, que también son imperativas (supra, Tomo I, pg. 281), son susceptibles de integración al contrato por aplicación del artículo 224 del Código civil, según el cual la nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituídas por normas imperativas.

Contratos inmorales.-

Así denomina MOSSET a los que son contrarios a las buenas costumbres.

Este tema, al igual que el relacionado con los contratos contrarios a las leyes que interesan al orden público, ha sido tratado en el comentario del artículo 1354 del Código civil (supra, Tomo I, pág. 287), donde se ha llegado a la conclusión que la noción de buenas costumbres es que éstas se identifican con la moral.

Tal como dice HERNANDEZ GIL[15], el "Derecho se nutre aquí especialmente de un fecundo contenido ético". Comentando

los textos del Código civil francés que hacen referencia a las buenas costumbres, RIPERT[16], el infatigable paladín de la influencia de la moralidad sobre la relación obligacional, afirma que a través de tales textos la regla moral llega a la vida jurídica.

En consecuencia, los llamados contratos inmorales son nulos, por su contrariedad a las buenas costumbres.

Se citan como ejemplos de contratos inmorales la venta de influencia (la verdadera *venta de humo*), el corretaje matrimonial (aun cuando existe una corriente de opinión que lo considera lícito), el contrato de claque, etc.

Elemento en el cual recae la ilicitud.-

Se ha visto que el artículo V del Título Preliminar del Código civil dispone que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, sin precisar que es lo que determina esta nulidad.

La contrariedad de un acto jurídico al ordenamiento jurídico o moral no puede radicar en el propio acto, que es inocuo *de por sí* para tal efecto, sino que tiene que originarse en un elemento de él que haga surgir esa contrariedad.

Este elemento debe ser lógicamente el objeto del acto, que es lo que determina su razón de ser. Tratándose del contrato, hemos visto que su objeto es la operación jurídica que se desea realizar a través de su celebración. Tal operación jurídica es la creación, regulación, modificación o extinción de una relación obligacional, con lo cual el contrato realiza plenamente su función.

El contrato, como todo acto jurídico, sólo puede producir los efectos que le son propios si ellos se encuentran dentro del marco que les ha señalado el ordenamiento jurídico. Consecuentemente, el contrato juega el rol que le corresponde únicamente en la medida que su objeto se encuentre dentro de dicho marco, el cual está formado, en primer lugar, por las leyes que interesen al

orden público y las buenas costumbres. Si existe contrariedad con estos conceptos, el objeto del contrato es ilícito.

Por otro lado, cuando MOSSET habla de la ilicitud del *contrato ilegal* se está refiriendo, sin duda, a la contrariedad de su objeto con las leyes imperativas, o sea a que este objeto es ilícito.

Consecuentemente, la ilicitud del contrato en su tres manifestaciones (contrariedad a las leyes imperativas, a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres) está referida siempre a la ilicitud de su objeto.

Como según el artículo 1402 del Código civil, el objeto del contrato es crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, es adecuado que el primer párrafo del artículo 1403 de dicho Código establezca que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita.

Por lo demás, la solución adoptada por el sistema peruano obedece a la naturaleza de las cosas. De los tres elementos que forman la relación jurídica obligacional creada por el contrato, o sea la obligación, la prestación y el bien o servicio, la obligación es un vínculo de derecho que tiene un contenido intelectual, orientado a obtener algo. La prestación es un mero dar, hacer o no hacer, que se agota en su ejecución material; el bien o servicio es simplemente eso, algo que existe o a lo que se da existencia.

Resulta, pues, que la obligación es el único elemento que por tener una finalidad puede chocar con el ordenamiento jurídico, que no le permite alcanzarla. Por ello, sólo la obligación puede ser lícita o ilícita, y sólo ella puede dar lugar a la nulidad o ineficacia del contrato por causal de ilicitud; la prestación y el bien o servicio, dada su materialidad, pueden ser posibles o imposibles, pero sus consecuencias son distintas, según se estudiará más adelante.

Tal como se ha visto, en aquellos sistemas jurídicos en los cuales son objeto del contrato las cosas o servicios, existe una

marcada tendencia doctrinal orientada a considerar que, tratándose de las cosas (no de los servicios), la licitud del objeto, al no ser las cosas lícitas o ilícitas, descansa en la comercialidad de ellas. En nuestro sistema, como las cosas no son objeto del contrato sino de la prestación, la comercialidad se refiere a la licitud de las obligaciones a que su tráfico da lugar, según se verá más adelante.

4).- POSIBILIDAD DE LA PRESTACION Y DEL BIEN.-

El segundo párrafo del artículo 1403 del Código civil dispone que la prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.

Antes de analizar este dispositivo conviene destacar que su redacción permite conocer que el codificador peruano ha optado por considerar que la prestación es el *contenido* de la obligación y que el bien es el *objeto* de la prestación, o sea que ha acogido la moderna postura de GUHL, GIORGIANNI y MESSINEO (supra, Tomo III, pg. 237).

Elemento que debe ser posible.-

Así como tratándose de la licitud las opiniones difieren respecto a si ésta debe recaer en la obligación o en la prestación, tratándose de la posibilidad existe una práctica unanimidad en el sentido que es propia de la prestación y del bien o servicio que constituye el objeto de ella.

CARRESI[17] nos dice que el requisito de la posibilidad, análogamente al de la determinación, se refiere a la prestación (que él, siguiendo una corriente de la doctrina italiana, considera que es el objeto del contrato) y, a través de ella, al contenido del contrato. En sentido parecido, SACCO[18] afirma que la recta comprensión de los artículos 1346 a 1349 del Código civil italiano determina que el requisito de la posibilidad deba considerarse asignado a la prestación, agregando que la prestación no debe ser entendida

aquí como comportamiento debido por el deudor, sino como el conjunto de vicisitudes de las situaciones jurídicas contempladas en el contrato.

A semejanza de la licitud, es más fácil explicar la posibilidad como lo contrario a la imposibilidad, o sea con un criterio negativo. Examinaremos a continuación, por consiguiente, los diversos criterios que teóricamente existen para juzgar la imposibilidad de la prestación, incluyendo en algunos casos la del bien o servicio.

Imposibilidad física y jurídica.-

Se considera que existe imposibilidad *física* cuando la prestación no es abstractamente susceptible de actuación, cuando no es factible realizarla. Se ponen como ejemplos de imposibilidad material el tocar el cielo con las manos, dar una cosa ya destruída, entregar una mercadería que no se fabrica.

Es *jurídicamente* imposible la prestación que implica la disconformidad de ella con un precepto de derecho, o sea cuando existe un obstáculo legal. Tal es el caso de la entrega de un producto que está prohibido fabricar, de dar un bien mueble para la constitución de una hipoteca.

Existe discrepancia respecto a si realmente existe imposibilidad jurídica o se trata, en cambio, de una caso de ilicitud.

ARIAS[19] y BUERES[20] sostienen que la llamada imposibilidad jurídica quedaría absorbida por la ilicitud. El fundamento de esta posición es que si el objeto del contrato es la modificación de la situación preexistente en que están empeñadas las partes, puede decirse que el requisito de la posibilidad concierne a la factibilidad de tales modificaciones en el mundo natural y la licitud a la factibilidad en el plano jurídico y que, por lo tanto, se considera ilícito y no imposible todo cuanto no está permitido por el ordenamiento[21].

En cambio, BIANCA[22] considera que la ilicitud se distingue respecto a la imposibilidad jurídica en cuanto aquella expresa un

juicio de reprobación por parte del ordenamiento jurídico, mientras que la imposibilidad jurídica indica la simple inidoneidad del acto para alcanzar un efecto jurídico proyectado. MIRABELLI[23], por su parte, opina que "la ley pone dos límites diversos a la actividad humana: de un lado prohibe determinadas actividades; del otro no ofrece los medios para la realización de ciertos fines. Una actividad puede estar en contradicción con la ley no sólo cuando contrasta con ella, sino también cuando ella no la toma en consideración para los efectos de tutelar los intereses que tiende a satisfacer. No todas las prestaciones no actuables según la ley son, pues, prestaciones ilícitas, sino solamente aquéllas que chocan contra una prohibición legislativa; las otras, es decir aquéllas que no pueden producir modificación de la situación preexistente, porque la ley niega los medios para que ello ocurra, no son prestaciones ilícitas, sino prestaciones imposibles". Agrega este autor que el requisito de la posibilidad debe ser analizado, pues, sea sobre el plano material (imposibilidad física), sea sobre el plano jurídico (imposibilidad jurídica), y sólo después que sea comprobada la posibilidad física y jurídica de la prestación puede efectuarse la valuación en base al criterio de la licitud.

Quizá puede decirse que la imposibilidad jurídica proviene de la falta de los requisitos legales y la ilicitud de la contradicción con los mandatos legales, por lo cual es posible que la solución del problema se encuentre en la clasificación tripartita hecha por GIORGI[24] de leyes *preceptivas* (que ordenan algo), leyes *prohibitivas* (que prohiben algo) y leyes *declarativas* (que establecen requisitos), indicando que las dos primeras se dirigen a la voluntad del hombre y son otros tantos mandatos, mientras que las *declarativas* se dirigen a la inteligencia del hombre, para indicarle las condiciones necesarias para la validez de un figura jurídica, las definiciones y condiciones necesarias de una institución (supra, Tomo I, pg. 278).

La contrariedad del objeto del contrato, o sea de la obligación, a las leyes *preceptivas* y las *prohibitivas* dar a lugar a la *ilicitud* de la obligación, mientras que la falta de conformidad de la obligación con las leyes declarativas ocasionaría la *imposibilidad jurídica* de ésta. Como dice GIORGI, el hombre puede conocer y

estudiar las leyes declarativas, pero no violarlas ni modificarlas; si lo intenta es en vano, es *imposible*.

Surge la duda, sin embargo, respecto a si una prestación puede dejar de cumplir un requisito legal, o sea si también, a semejanza de la obligación, puede ser jurídicamente imposible. Generalmente los requisitos se establecen para la validez de hechos jurídicos, como el matrimonio, la adopción, la prenda, la hipoteca, etc., no obstante lo cual no puede descartarse que se exijan determinados requisitos para la validez de una prestación, como ocurre en el pago (artículos 1223 y 1224 del Código civil), que consiste en una prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Cabe admitir, por lo tanto, que la prestación puede ser física y jurídicamente imposible.

Por otro lado, no se olvide que estamos tratando también de la imposibilidad de los bienes o servicios que son objeto de la prestación. Cabe que un bien sea jurídicamente imposible, como sería el caso de aquél que no cumpliera los requisitos legales establecidos para ser considerado como tal. Por ejemplo, si una ley dispusiera que es nave de alto bordo aquélla de 2,000 TDW o más, es jurídicamente imposible que una nave con un desplazamiento menor sea considerada de alto bordo.

Otro problema relacionado con las cosas (no con los servicios) que son objeto de la prestación es el relativo a la exigencia de su comercialidad. Existen algunos Códigos, como el francés (artículo 1.128), el español (artículo 1.271), el argentino (artículo 953), que establecen que pueden ser objeto del contrato sólo las cosas que están en el comercio de los hombres, reemplazando el requisito de su conformidad con el ordenamiento por el de su comercialidad. Ya se ha visto que en el sistema peruano el objeto del contrato es la obligación, que debe ser lícita, mientras que los bienes, que constituyen el objeto de la prestación, deben ser posibles. En este mismo comentario se estudiará más adelante el contenido del requisito de la comercialidad de los bienes y sus consecuencias jurídicas.

Conviene hacer una última aclaración en el sentido que las prestaciones no pueden ser ilícitas, sino que la ilicitud recae en la obligación cuyo contenido es una prestación prohibida por la ley. Los ejemplos de prestaciones ilícitas que pone la doctrina, como la adquisición de la propiedad de un bien de uso público, la cesión de uso de locales para el ejercicio de la prostitución, el tráfico de estupefacientes, etc., constituyen, en realidad, la prohibición de obligarse a ejecutar tales prestaciones.

Imposibilidad originaria y sobrevenida.-

La imposibilidad de la prestación es originaria cuando existía en el momento de perfeccionarse el contrato. En cambio, es sobrevenida cuando siendo la prestación inicialmente posible deja de serlo después de haber surgido la obligación.

Hay consenso respecto a que sólo la imposibilidad originaria determina la ineficacia de la prestación.

En el caso de la llamada imposibilidad sobrevenida no es realmente tal, esto es una imposibilidad de la prestación, desde que nació válida, sino de su ejecución, aplicándose las reglas correspondientes al pago.

Al respecto, el primer párrafo del artículo 1316 del Código civil dispone que la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

Tratándose de la inejecución parcial, el tercer párrafo del mismo artículo señala que también se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiera.

La Exposición de Motivos del indicado artículo 1316[25] destaca que las hipótesis a que él se refiere son las de una imposibilidad sobrevenida, que se produce después de formada la relación jurídica.

Tratándose de los contratos con prestaciones recíprocas la situación es algo distinta, pues el artículo 1432 del Código civil dispone que en tales contratos, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho, perdiendo el deudor liberado el derecho a la contraprestación y debiendo restituir lo que ha recibido. Se contemplan en el artículo 1433 las situaciones relativas a la imposibilidad resultante de culpa del deudor o del acreedor y en el artículo 1344 la situación referente al caso de la prestación cuya ejecución se hace parcialmente imposible.

Imposibilidad absoluta y relativa.-

Tal como dice HERNANDEZ GIL[26], la imposibilidad absoluta "se produce cuando la prestación es irrealizable de un modo pleno, esto es, íntegra y objetivamente irrealizable. La imposibilidad es meramente relativa cuando obedece a la situación en que se encuentra el obligado respecto a una determinada prestación. Objetivamente no hay imposibilidad, pero para el deudor no es realizable la prestación".

En ambos casos se trata, desde luego, de imposibilidad originaria.

La opinión predominante de la doctrina[27] es que sólo la imposibilidad absoluta determina la invalidez de la prestación, ya que la relativa, por constituir una impotencia personal y no real, determina que la prestación, en sí, continúe siendo posible y que sólo no pueda ejecutarse por una ineptitud o falta de conocimiento del deudor, que le es imputable y genera responsabilidad.

DIEZ-PICAZO[28] piensa que si el deudor ignoraba su propia imposibilidad se trata de un caso de error substancial; mientras que si la conocía está obligado al resarcimiento por haber traicionado la confianza depositada en él por el acreedor.

Personalmente considero que la imposibilidad relativa ignorada por el deudor al momento de contraer la obligación sólo justifi-

ca la inejecución de la prestación cuando ésta tiene la calidad de *intuitu personae*, pues de no ser así es posible que sea ejecutada por otra persona por cuenta del deudor.

Imposibilidad objetiva y subjetiva.-

En realidad es difícil distinguir esta clasificación de la anterior (imposibilidad absoluta y relativa), tan es así que SACCO[29] llega a decir que a la palabra "absoluta" se flanquea el término "objetiva"; a la "relativa", se flanquea "subjetiva". Parece, en verdad, que cuando PACCHIONI[30] habla de imposibilidad objetiva y subjetiva se está refiriendo a la imposibilidad absoluta (material) y a la relativa (ética).

Imposibilidad total y parcial.-

Se entiende por imposibilidad total la que afecta la prestación por entero, haciéndola irrealizable, mientras que es parcial cuando sólo recae sobre una parte de ella, o sea que es parcialmente realizable. Se entiende que en ambos casos se trata de una imposibilidad originaria.

En principio, como dice HERNANDEZ GIL[31], las consecuencias vienen a ser las mismas, pues si sólo se entiende efectuado el pago cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación (artículo 1220 del Código civil), la imposibilidad parcial, que sólo permite la ejecución del resto, determinará la falta de pago. Sin embargo, esta solución no debe aplicarse rígidamente, pues es posible que la ejecución parcial pueda satisfacer el interés del acreedor.

Al respecto, el artículo 1533 del Código civil nos da una pauta al disponer que, tratándose de la compraventa, si cuando se hizo la venta había perecido una parte del bien, el comprador tiene derecho a retractarse del contrato o a una rebaja por el menoscabo, en proporción al precio que se fijó por el todo.

DIEZ-PICAZO[32], refiriéndose al ordenamiento español que tiene una regla similar, opina que el mejor criterio es generalizar dicha regla, lo que me parece sensato.

Consecuentemente, la invalidez de la prestación parcialmente imposible sólo será, a su vez, parcial si la que fuera posible tuviera una existencia autónoma y económicamente útil para las partes interesadas[33].

Imposibilidad perpetua y temporal.-

Por regla general, la doctrina sólo admite como causal de invalidez de la prestación su imposibilidad perpetua. Tratándose de la imposibilidad temporal, se le concede eficacia cuando dure hasta el momento de cumplimiento de la obligación; si deja de existir antes, no produce efecto alguno.

Imposibilidad y dificultad.-

Hemos visto que la prestación es relativamente imposible cuando la inejecución de ella obedece a una impotencia original del deudor. Distinto en el caso de la llamada *dificultad* de la prestación, la cual continúa siendo física y jurídicamente posible, pero cuya ejecución acarrea al deudor molestias y sacrificios que no guardan relación con el interés que reporta a la otra parte dicha ejecución.

Se trata, desde luego, de una dificultad originaria y no sobrevenida, pues este último caso entra en la esfera de la teoría de la imprevisión.

En principio, la dificultad no es un obstáculo para la ejecución de la prestación. Sin embargo, cuando la dificultad llega a ser tan grande que superarla acarrea al deudor sacrificios totalmente desproporcionados a los intereses del acreedor que van a ser satisfechos con la ejecución de la prestación, la doctrina alemana[34], que ha influenciado a autores extranjeros, defiende que la

consideración racional, ética y económica, que es la única que el Derecho debe tomar en cuenta, debe convertir la dificultad en imposibilidad.

Podría pensarse que, entre nosotros, la solución está dada por la institución de la lesión, pero debe tomarse en consideración que no todo caso de un sacrificio desproporcionado da lugar a la acción por lesión, sino únicamente cuando existe abuso por parte del lesionante del estado de necesidad del lesionado.

5).- EL PROBLEMA DE LA COMERCIALIDAD DE LA COSA.-

En varias oportunidades durante el curso del comentario del presente artículo se ha planteado el problema del significado que debe darse a la exigencia de que las cosas, que constituyen el último eslabón de la cadena a que da lugar la relación jurídica obligacional creada por el contrato, no se encuentren fuera del comercio de los hombres.

Este concepto, introducido por los regímenes jurídicos para los cuales las cosas, entendidas como equivalentes a bienes [35] (o sea como un *quid* comprensivo de las cosas propiamente dichas y de los derechos) constituyen el objeto del contrato y no el de la prestación, ha dado lugar a problemas de no fácil solución.

Existe consenso respecto a que los bienes no son lícitos o ilícitos, de tal manera que no puede encontrarse en esta característica el fundamento de la licitud del objeto del contrato, ni aún en aquellos sistemas a que se refiere el párrafo anterior. Se ha elaborado, entonces, en estos sistemas, el criterio de que la comercialidad ocupa el lugar de la licitud de los bienes.

Existen dos razones fundamentales que determinan que los bienes queden excluídos del comercio de los hombres: la primera es que, por su naturaleza, no son susceptibles de *apropiación privada* o de *tráfico*, como ocurre, en un caso, con las cosas de uso público y, en el otro, con los derechos de uso y habitación; la segunda razón es que la ley prohibe que los bienes sean puestos en circulación.

La primera razón obedece, en realidad, a una imposibilidad jurídica porque los requisitos para que dichos bienes tengan la calidad de tales es que, precisamente, no puedan ser materia de apropiación privada o de tráfico. Una cosa que pueda adquirirse privadamente no es de uso público y un derecho de usar de un bien consumible o de una cosa que no pueda transmitirse no es un derecho de uso o habitación. No es que se prohiba su adquisición o su transmisión, sino que una y otra no producen efecto alguno por ser jurídicamente incompatibles con la naturaleza del bien. En tal sentido, el artículo 1137 del Código civil dispone que la pérdida del bien puede producirse por quedar fuera del comercio.

El fundamento de la segunda razón es distinto. No se trata de que los bienes sean, en sí, no susceptibles de adquisición o transmisión, sino de que la ley prohibe su comercio, bien sea de manera absoluta, o sea para todos los bienes de igual clase, como ocurre con los estupacientes que no son de uso medicinal, o bien de manera especial, como los bienes que son materia de un monopolio estatal. En estos casos, no se trata de una imposibilidad jurídica, desde que su tráfico es posible (se pueden vender, donar, permutar, ceder el uso), sino que tal tráfico es prohibido. Obsérvese que la prohibición no recae en la tenencia o uso de los bienes, como tales, sino en el comercio de los mismos.

En realidad, tanto si se trata de bienes no susceptibles de tráfico (orden público) como de bienes cuyo tráfico está prohibido (norma imperativa), lo que no está permitido es contraer obligaciones sobre la transferencia o cesión de uso de ellos, lo que determina que estas obligaciones, cuando se contraen, sean *ilícitas*, por ser contrarias a las leyes imperativas, a las que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Consecuentemente, el tratamiento que da el Derecho a la prohibición de comerciar determinados bienes es considerarla como caso de ilicitud de obligaciones y no de imposibilidad jurídica de bienes.

6).- DETERMINACION DE LA PRESTACION O DEL BIEN.-

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que

la primera Ponencia sustitutoria indicaba que el objeto debe ser posible, lícito y determinado o determinable en especie. En el artículo 81 de la primera Ponencia sustitutoria se dijo que el objeto debe ser posible y determinado o determinable en especie.

De allí en adelante, todos los antecedentes e inclusive el artículo 1403 del Código civil dejaron de hacer mención a la determinación o determinabilidad del objeto del contrato. Tampoco se habló de la determinación o determinabilidad de la prestación que es el contenido de la obligación o del bien que es objeto de aquélla.

El artículo 140 del Código civil, al referirse a los requisitos necesarios para la validez del acto jurídico, tampoco hace referencia a la determinación o determinabilidad del objeto. Sin embargo, en su artículo 219, inciso 3), dice que el acto jurídico es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

Esta técnica legislativa no es adecuada pues la necesidad de la determinación del objeto del acto o de alguno de sus elementos sólo se evidencia de manera negativa, no obstante que dicho requisito es esencial.

En efecto, tanto legislativa como doctrinalmente se destaca en el mundo del Derecho que la determinación o determinabilidad de la prestación o del bien que constituye el objeto de ella es esencial para la validez del contrato. Si no pudiera establecerse de manera indudable cual es la materia del contrato, o sea los bienes y servicios que se proporcionan en ejecución de la prestación obligacional, no podría existir total acuerdo de voluntades.

La determinación es, pues, la singularización de la relación jurídica que permite diferenciar los contratos entre sí, desde que no pueden existir dos o más contratos sobre exactamente lo mismo.

El primer problema que surge sobre este tema se refiere a cuál es el elemento de la relación jurídica creada por el contrato

(la obligación, la prestación o el bien) en el que debe recaer la determinación.

Conceptualmente es posible que una obligación contractual sea indeterminada y requiera, por ello, de determinación para dar validez a la relación jurídica creada por el contrato. Ello ocurriría, por ejemplo, si las partes no hubiesen precisado si el precio de la transferencia de la propiedad de un bien deba ser otro bien o una cantidad de dinero, por lo cual sería necesario efectuar la determinación para establecer si se trata de un contrato de permuta o uno de compraventa. Sin embargo, la doctrina aconseja que sea atribución exclusiva de las partes la determinación de la obligación, pues sólo a ellas corresponde establecer el tipo de relación que debe unirlas.

Quedan, pues, como posibilidades de ser materia de determinación la prestación (que es el contenido de la obligación y, por ello, la caracteriza) y el bien o servicio (que es el objeto de la prestación, o sea lo en que ella recae).

La mayoría de la doctrina consultada[36] considera que son los bienes, particularmente las cosas, los que deben ser determinados o susceptibles de determinación. Conviene advertir que los ordenamientos jurídicos a la luz de los cuales dichos doctrinadores han emitido sus pronunciamientos establecen que las cosas que son objeto de los contratos deben ser determinadas al menos en cuanto a su especie y determinables en cuanto a su cantidad.

Otro grupo de autores[37], todos ellos italianos, hace radicar la determinación o la determinabilidad en la prestación, aun cuando cabe advertir igualmente que, si bien el Código civil de ese país indica simplemente que el objeto del contrato debe ser determinado o determinable (artículo 1346), tales autores opinan que ese objeto es la prestación.

Una posición singular ocupa HERNANDEZ GIL[38], quien no obstante reconocer que el artículo 1.273 del Código civil español habla de que el objeto del contrato debe ser una cosa determinada, opina que él se refiere, en realidad, al objeto de la obligación,

que está constituído por la prestación y no por las cosas o servicios.

Si bien es verdad lo que dice el propio HERNANDEZ GIL[39] respecto a que las cosas se integran a la prestación de darlas, ya que no puede existir simplemente una prestación de dar, sino que tiene que ser de dar algo, también es cierto que lo que precisa el verdadero contenido (la peculiaridad) de la prestación es el bien o servicio que se va a dar o que se va a hacer, de tal manera que la determinación debe recaer en esto último, o sea en el bien o en el servicio, ya que, usando palabras de ALTERINI[40], es menester que el comportamiento del deudor recaiga sobre algo concreto.

La *determinación* es la designación individual del bien o servicio, de tal manera que permite distinguirlo de los demás bienes o servicios. Lo extrae de la generalidad para colocarlo en la particularidad, convirtiéndolo en algo cierto.

El bien es *determinado* cuando la individualización (por ejemplo, el señalamiento del importe en dinero del precio) es hecha al momento de celebrarse el contrato o es posible hacerlo en razón de elementos actualmente computables[41].

Ocurre, sin embargo, que aún cuando no se haga la determinación del bien o servicio en el momento de celebrar el contrato, existan criterios y previsiones contractuales o legales para su determinación en el momento de la ejecución, sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades. En este caso se considera que el bien o servicio es *determinable*.

Ejemplos de estas previsiones lo constituyen los artículos 1545 y 1546 del Código civil, relativos al contrato de compraventa, que permiten convenir que el precio sea el que tiene el bien en bolsa o mercado, en cierto lugar y día, o fijarlo en moneda nacional referida a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías.

Según el artículo 1170 del Código civil argentino, las cosas

objeto de los contratos deben ser determinadas en cuanto a su especie, no obstante que no lo sean en lo atinente a la cantidad, con tal que ésta resulte determinable. Así ocurre en los conocidos ejemplos que da la doctrina respecto al pienso necesario para alimentar a cierto caballo o el carbón necesario para el consumo de cierta usina durante un año, en los cuales la cantidad no está precisada numéricamente, pero el contrato proporciona los elementos necesarios para su determinación.

Empero, existen prestaciones que tienen por objeto un género de cosas, es decir cosas que se determinan no sólo por su cantidad, sino también por su calidad. Afirman RIPERT y BOULANGER[42] que es necesario, y suficiente, que esa calidad y esa cantidad sean determinadas; no siendo necesario para la validez de la prestación que una cosa genérica sea individualizada.

Surge la duda relativa a saber, cuando se trata de un contrato que recae en un bien determinable, en qué momento se considera perfeccionado el contrato, o sea si es cuando éste se celebra o cuando se determina efectivamente el bien. La respuesta que da la doctrina[43] es que el contrato se perfecciona desde su celebración porque desde este momento se considera que existe el bien. Ciertamente, el bien no se conoce aún, pero los elementos o criterios de referencia que permiten individualizarlo exactamente son conocidos ya y no pueden ser modificados por voluntad de las partes, de tal manera que el bien no puede cambiar.

El bien o servicio es *indeterminado* o se considera *indeterminable* cuando para llevar a cabo su individualización o precisión de su cantidad y calidad se requiere un nuevo acuerdo de voluntades.

7).- EL OBJETO DEL CONTRATO Y EL DEL ACTO JURIDICO.-

El tratamiento que da el Código civil a este tema es, para mí, desconcertante.

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo (1402)"

que precede que desde la Ponencia original, redactada en diciembre de 1977, se decía que el objeto del contrato era la *obligación* (artículo 73), planteamiento que se mantuvo invariable, en este sentido, hasta el artículo 1402 del Código civil. En el rubro del mismo nombre correspondiente al comentario del artículo 1403 se ha relatado que desde el artículo 78 de la segunda Ponencia sustitutoria, redactada en setiembre de 1978, hasta el artículo 1403 del Código civil se ha conservado la exigencia de que la *obligación* que es *objeto* del contrato debe ser *lícita*. En el artículo 51 de la quinta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto (editado en setiembre de 1980), y de allí en adelante se ha mantenido invariable hasta el artículo 1403 del Código civil, se agregó que la *prestación* debe ser *posible*.

De otro lado, desde el artículo 1o del Proyecto Original de la Comisión Reformadora sobre los Actos Jurídicos, redactado en enero de 1975, hasta el artículo 140 del Código civil se ha declarado, con variantes de redacción, que para la validez del acto jurídico se requiere *objeto* física y jurídicamente *posible* y *finalidad lícita*.

Puede observarse que las posiciones de los redactores del Código civil (tanto la Comisión Reformadora como la Comisión Revisora), tratándose del objeto del contrato y el del acto jurídico, eran distintas, y puede decirse incompatibles. En efecto, respecto del *contrato* se ha considerado que su *objeto*, constituído por la obligación, debe ser *lícito*, mientras que en el caso del *acto jurídico* se ha sostenido uniformemente que su *finalidad* debe ser *lícita*.

Además, respecto del *contrato* la *posibilidad* es un requisito de la *prestación* en que consiste la obligación y del *bien* que es objeto de ella, siendo así que en lo que toca al *acto jurídico*, la *posibilidad* (física y jurídica) recae en el *objeto*.

En otras palabras, el *objeto* del *contrato* debe ser *lícito*, mientras que el *objeto* del *acto jurídico* debe ser física y jurídicamente *posible*. En cambio, la exigencia de la *licitud* recae en el *objeto* del *contrato* y, tratándose del *acto jurídico*, recae en su *finalidad*.

Como se ha visto que la doctrina sostiene uniformemente que los bienes y los servicios no pueden ser *lícitos* o *ilícitos*, sino *posibles* o *imposibles*, resulta que, según el artículo 140 del Código civil, el *objeto* del *acto jurídico* son los *bienes* y *servicios* (lo cual no es una aberración ya que, como se ha visto, una parte importante de los autores considera que debe ser así), a diferencia del *contrato* en el cual su *objeto* es la *obligación* (que no es tampoco un extravío, pues otro sector doctrinario, tan destacado como el anterior, piensa de esta manera), siendo los *bienes* y *servicios* el *objeto* de la *prestación* en que la obligación consiste.

Si el contrato y el acto jurídico no tuvieran relación alguna entre sí, esto no sería una anomalía. Pero como el contrato es una especie de acto jurídico (o sea, es un acto jurídico en sí), no es concebible que el *objeto* del *contrato* (entendido como un elemento del mismo) sea distinto del *objeto* del acto *jurídico*. Me consta, por haber sido testigo de ello, que este problema no escapó a la aguda percepción de los miembros de la Comisión Reformadora y de la Comisión Revisora y que, simplemente, su solución fue postergada.

La doctrina nacional no ha sido indiferente sobre el particular. ARIAS SCHREIBER[44] considera que si bien el artículo 140 del Código civil hace notar que el objeto del acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, su inciso 3o "adolece de error cuando dispone que para la validez del acto jurídico se requiere objeto física y jurídicamente posible, siendo así que esto último está inevitablemente referido al contenido de la relación jurídica y a esta última se le puede exigir sólo que sea válida, pero no física o jurídicamente posible".

VIDAL[45], por su parte, sostiene que el objeto del acto jurídico son los bienes, relaciones e intereses sobre los que recae la declaración de voluntad, discrepando de ARIAS SCHREIBER en cuanto éste considera que el objeto del acto jurídico es la manifestación de voluntad.

LOHMANN[46] adopta una posición contemporizadora al con-

cluir que "el objeto a que alude el artículo 140 comprende tanto los intereses regulados por el precepto de la voluntad (la obligación en el contrato), como el hecho positivo que debe cumplirse (la prestación), o el bien físico o inmaterial a que se contrae el precepto".

Finalmente ROMERO[47] afirma que el objeto del contrato no es contenido sino finalidad, la cual consiste en la creación, regulación, modificación y extinción de las obligaciones. Hablar del contrato, agrega, no es referirse a los bienes, sino a los efectos. El planteamiento de este autor llevaría a pensar que el objeto del contrato, o mejor dicho su efecto, es la finalidad lícita de la que trata el artículo 140 del Código civil.

Lo cierto es, después de haber hecho esta exposición, que es muy difícil contemporizar el concepto del *objeto* del *acto jurídico* con el del *objeto* del *contrato*, ya que parece que obedecen a dos corrientes doctrinarias distintas. La una que ubica el objeto del acto jurídico en los bienes o servicios que finalmente se obtienen (artículo 140) y la otra que encuentra que la relación jurídica constituye el objeto del contrato (artículo 1402).

8).- NECESIDAD DE ENCONTRAR UNA SOLUCION.-

Creo que el comprobar que existe una contradicción entre el artículo 140 y el artículo 1402 del Código civil no es suficiente. Se requiere ir más allá y tratar de encontrar una solución, que ciertamente no debe consistir en ubicar el objeto del acto jurídico (que es el género) y el objeto del contrato (que es la especie) en dos elementos distintos de la relación jurídica. Es necesario descubrir o elaborar un criterio de coincidencia.

Quizá voy a pecar de parcialidad al proponer una solución orientada a adecuar el objeto del acto jurídico al objeto del contrato, por cuanto considero que la posición del artículo 1402 del Código civil es la correcta. Ya he expuesto con bastante detalle las razones que me llevan a pensar así.

Ante todo es preciso tomar en consideración la diferencia que hace DUGUIT[48] entre el objeto y el fin de un acto jurídico. El objeto es aquello que se quiere; la finalidad es la razón por la cual se quiere.

Si se tiene en cuenta que según el artículo 140 del Código civil, el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a *crear* (regular, modificar o extinguir) una *relación jurídica*, entonces lo que se quiere es crear esa relación, es el efecto que se desea obtener. Por ello, el objeto del acto jurídico es, sin duda (para mí), la *relación jurídica*.

La finalidad del acto jurídico es, en cambio, la razón por la cual se quiere crear la relación jurídica, es decir obtener aquello que la relación jurídica es apta para proporcionar. Si yo deseo que mi hija adquiera gratuitamente la propiedad de un bien mueble para disfrutar de él, origino lo que me permite hacerlo, que es la obligación (relación jurídica) de transferirle la propiedad del bien (a través del contrato de donación), cuyo cumplimiento mediante la ejecución de la prestación de dar determinará que mi hija adquiera la propiedad del bien y disfrute de él.

En estas condiciones, cuando el artículo 140 del Código civil habla del *objeto* física y jurídicamente posible, debe entenderse que se refiere a la *relación jurídica* creada por el *acto jurídico*, aun cuando le exija requisitos que no son propios de ella, como son la posibilidad física, que se adecúa más al bien que se desea obtener.

De otro lado, la relación jurídica (por ejemplo, la obligación de transferir la propiedad de un bien determinado) puede ser ilícita si esa relación es contraria a las leyes imperativas, a las que interesan al orden público o a las buenas costumbres, lo cual el ordenamiento jurídico no puede permitir, de tal manera que el objeto del acto jurídico debe ser necesariamente lícito.

Finalmente, se ha visto (supra, Tomo III, pg. 255) que la imposibilidad jurídica está determinada por la falta de conformidad con las leyes declarativas, lo cual permite que esta disconformidad

exista no sólo respecto a la prestación sino también a la obligación. En efecto, es dable que una obligación no reúna los requisitos establecidos para su validez, lo que dar a lugar a que tal obligación no sea ilícita sino jurídicamente imposible.

La única manera, a mi juicio, de dar sentido a este amasijo de ideas, tratando de conjugar el objeto del acto jurídico con el objeto del contrato, es descomponer, en vía de interpretación, los incisos 2) y 3) del artículo 140 del Código civil en tres conceptos: a) el *objeto* del *acto jurídico* (la *relación jurídica*) debe ser *posible* (jurídicamente) y *lícito*; b) el *contenido* del *objeto* del *acto jurídico* debe ser *posible* (física y jurídicamente) y *determinable*; y c) la *finalidad* del *acto jurídico* debe ser *lícita*.

De esta manera, sin forzar desmesuradamente los términos del artículo 140 del Código civil, puede encontrarse una solución que armonice este artículo con los artículos 1402 y 1403 del mismo Código.

9).- EL PROBLEMA DE LAS NULIDADES.-

Otro tema que es muy preocupante es el relativo a las nulidades que contempla el artículo 219 del Código civil.

Ya se ha visto (supra, Tomo III, pág. 249) que una interpretación válida de los incisos 3), 4) y 8) de dicho artículo lleva a la conclusión de que los contratos contrarios a las leyes imperativas, que no sean de las que interesan al orden público, no son nulos.

Se ha visto también que esta conclusión no tiene congruencia con los antecedentes de dicho artículo, especialmente los del inciso 8) del mismo, que sancionaban con nulidad los actos jurídicos que se opusieran a normas legales imperativas.

La solución de considerar que la ilicitud de la obligación que es objeto del contrato, por la contrariedad de ella a las normas imperativas, determine la ineficacia del contrato y no su nulidad, si bien responde a un razonamiento sensato y tiene un respaldo

doctrinario muy respetable (debo confesar que me atrae sobremanera), no es completamente satisfactoria porque le falta coherencia.

No es congruente, en efecto, que si la *ilicitud* de la obligación esté determinada por su contrariedad con las *leyes imperativas*, con las que interesan al *orden público* y con las *buenas costumbres*, dándose a estas tres clases de normas igual respetabilidad, la falta de dicha contrariedad está sancionada con *nulidad* en el segundo y tercer casos y sólo con *ineficacia* en el primer caso, todo ello sin una explicación que justifique este doble tratamiento y sólo debido a una redacción legislativa bastante original.

Creo que es aconsejable abandonar una construcción jurídica ingeniosa en aras a encontrar una solución que permita, a través de la interpretación, uniformizar el sistema de las nulidades en nuestro Código civil, tanto más cuanto que ello responde a una orientación legislativa mundial.

Quizá el hilo conductor que nos lleve a la solución anhelada es adecuar el planteamiento hecho en el rubro anterior para los incisos 2) y 3) del artículo 140 del Código civil a los incisos 3), 4) y 8) del artículo 219 del mismo Código.

En efecto, si consideramos que la posibilidad (jurídica) y la licitud deben ser requisitos del objeto del acto jurídico; que la posibilidad (física y jurídica) y la determinabilidad deben ser requisitos del contenido del objeto del acto jurídico; y que la licitud debe ser requisito de la finalidad del acto jurídico, es razonable sancionar la falta de estos tres requisitos fundamentales para la validez del acto jurídico con la nulidad del mismo. La disposición contenida en el inciso 8) del artículo 219 respecto a la nulidad en el caso del artículo V del Título Preliminar del Código civil, debería referirse a la oposición o normas legales imperativas. La declaración hecha en dicho artículo V, según la cual es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, quedaría simplemente como una declaración principista aplicable a todo el sistema jurídico y no sólo al Dere-

cho privado(*), que sinceramente creo que es el rol que se le quiso dar(**).

Interpretados de esta manera los incisos 3), 4) y 8) del artículo 219 del Código civil, todo el sistema de nulidades del acto jurídico y del contrato encajaría fluidamente, dando lugar a las siguientes consecuencias:

a).- Sería nulo el acto jurídico cuando su objeto fuera ilícito e imposible (jurídicamente), con lo cual sería nula la obligación ilícita, o sea la contraria a las leyes imperativas (entre las que se encuentran necesariamente incluídas las que interesan al orden público) y a las buenas costumbres; y la imposible (jurídicamente), o sea la contraria a las leyes declarativas.

b).- Sería nulo el acto jurídico cuando el contenido de su objeto fuera imposible (física y jurídicamente) e indeterminable, lo cual afectaría a la prestación y al bien que es objeto de ella que fueran imposibles o indeterminables.

c).- Sería nulo el acto jurídico cuando su finalidad fuera ilícita, con lo cual sería nulo el contrato cuya finalidad sea contraria a las leyes imperativas (entre las que se encuentran necesariamente incluídas las que interesan al orden público) y a las buenas costumbres.

Esta interpretación es válida por cuanto conjuga armoniosamente el elemento lógico (investigación del espíritu de la ley y la

---

(*) Según RUBIO [49], "el Título Preliminar del Código Civil no sólo tiene que ver con el Derecho Civil propiamente dicho y, ni siquiera, con el Derecho Privado. Por el contrario, es un conjunto de normas que históricamente ha sido preparado para regir todo el sistema jurídico".

(**) Si mi memoria no me es infiel, el artículo V del Título Preliminar del Código civil de 1984 se redactó con el propósito de conservar la tradición que venía del artículo VII del Título Preliminar del Código civil de 1852 y del artículo III del Título Preliminar del Código civil de 1936.

utilización de razonamientos lógicos), el elemento histórico (los trabajos de las Comisiones codificadoras) y el elemento sistemático (tratar que las diversas partes del sistema coordinen entre sí)[50], cuya importancia como criterios hermenéuticos es generalmente reconocida.

Se ha puesto especial énfasis en el elemento sistemático por cuanto un Código debe ser, ante todo, orgánico. Cuando nos encontramos, como nos hemos encontrado, con dos criterios contradictorios para determinar el sentido de los elementos del acto jurídico y del contrato (que también es un acto jurídico), surge un problema de colisión de normas que debe ser resuelto. La exigencia de esta tarea nace, como dice BETTI[51], del canon de la totalidad hermenéutica, entendido como "una concatenación productiva en movimiento que es determinada en todo y por todo por un único estilo".

Para alcanzar esta concatenación es preciso sacrificar una de las especies, o ambas, para encontrar una solución orgánica, que pueda ser aplicada al acto jurídico y al contrato, sin desnaturalizarlos. Creo que el sistema de nulidades que he propuesto alcanza esa finalidad, pues permite obtener las adecuadas sanciones en los casos de contravención del ordenamiento jurídico, evitando, en lo posible, las lagunas y las soluciones incoherentes.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1403:

(1) SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, Tomo III, pág. 328; CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, Tomo III, pág. 369; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho civil", La Ley, Buenos Aires, Tomo IV, pág. 167; DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 139; BUERES, Alberto J., "Objeto del negocio jurídico", Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1986, pág. 166; CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981, Tomo II, Volumen II, pág. 229; PUIG BRUTAU, Jos , "Fundamentos de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 148; ARIAS, José, "Contratos civiles", Compañía pág. 187; GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., Paris, 1988, pág. 660.

(2) RUGGIERO, Roberto de, "Instituciones de Derecho civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo II, volumen I, pág. 33; ALTERINI, Atilio Aníbal, "Curso de Obligaciones", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, Tomo I, pág. 50; MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editores, Milano, 1973, Tomo II, pág. 268; MIRABELLI, Giuseppe, "Delle Obligazioni – Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 177; TRABUCCHI, Alberto, "Instituciones de Derecho civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo II, pág. 13; HERNANDEZ GIL, Antonio, "Derecho de Obligaciones", Sucesión de Rivadeneyra S.A., Madrid, 1960, pág. 102; GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo

III, pág. 324; BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 323.

(3) MOZOS, José Luis de los, "El negocio jurídico", Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1987, pág. 87; ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 160; MOSSET ITUIRRASPE, Jorge, "Contratos", Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 196; CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott, A Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo I.

(4) MOZOS, José Luis de los , op, cit., pág. 86. (3)

(5) BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 167, (1)

(6) GIORGI, Jorge, op. cit., Tomo III, pág. 21, (2)

(7) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 323. (2)

(8) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op, cit., pág. 196. (3)

(9) MESSINEO, Francesco, op, cit., Tomo II, pág. 270. (2)

(10) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 160. (3)

(11) SACCO, Rodolfo, "Il contratto", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 525.

(12) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo I, Volumen I, pág. 123.

(13) VIDAL RAMIREZ, Fernando, "El acto jurídico en el Código Civil peruano", Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, 1989, pág. 112.

(14) MOSSET ITURRASPE. Jorge, op. cit., pág. 196. (6)

(15) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 104. (2)

(16) RIPERT, Georges, "La règle morale dans les obligations civiles", Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, pág. 42.

(17) CARRESI, Franco, op. cit., Tomo I, pág. 237. (3)

(18) SACCO, Rodolfo, op, cit., pág. 503. (11)

(19) ARIAS, José, op. cit., Tomo I, pág. 186. (1)

(20) BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 162. (1)

(21) Cita de CARRIOTA-FERRARA hecha por MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 176. (2)

(22) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 323. (2)

(23) MIRABELLI, Giuseppe. op. cit., pág. 176. (2)

(24) GIORGI, Jorge, op. cit., Tomo III, pág. 322. (2)

(25) "Código Civil –Exposición de Motivos y Comentarios". Compiladora Delia REVOREDO DE DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo V, pág. 444.

(26) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 101. (2)

(27) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 503 (11); TRABUCCHI, Alberto, op. cit., Tomo II, pág. 13 (2); CARRESI, Franco, op. cit., Tomo I, pág. 238 (3); GIORGI, Jorge, op. cit., Tomo III, pág. 300 (2); RIPERT Georges y BOULANGER, Jean, op. cit., Tomo IV, pág. 166 (1); RUGGIERO, Roberto de, op, cit., Tomo II, pág. 31 (2); CARBONNIER, Jean, op. cit., Tomo II, Volumen II, pág. 228 (1); BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 163 (1).

(28) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 138. (1)

(29) SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 503. (11)

(30) PACCHIONI, Giovanni, "Dei contratto in generale", Casa Editrice Dott. A. Milani (S.A.), Padova, 1939, Volumen II, pág. 81.

(31) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 101. (2)

(32) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., Tomo I, pág. 137. (1)

(33) TRABUCCHI, Alberto, op. cit., Tomo II, pág. 13. (2)

(34) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 154. (3)

(35) BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 169. (1)

(36) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Volumen III, pág. 49; SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, Tomo I, pág. 107; VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit., pág. 102 (13); MOZOS, José Luis de los op. cit., pág. 83 (3); GHESTIN, Jacques, op. cit., pág. 571; CASTAN TOBENAS, José, p. cit., Tomo III, pág. 369 (1); RIPERT Georges y BOULANGER, Jean, op. cit., Tomo IV, pág. 166 (1); BUERES, Alberto J., op. cit., pág. 165 (1); CARBONNIER, Jean, op. cit., Tomo II, Volumen II, pág. 226 (1); PUIG BRUTAU, José op. cit. Tomo II, Volumen I, pág. 149 (1); BAUDRY-LACANTINERIE, R. "Précis de Droit Civil", Librairie Recueil Sirey, Paris, 1925, Tomo II, pág. 45; DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit. Tomo I, pág. 142 (1).

(37) RUGGIERO, Roberto de, op. cit., Tomo II, Volumen I, pág. 33 (1); MIRABELLI, Giuseppe, op. cit., pág. 179 (2); BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 323 (2); SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 554 (11).

(38) HERNANDEZ GIL, Antonio, op. cit., pág. 104. (2)

(39) IBIDEM, pág. 99.

(40) ALTERINI, Atilio Aníbal, op. cit., Tomo I, pág. 50. (2)

(41) BIANCA, C. Massimo "La vendita e la permuta", U.T.E.T., Torino, 1972, pág. 459.

(42) RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, op. cit., Tomo IV, pág. 165 (1)

(43) MAZEAUD, Henri, León y Jéan, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, Parte III, Volumen III, pág. 146.

(44) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 157.

(45) VIDAL RAMIREZ, Fernando, op. cit., pág. 101. (13)

(46) LOHMANN LUCA de TENA, Juan Guillermo, "El negocio jurídico", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 61.

(47) ROMERO ZAVALA, Luis, "Nuevas instituciones contractuales –Parte General", Lima, 1985, pág. 61.

(48) DUGUIT, León, "Las transformaciones del Derecho", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aies, 1975, pág. 213.

(49) RUBIO CORREA, Marcial, "Título Preliminar", Fondo Editorial de la P.U.C.P., Lima, 1986, pág. 15.

(50) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo I, Volumen I, pág. 121. (12)

(51) BETTI, Emilio, "Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pág. 119.

Artículo 1404.- *La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarón al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Apreciación de la ilicitud y de la imposibilidad.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 76 de la Ponencia original decía así :

Artículo 76.- El contrato sujeto a condición suspensiva o a término será válido si el objeto inicialmente imposible se hiciese posible antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término.

En la Exposición de Motivos de este artículo se expresaba que "una vez más se nota aquel propósito que nos anima de mantener la validez del contrato en la medida de lo posible y por ello se convalidan los convenios sujetos a condición o término cuando el objeto inicialmente imposible, se convirtiese en posible antes del cumplimiento de aquélla o del vencimiento de éste".

El texto de dicho artículo 76 se conservó en el artículo 83 de la primera Ponencia sustitutoria y en el artículo 86 de la segunda Ponencia sustitutoria.

Sin embargo, en esta última Ponencia su artículo 81

contempló el caso de la ilicitud de la obligación que constituye el objeto, rezando así :

> **Artículo 81.-** El contrato sujeto a condición o a término suspensivos, será válido si la obligación que constituye su objeto, aunque haya sido inicialmente ilícita, se hiciera lícita antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término.

Tales redacciones se conservaron en los artículos 45 y 52 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en los artículos 1420 y 1426 del primer Proyecto.

En el Anteproyecto de la Comisión Revisora se modificaron los artículos 1420 y 1426 del primer Proyecto, quedando con el siguiente texto:

> **Artículo 1420.-** La licitud de la obligación creada por un contrato sujeto a condición o a plazos suspensivos, se apreciará en el momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.
>
> **Artículo 1426.-** El contrato sujeto a condición o a plazos suspensivos será válido si la prestación materia de la obligación, aunque haya sido inicialmente imposible, se hiciera posible antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

Habiéndose observado que la solución dada por el artículo 1426 es poco técnica, pues si en el momento de celebrarse el contrato la prestación materia de la obligación es imposible, el contrato es nulo y no podría producir efecto alguno aún después de cumplida la condición o vencido el plazo, mientras que la fórmula del artículo 1420 salva este obstáculo pues difiere la apreciación de la licitud de la obligación hasta el momento en que se cumpla la condición o se venza el plazo, con lo cual se evita la posibilidad de que la obligación pueda considerarse ilícita al momento de celebrarse el contrato, en el segundo Proyecto se unificaron los dos artículos, quedando con el siguiente texto:

Artículo 1369.- La licitud de la obligación o la posibilidad del objeto de la prestación de un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se aprecia en el momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

El artículo 1404 del Código civil ha conservado este sentido, aunque precisándose sus términos.

2).- APRECIACION DE LA ILICITUD Y DE LA IMPOSIBILIDAD.-

El artículo 1404 del Código civil plantea un problema sumamente interesante.

Sabemos que la posición del codificador peruano[1] es que en el caso del acto jurídico sujeto a condición o a plazo suspensivos, el acto existe desde el momento de su formación pero no produce efectos, o sea es ineficaz, hasta que se cumpla la condición o se venza el plazo, oportunidad en la cual el acto jurídico se perfecciona.

En estas condiciones, si al momento de celebrarse el contrato la obligación que constituye su objeto es ilícita o la prestación en que la obligación consiste y el objeto de ella son imposibles, ello determina que, de acuerdo con la solución planteada en el rubro "El problema de las nulidades" del comentario del artículo 1403 (supra, Tomo III, pág. 331), el contrato sea nulo, esto es que debe considerarse como no realizado. Ello determinaría que cuando la condición suspensiva se cumpla o el plazo suspensivo se venza, el acto jurídico no podría producir efectos pues se le tendría como inexistente y continuaría ineficaz.

El Código civil italiano ha adoptado en su artículo 1347 la solución de declarar que el contrato sometido a una condición suspensiva o a un término será válido si la prestación inicialmente imposible se hiciera posible antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término.

La doctrina italiana no ha puesto reparos a esta solución. MI-

RABELLI[2] dice, al respecto, que "no es requisito del objeto del contrato la factibilidad del mismo en el momento en que se celebra el contrato; si, por eso, el objeto presenta utilidad para la parte interesada en un momento sucesivo, la factibilidad puede sobrevenir en cuanto se eliminen los obstáculos, de orden natural o jurídico, que impedían el cumplimiento".

No llego a compartir esta opinión. Pienso que si la prestación era imposible al momento de celebrarse el contrato, ello determinó la nulidad de éste, pues un contrato no puede tener un objeto (recuérdese que los comentaristas italianos consideran que el objeto del contrato es la prestación) imposible.

Sin embargo, la utilidad de la norma es evidente. Desde que la prestación se va a ejecutar después de realizada la condición o vencido el término, no tiene sentido que el contrato no se convalide cuando, llegado el momento de su cumplimiento, que es cuando la prestación es exigible, no existe impedimento alguno para ello.

Pienso que la solución peruana permite alcanzar esta finalidad de una manera más técnica. En efecto, si no se juzga la licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación en el momento de celebrarse el contrato sino en el momento de realizarse la obligación o ejecutarse la prestación, no cabe duda que tanto la obligación cuanto la prestación, cuando cobran vida (que es al momento de realizarse la condición o vencerse el plazo), serán respectivamente lícita y posible si lo son en este momento.

Podría decirse que el tratamiento que da al tema el Código nacional es asimilable al de considerar que tanto la obligación como la prestación no son determinadas al momento de celebrarse el contrato, pero que son determinables, haciéndose la determinación en el momento de realizarse la condición o ejecutarse la prestación. Esto no constituye un despropósito, ya que, en realidad, tanto la obligación como la prestación van a quedar definitivamente determinadas sólo en el momento de realizarse la condición o vencerse el plazo, oportunidad en la que, al comprobarse su licitud y su posibilidad, respectivamente, cobrarán valor como obligación y como prestación.

No debe, pues, pensarse que la obligación es ilícita y la prestación imposible al momento de celebrarse el contrato y que posteriormente devengan lícita y posible, sino que su licitud y su posibilidad no son juzgadas en aquel momento sino en el de realización de la condición o vencimiento del plazo.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1404:

(1) "Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editore S.A., Lima, 1985, Tomo IV, pág. 300.

(2) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obligazioni - Dei contratti in generale", U.T.E.T., Torino, 1980, pág. 178.

Artículo 1405.- *Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Concepto de convención sobre herencia futura.
3.- Elementos de la convención sobre herencia futura.
4.- Herencia de persona cuya muerte se ignora.
5.- Declaracion de muerte presunta.
6.- Campo de aplicación.
7.- Breve reseña histórica.
8.- Régimen legal peruano.
9.- Clases de convenciones sucesorias.
10.- Cuestionamiento de las convenciones sobre herencia futura.
11.- Opinión personal.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El primer antecedente es el artículo 79 de la segunda Ponencia sustitutoria, que decía así:

> **Artículo 79.-** Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder los bienes de una persona que no ha fallecido o cuyo fallecimiento se ignora, salvo que su aplicación no causase perjuicio alguno.

Comentando este artículo, Felipe OSTERLING PARODI formuló reparos a su contenido conceptual por considerar que la flexibilidad para contratar debe tener limitaciones que, en su opinión, en este caso no se cumplían.

La redacción del artículo 79 de la segunda Ponencia sustitutoria se mantuvo en el artículo 46 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1421 del primer Proyecto.

En las respectivas Exposiciones de Motivos de estos artículos se dijo que el dispositivo sanciona una incapacidad de goce, que prohibe los pactos sobre el derecho de suceder, cuya raíz es muy antigua y está legislada por el Código de 1936 en su numeral 1338. Se agrega que la regla tiene como punto de partida consideraciones de orden moral y la necesidad de impedir que se violen los derechos de sucesión de los herederos legitimarios, pero ha sido suavizada en la Ponencia, dado que existen pactos sucesorios que son inofensivos y que en la práctica funcionan sin causar perjuicio alguno, lo que explica la redacción final. Obviamente que la apreciación del perjuicio quedará a criterio del juzgador.

El artículo 1371 del Proyecto suprimió la salvedad sobre los perjuicios y de allí pasó al artículo 1405 del Código civil, que sólo cambio la palabra "fallecimiento" por "muerte".

La Exposición de Motivos de este artículo[1] indica que dado el contenido ético del mismo, resulta evidente que se trata de una norma de orden público o de carácter imperativo y no puede, por consiguiente, ser superada por voluntad de las partes.

2).- CONCEPTO DE CONVENCION SOBRE HERENCIA FUTURA.-

GIORGI[2] la define como "todo convenio que tenga por objeto la herencia de una persona viva, sea uno de los contratantes, sea un tercero extraño al contrato, tanto si comprende la herencia íntegra, cuanto una de sus partes o una cosa determinada del caudal hereditario".

Esta definición es bastante completa pues comprende los diversos tipos de pactos sucesorios, o sea el *institutivo*, el *renunciativo* y el *dispositivo*, cuyas respectivas características se estudiarán más adelante.

Pese a que el artículo 1405 del Código civil se refiere al contrato sobre el derecho de suceder, quizá es preferible considerarlo en el género más amplio de la convención, desde que, limitado el contrato a la creación, modificación y extinción de relaciones obligacionales, o sea que actúa en el campo de las obligaciones, no es apto para regular derechos sucesorios. En cambio, la convención, como se ha visto (supra, Tomo I, pág. 54), es el acuerdo de declaraciones de voluntad orientado a crear, regular y extinguir cualquier relación jurídica.

3).- ELEMENTOS DE LA CONVENCION SOBRE HERENCIA FUTURA.-

La doctrina atribuye a esta convención tres elementos:

a).- Debe tratarse de la sucesión de una persona viva o cuya muerte se ignora.

En el primer caso se requiere que la sucesión en la cual recae la convención no se encuentre abierta.

En el segundo, nuestro codificador ha adoptado una posición, que si bien encuentra acogida en parte de la doctrina, es muy cuestionada por importantes juristas. Es por ello que este tema lo voy a tratar por separado más adelante.

b).- El bien que es objeto de la prestación debe tomarse de la sucesión misma -debe referirse a ella-.

Según dice GIORGI[3], si esto no ocurriera, "faltarían por completo los extremos literalmente prescritos por la ley para la prohibición de que se trata. No estaríamos entonces en los términos de un pacto sobre sucesión futura, sino que se trataría de un pacto sobre cosa no perteneciente a sucesión futura, aunque debida con ocasión de la muerte de alguno. Y como la prohibición no admite aplicación extensiva, sería vana toda tentativa de comprender esta hipótesis en la prohibición".

c).- La convención debe haberse celebrado por quien invoca título de eventual heredero.

El bien no sólo debe encontrarse entre los de la sucesión sino que corresponderá al deudor por título hereditario -en su condición de heredero-, y no por un título de crédito distinto.

4).- HERENCIA DE PERSONA CUYA MUERTE SE IGNORA.-

Se acaba de ver que el artículo 1405 no sólo declara la nulidad de los contratos (convenciones) sobre la herencia de una persona que no ha muerto, sino que hace extensiva esta nulidad al caso que la muerte se ignore.

Si bien esta solución cuenta con el apoyo de la doctrina francesa, que considera que basta la intención de celebrar una convención prohibida por la ley, aunque no se dé el supuesto de esta prohibición, para que la convención sea nula, choca contra conceptos fundamentales.

En efecto, la prohibición de los convenios sobre herencia futura radica, como se verá más adelante, en que este hecho sea una realidad. Si una de las razones que se invocan para justificar la nulidad de las convenciones sobre la herencia de una persona viva es que ellas fomentan el deseo de la muerte del causante ¿cómo se explica esta razón cuando el causante ya ha fallecido al celebrarse la convención? Por otro lado, y éste es el argumento más importante, la simple intención de cometer un delito civil o penal no es punible si el delito no existe. Si se celebra una convención sobre los bienes que eran de una persona que actualmente está muerta, lo cual es absolutamente lícito ¿cómo es posible que la ignorancia de la muerte convierta la licitud en ilicitud?.

Ello daría pie para pensar que sería válida la convención sobre la herencia de una persona que vive, suponiéndose simplemente que ha muerto y sin que exista declaración de muerte presunta. Esta solución es inaceptable.

Las razones anteriormente expuestas llevan a pensar que la posición adoptada por el artículo 1405 del Código civil, que declara nulo el contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona cuya muerte se ignora, es muy cuestionable. Personalmente soy contrario a ella.

5).- DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA.-

En el Título VII (que versa sobre el fin de la persona) del Libro I del Código civil, se regula la declaración de muerte presunta, la cual produce todos los efectos jurídicos de la muerte natural[4].

En estas condiciones, la declaración de muerte presunta dará lugar a que sea válida la convención sobre los bienes que constituyen la herencia de la persona cuya muerte se ha declarado. Pese a que posteriormente a la declaración se reconozca la existencia de dicha persona, de conformidad con el artículo 67 del Código civil, el artículo 1405 del mismo Código será inaplicable a aquella convención(*).

Sin embargo, el artículo 69 establece que el reconocimiento de existencia faculta a la persona para reinvindicar sus bienes, conforme a ley. Esto quiere decir que son válidas las convenciones celebradas sobre los bienes que forman la herencia de la persona durante el tiempo que estuvo vigente la declaración de su muerte presunta, pero que dicha persona, una vez que se reconozca su existencia, podrá sustituirse en las relaciones constituídas durante ese tiempo.

6).- CAMPO DE APLICACION.-

La prohibición de celebrar convenciones sobre herencias futuras tiene un amplio campo de aplicación.

(*) Desde luego, sí sería aplicable si después del reconocimiento de existencia de la persona cuya muerte se ha declarado, se celebrará una conversión sobre el derecho de suceder en los bienes de esta persona.

a).- Opera tanto en el caso de herencia testamentaria como en el de la sucesión intestada. El artículo 1405 del Código civil no hace diferencia alguna sobre el particular.

b).- En algunas convenciones, como las *institutivas* y las *renunciativas*, o sea las que recaen sobre la propia sucesión, debe intervenir necesariamente el causante o dueño de la herencia.

En otras, como las *dispositivas*, puede o no intervenir el causante, sin que ello altere la naturaleza de la convención.

c).- La prohibición rige tanto para las convenciones que recaen sobre la totalidad de la herencia, como cuando recaen sobre parte de ella.

Es más, PLANIOL y RIPERT[5] hacen extensiva la nulidad a *los actos por los que se dispone de los derechos eventuales en la sucesión de un tercero.* SALVAT[6] comparte esta opinión.

7).- BREVE RESEÑA HISTORIA.-

Citan algunos autores[7] que los pactos sucesorios existieron en el Derecho babilónico (Código de Hammurabi). Ignorados en los Derechos egipcio y hebreo, fueron admitidos indirectamente en el Derecho griego, para volver a ser desconocidos en el Derecho romano clásico.

Se dice que en el Derecho Justinianeo se reconocieron algunas formas de pactos sucesorios, especialmente entre los militares, aun cuando en su Constitución del año 531 JUSTINIANO declaró nulas las convenciones sobre la sucesión de terceros, con el fundamento que, además de ser contrarias a las buenas costumbres, son odiosas y creadoras de tristísimas y peligrosas consecuencias.

En el Derecho germánico fue evolucionando, a través de la adopción y de las donaciones *post-obitum*, el pacto sucesorio hasta llegar a los actos privados contractuales que actualmente regula el B.G.B.

En Francia, durante el periodo franco fue frecuente la institución convencional de heredero, especialmente entre los miembros de la nobleza, lo cual fue recogido por las *costumbres* de Orleans y de Nivernés. Sin embargo, posteriormente, ante el renacimiento del Derecho romano en Francia, se crea una pugna entre las antiguas *costumbres* y las nuevas ideas, que termina con un conjunto de soluciones de transacción entre las que se encuentran diversas modalidades de pactos sucesorios, como el "*hereditate tertii*" con intervención del causante y la "*promessa de igualdade*" por la cual los padres prometían a uno de sus hijos no crear situaciones de ventaja para los demás.

Se llega así primero a la Revolución Francesa, que determinó la desaparición de los pactos sucesorios como una reacción contra las prácticas de la nobleza con relación a la primogenitura y a la feudalidad de los bienes, y después a la discusión, ya más serena, del Código civil, que no obstante mantuvo una posición contraria a los pactos sucesorios, aunque mitigada en los casos de las donaciones hechas por razón de matrimonio. Por influencia del Código NAPOLEON, los Códigos de España, Italia, Holanda, Grecia y Portugal tomaron una posición similar.

En Alemania, como se ha visto, el B.G.B. admite los pactos sucesorios de la manera más amplia, tan es así que les dedica la Sección Cuarta del Libro Quinto, cuyo numeral 2.274 dice que el causante puede concluir un contrato sucesorio personalmente.

8).- REGIMEN LEGAL PERUANO.-

CONRAN[8] nos hace una interesante relación de los pactos sucesorios en el Derecho civil peruano, que pone de manifiesto que desde el proyecto de Código civil de VIDAURRE, pasando por el Código civil de SANTA CRUZ, el Código civil de 1852 y el Código civil de 1936, hasta llegar al Código civil de 1984, han sido uniformemente prohibidos.

9).- CLASES DE CONVENCIONES SUCESORIAS.-

Las convenciones sucesorias, atendiendo al criterio de su contenido, pueden clasificarse en *institutivas*, *renunciativas* y *dispositivas*.

Convenciones institutivas.-

Este es un caso de convención sobre la propia sucesión, en virtud del cual el causante conviene con otra persona en designarla su heredero o legatario, de tal manera que ésta adquirirá *mortis causa* derechos a la sucesión del causante. Estos derechos son expectaticios, o sea semejantes a los de un heredero testamentario o legal.

El causante, por su parte, conserva la propiedad de sus bienes y puede disponer de ellos, siempre que sea a título oneroso, salvo el caso que se trate de una convención institutiva de legatario, eventualidad en la cual el causante queda impedido de enajenar el bien que constituye el legado.

La convención institutiva puede hacerse a título universal, caso en el cual recibe el nombre de "Institución Contractual de Heredero", o sea el causante instituye convencionalmente heredero a la contraparte, pudiendo recaer la institución en la totalidad de la herencia o en una parte al cuota de ella.

También puede hacerse a título particular, llamándose entonces "Legado Convencional" o "Convención de Legado", consistente en que el instituído sólo adquiere derecho sobre un elemento concreto del patrimonio del causante.

En ambos casos, la convención es obligatoria para las partes, esto es que ninguna de ellas puede apartarse unilateralmente de sus efectos. Desde luego, como toda convención, está sujeta a las causales de extinción previstas por la ley, así como a las modalidades permitidas por ésta.

Convenciones renunciativas.-

Mediante esta clase de convenciones, celebradas entre el causante y un heredero suyo, testamentario o legal, éste renuncia total o parcialmente a su calidad de heredero, apartándose de toda o de una parte de la herencia.

El efecto de la convención renunciativa es que el causante adquiere una mayor capacidad sucesoria, desde que puede disponer *mortis causa* de la parte de su herencia a la cual ha renunciado el heredero.

Uno de los casos de mayor utilización de la convención renunciativa ha sido en el contrato de dote celebrado con una hija, en el cual ésta, en virtud de recibir la dote, renunciaba a su condición de heredera de sus padres. Se evitaba así que los bienes de la familia paterna o materna pasasen a la nueva familia de la hija.

Convenciones dispositivas.-

Se celebran estas convenciones entre un heredero, testamentario o legal, y un tercero, siendo el objeto de la convención la obligación que adquiere el heredero de transferir al tercero su derecho hereditario. Puede observarse que en estas convenciones no es necesaria la intervención del causante, aunque tampoco está prohibida.

Estas convenciones, llamadas también "Pactum de Hereditate Tertii", pueden ser, en realidad, consideradas como contratos, pues entran en el campo de las obligaciones. Su efecto no es que el heredero o legatario transfiera actualmente al tercero su calidad de tal, esto es que quede convertido en heredero o legatario, sino que se obliga a transferir su herencia o legado cuando recaiga en él. Tal como dice LAVALLE[9], el "eventual heredero transfiere su expectativa hereditaria en la sucesión no abierta de otra persona, o realiza un contrato sobre un bien u objeto comprometido en ella".

Por ello, la doctrina es renuente en calificarlas como convenciones sucesorias, pues arguye que se trata de actos jurídicos *inter vivos* efectuados entre dos personas acerca de la sucesión de una persona viva, quien la mayor a de las veces permanece extraña al acuerdo.

Se dice que eventualmente la convención dispositiva puede combinarse con una convención institutiva y una convención renunciativa, como ocurriría, por ejemplo, si "A" (heredero) renuncia en favor de "B" (tercero) a la sucesión de "C" (causante), con el consentimiento de éste, lo cual daría lugar a que entre "A" y "B" se celebrara una convención institutiva, entre "A" y "C" una convención renunciativa y entre "C" y la relación jurídica de "A" con una convención dispositiva[10].

10).- CUESTIONAMIENTO DE LAS CONVENCIONES SOBRE HERENCIA FUTURA.-

Por regla general, estas convenciones no han sido materia de una acogida favorable por parte de la legislación y de la doctrina.

En lo que respecta a nuestra codificación, se ha visto que los Códigos civiles de 1852, 1936 y 1984 han prohibido las convenciones sobre herencia futura. Sin embargo, esta solución no ha sido pacífica.

En el seno de la Comisión Reformadora del Código civil de 1852, Manuel A. OLAECHEA y Pedro M. OLIVEIRA fueron partidarios de la incorporación del pacto de renuncia y del de disposición, no así respecto del pacto de institución, cuya utilidad no veían. Sin embargo, prevaleció el parecer de Juan José CALLE, quien se opuso tenazmente a la inclusión de toda clase de pactos sucesorios, por considerar que no se compadecían con la indiosincracia nacional.

En la Comisión Reformadora del Código civil de 1936, se ha visto al estudiar los antecedentes del artículo 1405 del Código civil de 1984, que Max ARIAS SCHREIBER, si bien no fue partidario en

general de las convenciones sobre herencia futura, las admitió cuando su aplicación no cause perjuicio alguno. Empero, la Comisión Revisora no admitió ni aun esta salvedad, sancionando con nulidad todas estas convenciones.

Se han planteado argumentos de distinta naturaleza sobre la razón de ser de la prohibición de los pactos sobre la herencia futura, que conviene analizar para determinar su verdadero fundamento.

Propiciar el deseo de la muerte del causante.-

Este argumento descansa en que las convenciones sobre la herencia futura son *odiosas* e *inmorales*, porque se especula con la muerte de una persona: la parte que se beneficia está interesada en que la muerte del dueño de la herencia se produzca cuanto antes[11]. PORTALIS[12], uno de los autores del Código NAPOLEON, ha llegado a decir que "el hombre no tiene precio: su vida no puede ser objeto de comercio; su muerte no puede llegar a ser objeto de una especulación mercantil... La codicia que especula sobre los días de un ciudadano es con frecuencia muy parecida al crimen que puede acortarlos".

Actualmente este argumento resulta, en cierto modo, pueril. La renta vitalicia, el seguro de vida, las adquisiciones hechas con ocasión de la muerte de una persona, están turbadas por el mismo peligro[13], no obstante lo cual nadie ha objetado estos contratos aduciendo aquellas razones. Dada mi identificación intelectual con Luis ECHECOPAR GARCIA[14], no vacilo en transcribir su parecer sobre el particular:

> "De otro lado, en los convenios sucesorios, no se negocia realmente con la vida humana sino con el capital del individuo y tal operación es comparable con el seguro de vida, la renta vitalicia, etc., cuyo carácter saludable ya nadie discute. Puede haber indudablemente casos en que un pacto sucesorio conduzca al delito; pero, lo mismo puede ocurrir en cualquier relación social de crédito o débito, en los usufructos,

en los seguros de vida o de incendio, etc., y aún en las mismas sucesiones *ab-intestato*, y a nadie se le ha ocurrido suprimir dichas instituciones por su carácter peligroso ya que la frecuencia del delito es tan reducida que no justificaría semejante medida".

LEON BARANDIARAN[15] es de parecida opinión.

En cambio, CASTAÑEDA[16] y CORNEJO CHAVEZ[17] no son partidarios de la admisión de los pactos sucesorios porque "huelen a muerte".

Incertidumbre sobre la propiedad.-

Este argumento ha sido esgrimido por los juristas italianos PISANELLI[18] y VACCA[19], quienes opinan que los pactos sucesorios harían incierta la propiedad, disminuirían el crédito inmobiliario y alterarían el sistema hipotecario.

VALVERDE[20] responde diciendo que "no se nos alcanza cómo siendo la sucesión contractual un acto *mortis* causa puede perjudicar el crédito hipotecario, y por otra parte, si el de 'cuius' es libre para enajenar sus bienes, por qué no ha de poder contratar para después de su muerte? La propiedad no se hace incierta porque de antemano se sepa a quién ha de ir a parar: la incertidumbre puede existir con la sucesión legítima en algún caso, y a nadie se le puede ocurrir que por tal motivo debe suprimirse".

Medio de violar las disposiciones sobre la legítima.-

Dice Juan José CALLE[21], no sin gran dosis de razón, que los pactos sucesorios contrarían claramente la institución de la herencia forzosa, que es uno de los pilares del sistema sucesorio peruano.

Esta observación puede aplicarse a las convenciones institutivas, mediante las cuales el causante designa un heredero, cuya

cuota hereditaria podría mermar la que corresponde a los legitimarios, más no a las convenciones renunciativas, según las cuales aumenta la disponibilidad sucesoria del causante, ni a las convenciones dispositivas, que no afectan la distribución de la herencia.

Aun respecto a las convenciones institutivas, ha observado CASTILLEJO y DUARTE[22] que no hay inconveniente en que dichas convenciones versen sobre la parte de libre disposición del causante. GARCIA HERREROS[23] propone, además, la revocación de las disposiciones a título gratuito que el causante hubiese hecho con posterioridad a la celebración del convenio institutivo y que perjudiquen el derecho de heredero convencional. Tal revocación funcionaría asimismo si ocurriera el nacimiento de hijos del causante con posterioridad a la celebración de la convención institutiva, aunque limitando la revocación a lo que exceda de la parte de libre disposición.

Posibilidad de fraudes.-

Se piensa que las convenciones dispositivas podrían favorecer negociados tan riesgosos frente a la ignorancia sobre el valor de los bienes al momento de fallecer el causante[24], a lo que se añade que los herederos se suelen encontrar impulsados a tales operaciones por obra de la necesidad, y son entonces presa fácil de usureros sin escrúpulos[25].

El peligro es evidente, pero su existencia no es razón suficiente para prohibir las convenciones dispositivas. Tal peligro existe en los contratos lesivos y el Derecho ha encontrado el remedio de la lesión. También el error y la ignorancia pueden dar lugar a actos jurídicos que causen perjuicios, pero asimismo para estos casos puede recurrirse a la anulación de tales actos cuando se reúnen los requisitos necesarios para ello.

Por otro lado, puede ocurrir lo inverso, o sea que el causante en vida disponga gratuitamente de una parte importante de sus bienes, lo que determinaría la reducción de la cuota hereditaria del disponente con el consiguiente perjuicio del adquirente. Pero, en realidad, éste es un riesgo común a todos los contratos aleatorios.

Pérdida de la libertad de testar.-

Este argumento es aplicable exclusivamente a las convenciones institutivas, pues sólo mediante ellas el causante, al instituir con carácter obligatorio herederos convencionales, pierde el derecho de distribuir la herencia a su placer cuando ha llegado el momento de declarar su última voluntad.

Se dice[26] que "la ratio del testamento no es otra cosa que el facilitar al testador el ejercicio supremo de la facultad de disposición sobre sus bienes y asuntos... La ley no permite, digámoslo así , reinar después de morir, sino reinar precisamente en el momento de la muerte... Si la ley protegiese otra cualquier voluntad anterior a la última, constituir a un freno y una frontera que el testador se habría impuesto asímismo". Los MAZEAUD[27] sostienen que "el legislador quiere que cada cual siga siendo libre para revocar, hasta su muerte, las disposiciones concernientes a la transmisión de sus bienes por causa de muerte".

En realidad, la libertad de testar no es un derecho absoluto. El propio causante puede limitar esta libertad mediante la disposición de sus bienes por actos inter vivos. Por otro lado, el causante puede renunciar a esa libertad dejando de testar, a fin de que funcionen las reglas sobre la sucesión intestada.

"En la actualidad, dice AGUILAR[28], la libertad de testar carece de la trascendencia que tenía dentro del Derecho romano, en que fue considerada como principio constitucional y político. Hoy en día, debe interpretarse que la libertad de testar del de 'cuius' no puede ser abdicada en vida, pero sin que por eso sea necesario que la conserve hasta la muerte: puede antes haberla agotado y así ha dispuesto de ella libremente".

11).- OPINION PERSONAL.-

Pienso que no es prudente emitir un juicio general respecto de las convenciones sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto, como lo hace el artículo 1405 del Código civil al sancionar todas esas convenciones con la nulidad.

Creo que es más razonable analizar separadamente cada una de las clases de tales convenciones para juzgar sus virtudes y sus defectos.

Convenciones institutivas.-

Recordemos que mediante esta clase de convención el causante instituye convencionalmente un heredero o legatario, con lo cual dicha institución cobra carácter obligatorio, de tal manera que no puede ser revocada por un acto jurídico unilateral posterior.

Cabe hacer a esta clase de convención dos observaciones de peso:

a).- Puede violarse el régimen sucesorio sobre la herencia forzosa de los legitimarios.

En efecto, si el causante mediante una convención institutiva designa un heredero de parte al cuota que va a participar con otros herederos en la distribución de la legítima, disminuyendo la participación de estos últimos, se está desconociendo la institución de la legítima que, según el artículo 723 del Código civil, constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

Esta modalidad de convención institutiva no debe ser permitida.

En cambio, cuando el causante no tiene herederos forzosos, por lo cual tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes (de conformidad con el artículo 727 del Código civil), o se trata de una convención institutiva de legatario, que sólo puede hacerlo el causante dentro de su facultad de libre disposición (estando a lo que dispone el artículo 756 del mismo Código), no se percibe razón alguna para prohibir, por razón de violar el régimen de la legítima, las convenciones institutivas de heredero o legatario.

En efecto, pensando con la mente abierta y libre de todo prejuicio de carácter tradicional, no existe inconveniente jurídico alguno para que pueda adquirirse la calidad de heredero voluntario o de legatario en virtud de una convención en lugar de un testamento. Tan libre es la voluntad del causante al celebrar una convención institutiva como al otorgar un testamento. El hecho que la primera sea un acto jurídico bilateral y el segundo uno unilateral no altera en lo absoluto los efectos de los mismos.

Por otro lado, en el caso de la institución de legatario, permite utilizar un mismo criterio para las donaciones *inter vivos* (artículo 1645 del Código civil) y las *mortis causa* (artículo 1622 del mismo Código).

b).- Determina la pérdida de la libertad de testar.

No se advierte claramente la razón por la cual el causante debe conservar hasta el último momento su libertad de instituir herederos voluntarios o legatarios.

Múltiples circunstancias de la vida pueden determinar que el causante tenga interés en hacer uso de tal libertad en un momento determinado de su vida, no necesariamente al final de ésta, bien sea por considerar que cuenta con todos los elementos de juicio convenientes para ello, o bien por los beneficios que puede obtener mediante una institución anticipada (como, por ejemplo, una contraprestación), que perdería con una institución testamentaria.

Nada niega que el testamento sea una disposición de última voluntad. Pero también es cierto que el causante no tiene por qué efectuar todas sus disposiciones *mortis causa* determinado por está última voluntad. Si puede disponer libremente en cualquier momento de sus bienes por actos *inter vivos*, también puede hacerlo, con la misma libertad y en la misma oportunidad, *mortis causa*. Al fin y al cabo, la muerte no es más importante que la vida.

Puede objetarse que el testamento es esencialmente revocable y que la convención institutiva no lo es. Pero no existe un principio general de derecho que consagre la libertad del hombre para revocar, sin justa causa, sus actos de institución o de disposición.

Estas consideraciones me llevan a opinar en favor de las convenciones institutivas de herederos voluntarios y de legatarios, siempre que no se perjudiquen los derechos de los herederos forzosos.

Convenciones renunciativas.-

El ser heredero legal o testamentario, en este último caso aún el ser heredero forzoso, constituye un derecho o privilegio, pero no un deber; ni siquiera un derecho-deber.

Nada obsta, pues, para que teóricamente sea permitido que un heredero, cualquiera que sea su naturaleza, o un legatario renuncien a su calidad de tales, desde que con ello pierden voluntariamente un derecho (lo cual es absolutamente legítimo), ya que determina que aumente la disponibilidad sucesoria del causante en beneficio de los demás herederos o legatarios (cuando lo son de cuota)

Es cierto que el artículo 678 del Código civil dispone que no hay renuncia de herencia futura, pero ello, como bien lo dice FERRERO[29], obedece a que en nuestro ordenamiento está prohibida la sucesión contractual.

Si el Código civil de 1984 hubiera admitido, como creo que debió hacerlo, la convención renunciativa, habría desaparecido la razón de la prohibición de renunciar a la herencia futura.

La convención renunciativa no es criticable por fomentar el deseo de la muerte del causante, desde que no se crea un nuevo derecho a la sucesión de éste; ni por constituir una manera de violar la legítima, puesto que, por el contrario, puede aumentar la participación de los herederos forzosos; ni por, finalmente, causar la pér-

dida de la libertad de testar, ya que la gama de posibilidades del testador, en realidad, aumenta.

Convenciones dispositivas.-

Esta es la clase de convenciones sobre la herencia futura que más controversias ha suscitado. Ello se debe, quizá , a que no se trata realmente de un pacto sucesorio sino de un contrato sobre un bien (derecho) futuro.

Pueden formularse sobre estas convenciones las objeciones referentes a propiciar el deseo de la muerte del causante, a causar incertidumbre sobre la propiedad de los bienes y a ser una fuente de fraudes, pero ya se ha visto que ninguna de estas objeciones resiste los efectos de una sana crítica.

En realidad, salvo cada vez menos excepciones, la doctrina encuentra que estas convenciones recaen sobre un tráfico lícito, cuya posibilidad, en nuestro caso, está expresamente contemplada en el artículo 1409 del Código civil, según el cual la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros (el derecho a la cuota hereditaria) o sobre una esperanza incierta (la efectividad de la herencia).

Creo, por consiguiente, que la nulidad declarada por el artículo 1405 del Código civil es innecesaria y excesivamente general, pues existen varias clases de convenciones sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto que debieron haber sido permitidas. Pienso que nuestros codificadores no han sido suficientemente sensibles, en este sólo aspecto, a los cambios que el Derecho esté experimentando en los últimos tiempos. Quizá la fórmula planteada por ARIAS SCHREIBER, pese a no ser lo suficientemente abierta, es más permeable a una interpretación que hubiera permitido flexibilizar la aplicación de dicho artículo.

Sin embargo, el actual texto del artículo 1405 consagra una realidad que es necesario aceptar con todo su rigor, de tal mane-

ra que debe considerarse que son nulas, sin excepción alguna, las tres clases de convenciones sobre la herencia futura que se han analizado en el curso de este comentario.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1405:

(1) "Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima 1985, Tomo VI, pág. 64.

(2) GIORGI, Jorge, "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, Tomo III, pág. 352.

(3) IBIDEM, Tomo III, pág. 353.

(4) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho de las personas", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 134.

(5) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo VI, pág. 345.

(6) SALVAT, Raymundo, "Fuentes de las obligaciones", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1975, Tomo I, pág. 116.

(7) AGUILAR BUSTILLOS, Alfonso F., "La sucesión contractual: Posibilidad de introducir los pactos sucesorios en la legislación peruana", Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la PUCP, Lima, 1969, pág. 40.

(8) CONRAN SHAW, Edwin P., "Los contratos sucesorios ante la dación de un nuevo Código civil: Posibilidad de algunas reformas e innovaciones", Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho en la PUCP, Lima, 1980, pág. 109.

(9) 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, pág. 804.

(10) CONRAN SHAW, Edwin P., op. cit., pág. 70. (8)

(11) SALVAT, Raymundo, op. cit., Tomo I, pág. 114. (6)

(12) Cita de BAUDRY-LACANTINERIE, R., "Précis de Droit Civil", Librairie Recueil Sirey, París, 1925, Tomo II, pág. 43.

(13) GIORGI, Jorge, op. cit., Tomo III, pág. 352. (2)

(14) ECHECOPAR GARCIA, Luis, "Derecho de Sucesiones", Talleres Gráficos de la Editorial Lumen S.A., Lima, 1946, pág. 22.

(15) LEON BARANDIARAN, José , "Comentarios al Código civil peruano", Librería e Imprenta Gil S.A., Lima, 1944, Tomo III, pág. 76.

(16) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, "El Derecho de los contratos", Departamento de Publicaciones de la U.N.M.S.M., Lima, 1966, pág. 226.

(17) CORNEJO CHAVEZ, Héctor, cita de AGUILAR BUSTILLOS, Alfonso F., op. cit., pág. 126. (7)

(18) Cita de CONRAN SHAW, Edwin P., op. cit., pág. 87. (8)

(19) Cita de Loc. cit.

(20) VALVERDE, Emilio F., "El derecho de sucesiones en el Código civil peruano, Tomo I, pág. 179.

(21) CALLE, Juan José , "Actas de la Comisión Reformadora del Código civil peruano", Imprenta C. A. Cabanillas, Lima, 1928, Tercer Fascículo, pág. 28.

(22) CASTILLEJO y DUARTE, José , cita de CONRAN SHAW, Edwin P., op. cit., pág. 91. (8)

(23) GARCIA HERREROS, Enrique, cita de IBIDEM, pág. 92. (8)

(24) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil", Ediar Editores S.A., Buenos Aires, 1953, Tomo VIII, pág. 196.

(25) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte II, Volumen I, pág. 281.

(26) PASTOR RIDRUEJO, Félix, cita de SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil-Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo III, pág. 65.

(27) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, op. cit., Parte II, Volumen I, pág. 281.

(28) AGUILAR BUSTILLOS, Alfonso F., op. cit., pág. 29. (7)

(29) FERRERO, Augusto, "El Derecho de sucesiones en el nuevo Código civil peruano", Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, Lima, 1987, pág. 94.

Artículo 1406.- *Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Fundamento de la nulidad.
3.- Viabilidad del precepto.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 80 de la segunda Ponencia sustitutoria decía así :

> **Artículo 80.-** Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

En opinión de Felipe OSTERLING PARODI este artículo tenía un texto muy amplio y, por ello, impreciso, preguntándose ¿querría él decir que una persona puede disponer de una parte sustancial de los bienes que pueda adquirir en el futuro?

Recogiendo, sin duda, esta observación, se dio al artículo 47 de la cuarta Ponencia sustitutoria la siguiente redacción:

> **Artículo 81.-** Es nulo el contrato por el que se dispone sobre la totalidad o una parte sustancial de los bienes que una persona pueda adquirir en el futuro.

Este texto se conservó en el artículo 47 de la quinta Ponen-

cia sustitutoria y del Anteproyecto, en el artículo 1422 del primer Proyecto, en el artículo 1371 del segundo Proyecto y en el artículo 1406 del Código civil.

En la Exposición de Motivos del artículo 47 de la quinta Ponencia sustitutoria se expresó que este precepto esté encaminado a impedir que se atente contra la capacidad de adquisición y la libertad que debe tener toda persona respecto de sus bienes futuros. Cuando se trate de parte sustancial, su apreciación quedará librada al criterio del juez.

2).- FUNDAMENTO DE LA NULIDAD.-

El artículo 1406 del Código civil peruano se inspira en el numeral 310 del Código civil alemán, según el cual es nulo un contrato por el cual una persona se obliga a transmitir o a gravar con un usufructo su patrimonio futuro o una cuota de dicho patrimonio futuro.

La doctrina alemana[1] encuentra su justificación en que "choca contra el orden público, el que uno abandone su capacidad de adquisición, perdiendo con ello todo estímulo para adquirir". Un sector de la misma doctrina[2] considera que la razón de numeral 310 es la protección del promitente contra sí mismo, ya que al concertar tal acuerdo quizá no se dé cuenta de su alcance.

En la Exposición de Motivos del artículo 1406 del Código peruano[3] se destaca que el propósito que se persigue con dicho artículo es la necesidad de cerrar el camino a especulaciones peligrosas para la estabilidad patrimonial.

3).- VIABILIDAD DEL PRECEPTO.-

Si bien la finalidad del artículo 1406 es loable, su aplicación, nó en el caso de la totalidad del patrimonio pero sí en el de una parte considerable de los bienes, puede presentar dificultades de consideración, pues dados los avatares de la vida, cabe que lo que

se considere una parte de relativa poca importancia en el momento de la celebracin del contrato, llegue a cobrar una envergadura muy grande en un futuro más o menos cercano, o viceversa.

Supóngase, a título de ejemplo, que una persona constituye usufructo en favor de otra sobre las acciones de una sociedad anónima (minera, pesquera, petrolera) –que otorga al usufructuario el derecho de percibir el dividendo que corresponda a las acciones–, durante toda la vida del propietario. Es posible que al momento de celebrarse la convención de usufructo los dividendos de las acciones constituyan una pequeña parte de la renta del propietario, pero con el transcurrir del tiempo lleguen a convertirse en una parte sustancial de sus bienes. Técnicamente, la convención sería nula.

No cabe duda que este tipo de riesgos puede entrabar considerablemente la contratación. El fantasma de la nulidad rondaría muchas transacciones actuales cuyos efectos se proyecten en el futuro.

Resalto estos peligros nó con el propósito de criticar adversamente el artículo 1406 del Código civil, cuya finalidad es proteger a los contratantes contra especulaciones peligrosas, sino para advertir sobre el cuidado que debe ponerse en su aplicación. Por ello, considero muy atinada la observación de ARIAS SCHREIBER[4] en el sentido que, cuando se trate de una parte sustancial del patrimonio y no de su totalidad, su apreciación quedará librada, en definitiva, al criterio del juez, cabiendo sólo agregar que este criterio debe tomar en consideración, de preferencia, el cálculo de la cuantía de los bienes de los que se dispone en relación al patrimonio del disponente en el momento de celebrarse el contrato, más que sus imprevisibles variaciones en el futuro.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1406:

(1) ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho Civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, Tomo II, Volumen I, pág. 161.

(2) HEDEMANN, J.W., "Derecho de obligaciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, Volumen III, pág. 58.

(3) "Código civil: Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, pág. 65.

(4) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 162.

Artículo 1407.- *Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.*

SUMARIO

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Carácter de la función del tercero.
3.- Diferencia entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio.
4.- Presunción del arbitrio de equidad.
5.- Objeto de la determinación.
6.- Naturaleza jurídica de la deferencia al arbitrio.
7.- Naturaleza jurídica del rol del arbitrador.
8.- Deberes y derechos del arbitrador.
9.- La decisión del arbitrador.
10.- Causales de impugnación.
11.- Posibilidad de sustitución del arbitrador.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 77 de la Ponencia original tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 77.-** Si la determinación del objeto fuese diferida a un tercero y no resultare que las partes quisieron remitirse a su arbitrio, el tercero deberá proceder haciendo una apreciación de carácter equitativa. Si faltara la determinación o si ésta fuere manifiestamente inicua o errónea, ser hecha por el juez.

La Exposición de Motivos de este artículo expresa que en este caso se ha supuesto que el objeto es indeterminado, pero que las partes han convenido que lo haga un tercero, sin dejarlo librado totalmente a su criterio. "En tal eventualidad, el tercero no tendrá otra alternativa que proceder a efectuar una apreciación equitativa y si

resultase desproporcionada o errónea, ser suplido por la autoridad judicial. Se advierte nuevamente la intención de que el contrato sea satisfecho en definitiva y no quede esterilizada la voluntad de las partes".

La redacción del artículo 77 de la Ponencia original se mantuvo en el artículo 84 de la primera Ponencia sustitutoria.

En el artículo 83 de la segunda Ponencia sustitutoria se cambió la frase "determinación del objeto" por la de "determinación de la obligación que es objeto", quedando en lo demás igual.

Felipe OSTERLING PARODI observó que podra resultar cuestionable que habiendo deseado los contratantes que la determinación la efectuase un tercero, este tercero fuera sustituído por el juez, sugiriendo que en tal hipótesis se declarase resuelto al contrato.

La redacción del artículo 83 de la segunda Ponencia sustitutoria se mantuvo en el artículo 49 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto, con la única salvedad que en este último se sustituyó la palabra "deferida" por "referida".

La Exposición de Motivos del artículo 49 del Anteproyecto precisa que se ha tomado partido por la fórmula de recurrir a la intervención supletoria de la autoridad judicial por estar destinada a la preservación del contrato *("contrahere negotium")* y se ha descartado la tesis de la resolución y de la consiguiente reparación de daños y perjuicios.

El artículo 1424 del primer Proyecto hizo la precisión, en mi opinión muy valiosa, de que las partes no hayan querido remitirse al mero arbitrio del tercero y no sólo a su arbitrio.

El artículo 1372 del segundo Proyecto suprimió la parte relativa a que si faltara la determinación o si ésta fuera manifiestamente inócua o errónea, será hecha por el juez, con lo cual la Comisión Revisora parece recoger la observación hecha por OSTERLING al artículo 83 de la segunda Ponencia sustitutoria.

El artículo 1407 del Código civil conservó el texto del artículo 1372 del segundo Proyecto.

2).- CARACTER DE LA FUNCION DEL TERCERO.-

Se ha visto que de conformidad con el artículo 1407 del Código civil es posible que la determinación de la obligación que es objeto del contrato puede deferirse a un tercero.

Conviene establecer, como primer paso, cuál es el carácter de la función que desempeña el tercero.

Por regla general, las partes, al celebrar el contrato, determinan todos sus elementos, tanto esenciales como naturales y accidentales. Sin embargo, puede convenir a sus intereses, dada la naturaleza de la relación jurídica que se va a crear con el perfeccionamiento del contrato, que defieran la determinación de alguno de esos elementos a la decisión de un tercero, el cual viene a ser así un cooperador de las partes en la elaboración del contrato[1].

No se trata, obsérvese bien, de que una de las partes confíe a un tercero que ocupe su lugar en la formación del contrato, para darle la naturaleza y el contenido que él, de acuerdo con la otra parte, desee, con lo cual jugaría el rol de representante o mandatario de una de las partes, sino que ambas partes celebran entre sí el contrato, previéndose en éste que alguno de sus elementos será determinado por un tercero.

Por ello, la doctrina[2] considera que la actuación del tercero es uno de los mecanismos previstos contractualmente para la determinación de la prestación o del bien objeto de ella, o sea para convertir en determinado lo que sólo era determinable. La decisión del tercero viene así a integrar el contrato.

En estas condiciones, el tercero no actúa como árbitro, en el sentido que él no decide un litigio entre las partes, sencillamente porque este litigio no existe, sino que se limita a completar la relación contractual.

Sin embargo, no puede desconocerse que en el caso del artículo 1407 del Código civil, se confía al arbitrio del tercero la determinación de uno de los elementos del contrato.

Esto ha llevado, como dice DIEZ-PICAZO[3], a un problema terminológico que desde antiguo ha sido resuelto distinguiendo entre el *árbitro* y el *arbitrador*, correspondiendo al primero llevar a cabo un arbitraje y al segundo una operación de arbitrio, o sea ejercitando su facultad de decisión. La doctrina actual acepta esta distinción, utilizando al nombre de "arbitrador" para designar a la persona a cuyo arbitrio se someten las partes.

Empero, WAYAR[4] objeta que si bien la expresión *arbitrador* puede resultar apropiada en aquellos sistemas jurídicos en los cuales si el tercero designado no quisiera o no pudiera hacer la determinación, el juez, en su reemplazo, llenar ese cometido, esta tesis no parece tener respaldo en otros sistemas, como el argentino, donde el juez no puede reemplazar al tercero. Opina él, por ello, que el tercero debe ser considerado como un *mandatario* de las partes.

Esta opinión puede tener importancia para nuestro derecho ya que, como se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" que precede, la Comisión Revisora suprimió en el artículo 1372 del segundo Proyecto la remisión al juez si faltara la determinación del tercero o si ésta fuera manifiestamente inicua o errónea.

3).- DIFERENCIA ENTRE ARBITRIO DE EQUIDAD Y MERO ARBITRIO.-

Desde el Derecho romano nos viene la distinción entre el arbitrio de equidad (*arbitrium boni viri*) y el mero arbitrio o arbitrio simple (*arbitrium merum*).

Se entiende por arbitrio de equidad aquél en que el arbitrador debe proceder según un criterio de atemperación de los intereses de los contratantes[5], o sea dando cumplimiento a las normas de equidad.

Considera DIEZ-PICAZO[6] que el criterio de equidad es muy impreciso, pues la doctrina le ha dado distintos sentidos. A ello se aúna, tanto en el Derecho español como en el nuestro, la existencia del arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, caracterizándose este último porque el árbitro debe fallar con arreglo a su leal saber y entender actuando como amigable componedor (artículo 1915 del Código civil), o sea fallando "conforme a la idea de justicia que tiene, a lo que entiende justo", por lo cual el concepto de equidad se hace extremadamente subjetivo, llegando a ser "una idea de justicia que casi puede adoptar la forma de un juicio intuitivo".

Se pregunta el mismo autor cuál es el criterio de equidad utilizable en el caso del arbitrio, respondiendo que, a diferencia del árbitro que falla de acuerdo a la equidad, según su opinión interna, la decisión del arbitrador debe tener carácter objetivo, es decir basarse en un criterio de normalidad, "que no debe manifestar tanto su leal entender, como el entender de tipo medio dentro de la comunidad en que actúa, porque conforme a este patrón debe ser juzgada su decisión de equitativa o de inicua".

Esta opinión va a tener considerable importancia al momento en que debamos decidir sobre los verdaderos alcances del artículo 1407 del Código civil.

El mero arbitrio, en cambio, permite al arbitrador proceder a la determinación según su libre elección. Sin embargo, esto no debe entenderse en un sentido literal, ya que el artículo 1408 del Código civil lleva implícita la idea de que el arbitrador no debe proceder de mala fe, de tal manera que la libertad de determinación no sería absoluta, desvinculada de toda motivación, sino que estaría limitada por su necesaria adecuación a la buena fe.

Esto lleva a BADENES GASSET[7] a pensar que la diferencia entre el arbitrio de equidad y el mero aribitrio se hace borrosa, por lo cual sugiere que dicha diferencia sea la siguiente: "el arbitrador procede con equidad cuando aplica un criterio usual o típico, el criterio normal para la comunidad en que vive; procede de buena fe cuando da su auténtico parecer, sea acorde o discorde con

el general", agregando que no es admisible que el mero arbitrio pueda dar lugar a una determinación no razonable.

4).- PRESUNCION DEL ARBITRIO DE EQUIDAD.-

Del texto del artículo 1407 del Código civil se deduce que si no resulta que las partes quisieron remitirse al mero arbitrio del tercero, el arbitrio de éste debe ser de equidad, ya que le impone el deber de proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.

La más moderna doctrina[8], por lo demás, está de acuerdo con esta solución, aun en ausencia de textos que así lo digan.

5).- OBJETO DE LA DETERMINACION.-

El artículo 1407 del Código civil dispone que la determinación del arbitrador debe recaer en la obligación que es objeto del contrato.

Inicialmente estuve de completo acuerdo con esta solución, pues consideraba que si lo que se trataba de determinar es el objeto del contrato, que está constituido por la obligación, lógicamente la determinación debía recaer en la obligación. Recuérdese que el artículo 1407 está ubicado en el Título que lleva el nombre "Objeto del contrato".

Esto es teóricamente admisible por cuanto se puede deferir al arbitrador la determinación no sólo de las cosas materiales sino también del tipo de derecho objeto del contrato[9]. Supóngase que una persona se obliga alternativamente frente a otra a transferirle la propiedad de un bien o a cederle su uso, conviniéndose en que la elección sea confiada al arbitrio de un tercero. No hay duda que en este caso la determinación de la obligación la haría el arbitrador.

Sin embargo, posteriormente, al estudiar cual es el elemento

de la relación jurídica creada por el contrato que debe ser materia de la determinación (supra, Tomo III, pág. 262), encontré que la obligación, por ser un vínculo entre personas en el que la voluntad de ellas juega un rol protagonístico, no se presta conceptualmente a determinación, por lo cual ésta debía recaer en el bien que constituye el objeto de la prestación.

Por lo demás, si se permitiera que el arbitrador determinara la obligación que es objeto del contrato se le estaría facultando, en realidad, para crear cualquier relación jurídica patrimonial, con lo cual su arbitrio bastaría para tipificar legal o socialmente el contrato, esto es determinar que el contrato sea una compraventa, una permuta, un suministro, una donación (para tomar solamente como ejemplos los contratos en que existe la obligación de transferir la propiedad de un bien). Esto llevaría a conceder a la institución del arbitrio de un tercero alcances que no son de desear[10], pues existe casi consenso en que debe limitarse a la determinación de las cosas materiales, dejando a los contratantes la facultad de establecer el tipo de relación que debe unirlos.

Estas razones me llevan a sugerir que la jurisprudencia, mediante una interpretación integradora, precise que los alcances del artículo 1407 se limiten a la determinación del bien que es objeto de la prestación, tomando en consideración que ésta es el contenido de la obligación.

En otro orden de ideas, la determinación del arbitrador puede comprender tanto la individualización de bienes genéricos como la elección entre bienes alternativos.

6).- NATURALEZA JURIDICA DE LA DEFERENCIA AL ARBITRIO.-

GRECO y COTTINO[11] mencionan que la jurisprudencia italiana, refiriéndose al artículo 1473 del Código civil de ese país (que versa sobre el confiar a un tercero la determinación del precio de una compraventa), habla de una condición suspensiva a que se somete el contrato, manifestando estos autores que tal calificación

causa perplejidad ya que no puede servir de condición un elemento esencial del contrato, tanto si se trata del *arbitrium boni viri* como del *arbitrium merum.*

BADENES GASSET[12], después de relatarnos la historia de la venta por el precio que un tercero señale, llega a la conclusión que existe, además del contrato de compraventa, un segundo acuerdo de las partes sobre la manera de llevar a cabo la determinación del precio.

Este segundo acuerdo, al que antiguamente se aplicaba el concepto de contrato innominado, ha sido calificado por la doctrina moderna como "contrato de arbitrio", que debe colocarse al lado de aquellos otros contratos cuyo objeto es la actuación de las relaciones creadas por otros contratos, por lo que BADENES GASSET se inclina a considerar, siguiendo a ASCARELLI, que no se trata de un solo contrato, sino de un complejo contractual.

Pienso que el acuerdo entre las partes contractuales sobre sometimiento a la determinación del arbitrador tiene la naturaleza de jurídica de pacto, en el sentido de estipulación secundaria que se agrega al acuerdo básico constitutivo del contrato[13], sin desconocer con ello que el pacto es en sí un contrato, aunque sea accesorio desde que no puede existir sino vinculado al contrato principal.

7).- NATURALEZA JURIDICA DEL ROL DEL ARBITRADOR.-

DIEZ-PICAZO[14], después de analizar y descartar (todo ello desde el punto de vista del Derecho español) que el arbitrio del tercero sea un acto de intervención en la formación del contrato, en el perfeccionamiento del mismo o en la determinación de la prestación (en este último caso por encontrar muy estrecho el concepto), de integración del contrato o de integración de una relación jurídica aún no definida totalmente, se pronuncia finalmente en favor de definir el arbitrio de tercero como "la realización de una actividad negocial mediante la remisión a la decisión de un tercero".

BIANCA[15], tras refutar que el arbitrador juegue el rol de representante de las partes por desempeñar una actividad *sustitutoria* de éstas, considera que, aun siendo exacto que el arbitrador se sustituye a las partes, esta sustitución no se produce en el acto del acuerdo contractual sino en la determinación de la relación contractual creada por dicho acuerdo. Cree, por ello, que el arbitrador realiza un acto que tiene como objeto la determinación de un elemento de un contrato ajeno, por lo cual la determinación tiene como fuente inmediata el acto del arbitrador pero su fuente mediata es siempre el contrato.

Pienso que la función de arbitrador es, en el fondo, la prestación de un servicio dentro del marco del artículo 1755 del Código civil, pero que no encuadra exactamente dentro de alguna de las modalides previstas en el artículo 1756 del mismo, sino que se caracteriza por contraer una obligación de resultado, consistente en determinar el bien que, a su criterio, debe constituir el objeto de la prestación en que la obligación contractual consiste. Obsérvese que el arbitrador no hace una obra sino que su servicio consiste en realizar un juicio, que es la determinación.

8).- DEBERES Y DERECHOS DEL ARBITRADOR.-

Según DIEZ-PICAZO[16], el contenido de la relación de servicios que se establece entre las partes y el arbitrador da lugar a las siguientes consecuencias jurídicas:

La prestación del arbitrio.-

La principal obligación del arbitrador es la prestación del servicio de arbitración, que es una prestación de hacer, cuyo resultado es la decisión.

Surge el problema de determinar si la prestación del servicio es personalísima e insustituible, de tal manera que la decisión sólo puede ser emitida por el arbitrador designado por las partes o si es posible la sustitución.

Estando a lo que disponían los artículos 49 y 50 del Anteproyecto y posteriormente los artículos 1424 y 1425 del primer Proyecto, he pensado desde entonces que la solución de este problema depende de la clase del arbitrio. Si se trata de un arbitrio de equidad, a falta de un pronunciamiento válido del arbitrador, la decisión puede ser adoptada por el juez. En cambio, tratándose de un mero arbitrio, la decisión del arbitrador es insustituíble. Este tema será tratado con mayor detenimiento en el rubro "Posibilidad de sustitución".

Otra variante del mismo problema es si el arbitrador puede nombrar sustituto. Pienso que si el servicio de arbitración es, a semejanza de la locación de servicios, del contrato de obra, del mandato y del depósito, una modalidad del contrato de prestación de servicios, le son aplicables, por analogía, las disposiciones de estos contratos referentes al carácter personal de los servicios. Por lo tanto, si el pacto de arbitración no permite al arbitrador designar un sustituto, creo que tal designación no es posible.

DIEZ-PICAZO plantea el asunto relativo a si el arbitrador debe ceñirse a las instrucciones señaladas en el pacto de arbitración. Creo que en el Derecho peruano la solución se encuentra en el artículo 1760 del Código civil, según el cual el que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo, pero que puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente (en este caso las partes del contrato) aprobara su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno.

La retribución del arbitrador.-

En el caso de las modalidades de la prestación de servicios contempladas en el artículo 1756 del Código civil, la locación de servicios, el contrato de obra y el mandato son naturalmente onerosos, mientras que el depsito y el secuestro son naturalmente gratuitos. Dada la mayor similitud de la prestación de servicios de arbitración con los tres primeros que con los dos últimos, debe considerarse, por analogía, que el arbitrador tiene derecho a una retribución, salvo pacto en contrario.

Según el artículo 1759 del Código civil, la retribución se pagará después de prestado el servicio de arbitración o aceptada la decisión, salvo cuando por convenio o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente.

A falta de acuerdo entre los contratantes y el arbitrador, la retribución de éste deber ser establecida por el juez.

Responsabilidad del arbitrador.-

Siendo el servicio de arbitración una modalidad del contrato de prestación de servicios, la responsabilidad del arbitrador está regida por las reglas sobre inejecución de las obligaciones contenidas en el Título IX de la Sección Segunda del Libro VI del Código civil.

Sin embargo, la aplicación de estas reglas puede variar según se trate del arbitrio de equidad o del mero arbitrio, pues en el primer caso el arbitrador es responsable si su decisión es inicua o errónea, mientras que en el segundo sólo lo es si hubiera procedido de mala fe.

Debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 1762 del Código civil, si la prestación de servicios del arbitrador implicara la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el arbitrador no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

9).- LA DECISION DEL ARBITRADOR.-

Se ha visto que la obligación que asume el arbitrador es una de resultado, o sea que se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo[17]. Este objetivo es la *decisión* del arbitrador sobre la determinación que se le ha confiado.

Voy a seguir, en líneas generales, a DIEZ- PICAZO[18] respecto a las características de la decisión del arbitrador.

Concepto de la decisión.-

El artículo 1407 del Código civil dispone que la determinación de la obligación que es objeto del contrato puede ser deferida a un tercero. He indicado anteriormente que este artículo debe ser rectamente entendido en el sentido que la determinación debe recaer en el bien que constituye el objeto de la prestación, por ser ésta el contenido de la obligación.

Por lo tanto, la decisión del arbitrador es la declaración de haber individualizado el bien.

Caracteres de la decisión.-

a).- La decisión es un acto mediante el cual el arbitrador efectúa la determinación del bien, cumpliendo en encargo que se le ha confiado.

Si bien la decisión, estrictamente hablando, es un acto interno del arbitrador, este acto no cobra relevancia jurídica alguna si no es declarado.

b).- El objeto de la decisión es que el bien individualizado se integre en la relación jurídica contractual, de tal manera que esta relación recaiga sobre dicho bien.

Consecuentemente, la declaración de la decisión debe tener carácter recepticio para que llegue a conocimiento de las partes que la relación jurídica creada por ellas ha quedado completada, por haber sido determinado el elemento que le faltaba.

c).- La decision opera automáticamente, esto es que no necesita ser aprobada por las partes, sino que se integra directamente en la relación jurídica.

Es cierto que la decisión puede ser impugnada por inicua o errónea, pero en tanto esta impugnación no sea declarada-

fundada, el bien determinado forma parte de la relación jurídica.

Naturaleza jurídica de la decisión.-

Si bien se ha visto que la decisión del arbitrador es una declaración de éste, surge la duda si se trata de una declaración de voluntad y, en caso afirmativo, de la voluntad de quién?

Evidentemente no se trata de la voluntad de las partes desde que ellas no intervienen en la determinación, aún cuando puedan impartir al arbitrador instrucciones respecto como efectuar la arbitración.

¿Se trata de una declaración de la voluntad del arbitrador? DIEZ-PICAZO[19] sostiene que no se pide al arbitrador que diga si quiere o no quiere cuál es el bien que debe determinar, por lo cual lo que el arbitrador declara no es su voluntad, ni tampoco hace una "declaración de ciencia", sino que declara un criterio, una opinión.

Pienso que esto es cierto pero no totalmente exacto. Es verdad que el arbitrador (estamos hablando del *arbitrium boni viri*) debe utilizar un criterio de equidad, pero no es menos verdadero que la adopción de este criterio requiere una dosis de voluntad que está constituda por querer decidir y por querer hacer suya la decisión que su inteligencia le dicta. Sería llegar a una despersonalización exagerada considerar que el arbitrador no quiere tomar su decisión ni quiere declararla, sino que ello se produce por razones ajenas a su voluntad.

No pretendo con esto decir que la decisión del arbitrador de equidad es un acto jurídico, desde que éste requiere que la declaración de voluntad produzca los efectos queridos por el agente, lo que no ocurre en el presente caso, sino una declaracón de voluntad de opinar, en el sentido de querer, por considerarlo equitativo, lo que su inteligencia le dicta y, sobre todo, querer declarar (exteriorizar) lo que opina, para que esta opinión se integre legalmente

al contrato. Recuérdese que la equidad supone un juicio y que todo juicio lleva en sí un acto de voluntad que, para ser conocido, debe ser declarado.

Hay que tener presente que parte de la doctrina italiana[20] considera que el acto del arbitrador configura un verdadero y propio acto (negocio) jurídico auxiliar, de naturaleza instrumental, cuya función es atribuir eficacia a otro acto (negocio) jurídico. No llego a identificarme con esta doctrina, pues creo que la decisión del arbitrador, no obstante ser una declaración de voluntad, no está dirigida a producir los efectos que el arbitrador quiere, sino únicamente a exteriorizar el resultado de su juicio, o sea su opinión.

Obligatoriedad de la decisión.-

Se dice que la decisión del arbitrador es obligatoria para las partes. Esto podría inducir al error de pensar que las partes deben aceptar la decisión e incorporarla al contrato, para formar parte de éste.

En realidad, lo que ocurre es que la decisión integra automáticamente la relación jurídica creada por el contrato, sin intervención de las partes, de tal manera que esta relación queda con el contenido que le dieron las partes más la decisión del arbitrador. Debe recordarse que lo que tipifica a los bienes determinables, como es el caso de los sometidos al arbitrio de tercero, es que la determinación se haga sin necesidad de un nuevo acuerdo de voluntades de las partes.

Supóngase un contrato de compraventa en el cual las partes pactan que la determinación del precio quedará sometida al arbitrio de equidad de un tercero. Este contrato se perfecciona desde el momento de su celebración aun cuando el precio no haya sido aún determinado por el arbitrador(*), de tal manera que la determi-

---

(*) Los MAZEAUD[21] dicen sobre el particular lo siguiente:
"Cuando el contrato no contenga ni la fijación de precio ni los e-

nación del precio, cuando se haga, se incorpora a la relación jurídica de compraventa y no al contrato de compraventa en sí , que ya quedó perfeccionado.

Esto tiene una segunda consecuencia, que es que la determinación se considera hecha (y cobra, por ello, fuerza obligatoria) en el momento de la celebración del contrato y no en el momento de la decisión del arbitrador. Tal como dice RUBINO[22], los efectos de la determinación se producen desde el momento de conclusión del contrato, sin necesidad de recurrir a una eficacia retroactiva de la sucesiva determinación del bien.

---

lementos para esa fijación, no se concierta compraventa alguna;y si se produce a continuación un acuerdo entre las partes acerca del precio, en ese momento se concluye un nuevo contrato de compraventa, distinto del contrato precedente, que es nulo; se ha comprobado para las compraventas de vehículos automóviles concluidas a la tarifa del día de la entrega y para las ventas cuyo precio se deja al arbitrio de un tercero.

"Por el contrario, cuando el contrato contenga un precio determinado o determinable, la compraventa se perfecciona, al menos en principio, desde el cambio de los consentimientos del vendedor y del comprador. Ocurre así incluso cuando el precio es solamente determinable: la formación de la compraventa no se retrasa ya al día en que, por el juego de los elementos de referencia, se conozca el importe del precio.

"No es porque tal compraventa se habría concluido bajo la condición suspensiva de la fijación del precio, condición que se retrotraería al día del cambio de los consentimientos. Tal análisis sería inexacto; porque no puede servir de condición un elemento esencial del contrato; y ese es el caso del precio.

"La perfección de la compraventa en el día del cambio de los consentimientos se justifica por la existencia del precio desde ese día. Ciertamente, el importe del precio no es conocido aún; pero los elementos que permitirán fijar ese importe son conocidos ya, y la voluntad de las partes no podía ya modificarlos. El precio, aun solamente determinable, se halla establecido así desde el instante del cambio de los consentimientos; nada se opone a la perfección del contrato".

La doctrina argentina llega a la misma solución, pero por diferente camino. De acuerdo con el artículo 1349 del Código civil de dicho país, el precio ser cierto cuando se deje su designación al arbitrio de una persona determinada, agregando el artículo 1352 que, fijado el precio por la persona que deba designarlo, los efectos del contrato se retrotraen al tiempo en que se celebró. WAYAR[23] dice que "esta disposición establece, con acierto, que el contrato, cuyo precio debe ser fijado por un tercero, es un negocio sometido a condición suspensiva; de ahí que, cuando ésta se cumple, los efectos se retrotraen a la época de la celebración (el artículo 543 del Código civil argentino establece que, cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo)". REZZONICO[24] es de la misma opinión.

No es posible convenir con esta posición desde que, como bien lo dicen los MAZEAUD en la nota al pie de la página anterior, no puede servir de condición un elemento esencial del contrato, como es el caso del bien que constituye el objeto de la prestación.

10).- CAUSALES DE IMPUGNACION.-

La decisión del arbitrador, por ser una declaración de voluntad de opinar, puede adolecer de determinados vicios o defectos que pueden determinar la necesidad de su impugnación.

Conviene tratar separadamente los vicios o defectos que afecten la declaración de voluntad como tal, de los que inciden en el contenido de la misma.

Vicios o defectos de la decisión.-

Pese a que la decisión del arbitrador no constituye un acto (negocio) jurídico sino una declaración cuyo efecto legal es integrar el contrato, le son aplicables, por analogía[25], los efectos de los vicios de la voluntad de los actos jurídicos.

Estos vicios pueden recaer bien sea en la interpretación del

contrato por parte del arbitrador, o sea en su manera de entender el contrato que contiene el pacto de arbitración y el contenido de este pacto, o bien en la determinación del bien, tomando uno por otro.

Consecuentemente, el error, el dolo y la intimidación sufridos por el arbitrador determinan que su decisión adolezca de estos vicios y se produzcan las mismas consecuencias, o sea la anulabilidad de la decisión.

En tal virtud, la decisión tiene valor en tanto no se declare su nulidad, pudiendo ser confirmada. Empero, si por sentencia se declara la nulidad, la decisión sería nula desde que es declarada.

Vicios o defectos del contenido.-

La anormalidad de la decisión puede obedecer, en primer lugar, a ser manifiestamente inicua, lo cual ocurre cuando la determinación sacrifica notablemente los intereses de una parte sin que ello se justifique en la economía del contrato. La iniquidad debe ser manifiesta, en el sentido que ella debe ser notable y, por ello, resulte evidente[26].

La decisión manifiestamente inicua viola, sin duda, las reglas de la equidad, que precisamente imponen al arbitrador el deber de atemperar el rigor de la ley, adaptándola a las circunstancias, para que ella resulte más justa en la protección de los intereses de las partes. Debe tenerse presente que el arbitrador, al aplicar las reglas de la equidad, debe actuar con un criterio objetivo, aplicable a la normalidad de la comunidad en que viven las partes contratantes.

Aceptando la posibilidad de impugnar la decisión inicua, surge la duda respecto al carácter de esta impugnación. DIEZ-PICAZO[27] y BADENES GASSET[28] sostienen que en tal caso la decisión debe ser revisada; RUBINO[29] se inclina por la anulación; y WAYAR[30] opina por la nulidad. Pienso que como este asunto está muy vinculado a la posibilidad de sustituir al arbitrador, lo que permitir a revisar su decisión, debemos postergar su solución hasta el momento en que tratemos este tema.

La anormalidad de la decisión, por otra parte, puede provenir de la violación de las reglas condicionantes de la decisión establecidas en el pacto de arbitración o en el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes contractuales y el arbitrador.

Cabe aplicar a la impugnación de la decisión por esta causal la misma regla que se aplique a la impugnación por iniquidad.

11).- POSIBILIDAD DE SUSTITUCION DEL ARBITRADOR.-

Conviene analizar separadamente los dos casos para los que el artículo 1424 del primer Proyecto contemplaba la determinación por el juez, o sea la determinación manifiestamente inicua o errónea y la falta de determinación.

Determinación manifiestamente inicua o errrónea.-

Se ha visto que el citado artículo 1424 preve a que si la determinación del arbitrador fuese manifiestamente inicua o errónea, sería hecha por el juez, y que el artículo 1372 del segundo Proyecto suprimió esta previsión, supresión que ha mantenido el artículo 1407 del Código civil.

ARIAS SCHREIBER[31] manifiesta que esta decisión de la Comisión Revisora, adoptada por razones que desconoce o no recuerda, da lugar a que hoy exista la duda de si fue una involuntaria omisión o se hizo intencionalmente.

A semejanza del Código civil peruano, el Código civil español omite mencionar como causa de impugnación la falta de equidad del arbitrio del tercero (salvo el caso de la decisión sobre distribución de las pérdidas y ganancias sociales). Comentando esta situación, DIEZ-PICAZO[32] dice que ello ha hecho que en algún sector de la doctrina se haya negado la posibilidad de impugnación del arbitrio en aquellos casos en que no esté expresamente admitida por la ley, lo que no le parece una solución adecuada, agregando que la "posibilidad de impugnación por falta de equidad parece consubs-

tancial a la institución misma. Rechazarla significa convertir el arbitrio en arbitrariedad".

Tan cierto es esto que, pese a que el artículo 1351 del Código civil argentino, refiriéndose a la compraventa cuyo precio ha sido deferido al arbitrio de un tercero, establece que *la estimación que hicieren la persona o personas designadas para señalar el precio, es irrevocable, y no hay recurso alguno para variarlo,* un sector importante de la doctrina argentina[33] opina que tal artículo no puede ser interpretado en términos absolutos, debiendo siempre quedar abierta la posibilidad de impugnar el precio fijado por el tercero cuando la fijación sea arbitraria, injusta o palmariamente desproporcionada.

Asimismo, el Código civil francés no contiene disposición alguna respecto a la falta de equidad en el arbitrio de tercero, no obstante lo cual AUBRY y RAU[34] admiten la impugnación en el caso de error grosero o de iniquidad manifiesta. PLANIOL y RIPERT[35], por su parte, consideran que se puede pedir una nueva fijación de precio si el tercero ha incurrido en dolo hacia una de las partes o si ha cometido error manifiesto.

Tratándose del Código civil español, que se encuentra en el mismo caso, MANRESA[36] estima que, a su juicio, si en el acto de fijar el precio haya habido error de hecho o que haya sido objeto de una maquinación dolosa, cabe la impugnación. CASTAN[37] piensa que ser lícita la impugnación si se demostrase haber procedido el árbitro con error o dolo.

Puede observarse que la iniquidad manifiesta y el error patente son considerados por doctrina muy autorizada como causales de impugnación de la decisión del arbitrador.

Se ha visto que el artículo 1424 del primer Proyecto, a semejanza del artículo 1349 del Código civil italiano, en el cual se inspira, establecía que si la determinación del tercero fuera manifiestamente inicua o errónea será hecha por el juez.

Esto quiere decir que la impugnación de la determinación

inicua no da lugar a la nulidad de la decisión, sino a que corresponda al juez hacer la determinación.

Me parece que esta solución responde a una razón muy lógica. Si el arbitrador debe hacer una apreciación equitativa y si la equidad, en este caso, debe juzgarse con carácter objetivo, o sea con un criterio aplicable a la normalidad de la comunidad en que viven las partes, es evidente que esta apreciación equitativa no es un acto *intuitu personae*, sino que puede ser realizado por toda persona que tenga un buen criterio, éste es que sepa aplicar la equidad. En estas condiciones, si la decisión del arbitrador es impugnada por iniquidad manifiesta, el remedio más eficaz es que el arbitrador sea sustituído por otras personas que puedan manejar la equidad, entre las cuales sobresale, evidentemente, el juez, debidamente asesorado, desde luego, por los peritos que fuera menester.

En cuanto a la determinación manifiestamente errónea, el error no debe ser entendido, según dice BIANCA[38], como una notable iniquidad de la determinación, sino como debido al falso conocimiento o utilización de los elementos a través de los cuales el arbitrador ha llegado a la determinación. La falsa utilización puede consistir, en particular, en un error de cálculo o también en una deducción sin duda contrastante con las premisas de reconocidas reglas de técnica y de experiencia.

Puede observarse que se trata de un error imputable, en cierto modo, a negligencia del arbitrador, que tiene carácter distinto al error en la declaración.

Como en el caso anterior, la impugnación de la determinación manifiestamente errónea debe llevaría que se haga una nueva determinación, que sustituya a la equivocada, hecha por quien pueda manejar adecuadamente los elementos de juicio puestos a su disposición. Por tratarse de una determinación equitativa, también de carácter objetivo, no existe inconveniente conceptual alguno para que sea hecha por el juez, contando asimismo con el debido asesoramiento pericial.

Falta de determinación.-

Los Códigos civiles de Francia (artículo 1.592) y de España (artículo 1.447) entre otros, tratándose del contrato de compraventa, establecen que se puede dejar la determinación del precio al arbitrio de persona determinada, pero que si ésta no quiere o no puede hacerlo, la venta, respectivamente en cada Código, no existirá o quedará ineficaz(*).

Es indudable que en estas legislaciones la falta de determinación del precio no puede dar lugar a que ésta sea hecha por el juez.

En cambio, en los regímenes jurídicos que guardan silencio sobre el particular, como es el nuestro, la solución no parece tan obvia.

Efectivamente, si el artículo 1407 del Código civil establece que la determinación deferida a un tercero se hará mediante una apreciación de carácter equitativo, se está trazando, en realidad, un camino para hacer la determinación, que es el empleo de la equidad.

En estas condiciones, la falta de determinación, por no querer o no poder hacerla el arbitrador designado, no tiene necesariamente por efecto que el contrato no exista o sea ineficaz, ya que, como lo dice la Exposición de Motivos del artículo 49 del Anteproyecto, debe tratarse en lo posible de preservar el contrato, como es, por otro lado, la tendencia moderna del Derecho contractual.

(*) Debe tenerse presente que el Código civil argentino tiene una disposición similar al regular el contrato de compraventa (artículo 1350). Tratándose del objeto de los contratos dispone lo contrario, al establecer en el artículo 1171 lo siguiente: "La cantidad se reputa determinable cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero si el tercero no quisiere, no pudiere, o no llegare a determinarla, el juez podrá hacerlo por sí, o por medio de peritos si fuese necesario, a fin de que se cumpla la convención".

Esta contradicción ha sido superada en el Proyecto de Reformas al Código civil, optándose en ambos casos por la regla del artículo 1171.

En efecto, MIRABELLI[39] destaca que actualmente la tendencia general es favorecer el mantenimiento del contrato, más bien que a la declaratoria de nulidad, lo que lleva a decir a BIANCA[40] que tratándose de un arbitrio de equidad, encuentra aplicación dicho principio de conservación del contrato en cuanto la equitativa determinación del tercero puede ser sustituída por la equitativa determinación del juez sin que quede alterada la economía del contrato.

Por consiguiente, la solución que está más de acuerdo con la naturaleza del arbitrio de equidad, tanto en el caso que la decisión sea manifiestamente inicua o errónea cuanto en el caso de falta de decisión, es que la decisión sea hecha por el juez, quien -al igual que el arbitrador- también puede aplicar la equidad.

Conviene estudiar si, pese a la supresión que se ha hecho en el artículo 1424 del primer Proyecto y en el artículo 1407 del Código civil de la remisión a la determinación por el juez, esa solución es viable o no.

Situación legal actual.-

Cuando en el año 1981 se redactó el Proyecto definitivo del contrato de compraventa la última versión del futuro Código civil era el Anteproyecto. El artículo 18 de dicho Proyecto tenía el siguiente texto: "Es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o a designarse posteriormente, siendo de aplicación las reglas de los artículos ... y ...".

En la correspondiente Exposición de Motivos se decía que:

> "Al redactar el artículo 18 se ha tenido presente lo dispuesto en los artículos 49 y 50 del Anteproyecto sobre Contratos en General elaborado por el Dr. Max Arias Schreiber, según los cuales si la determinación de la obligación que es objeto del contrato fuese deferida a un tercero y no resultare que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero deberá

proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. La regla general es, pues, el *arbitrium boni viri.*

"En este caso, si el tercero no quiere o no puede determinar el precio o si la determinación que hiciera resultara manifiestamente inicua o errónea, la determinación será hecha por el juez, apartándose el Anteproyecto en esta forma del sistema del Código civil vigente (de 1936) que dispone que en tal caso caduca la venta".

La Exposición de Motivos del artículo 1544 del Código civil[41] dice lo mismo, con la salvedad de referirse a los artículos 1407 y 1408 de dicho Código, no obstante que el artículo 1407 no contenía ya la remisión a la determinación por el juez.

Esto puede entenderse de dos maneras: bien sea que existe un error en la Exposición de Motivos, o bien que la supresión de la última parte del artículo 49 del Anteproyecto no fue intencional.

Pienso que una interpretación adecuada de los elementos de juicio de que disponemos permite inferir que el codificador de 1984 no tuvo el propósito de modificar el régimen de la determinación deferida al arbitrio de un tercero adoptado por el Anteproyecto, en el sentido que cuando faltase la decisión o ésta fuese manifiestamente inicua o errónea el contrato resultara ineficaz.

El objeto de la interpretación de una norma jurídica es encontrar su sentido, que debe buscarse bajo la orientación especial que proceda de los principios propios del sector jurídico a que pertenezca la norma interpretada y el fin, tanto genérico como específico, de la norma[42].

Para alcanzar este objeto es necesario recurrir a los medios o elementos que la técnica jurídica pone a disposición del intérprete para ello. Entre estos elementos, que pueden variar según los autores, destacan fundamentalmente cuatro[43]:

a).- El elemento *gramatical*, según el cual debe verse el significado de las palabras -sentido literal- en su conjunto.

En el caso del artículo 1407 del Código civil el elemento gramatical nos permite saber que el tercero a quien se confía la determinación del bien debe proceder, por regla general, haciendo una apreciación equitativa, o sea practicando un arbitrio de equidad, no un mero arbitrio.

b).- El elemento *lógico*, que radica en apoyar la investigación del espíritu de la ley en razonamientos y reglas lógicas.

El empleo de la lógica nos lleva a establecer que el arbitrio de equidad -el cual, según se ha visto, tiene en este caso carácter objetivo- permite que la operación de arbitración pueda ser practicada por todo aquél que está en aptitud de manejar la equidad.

Debe observarse que, para los efectos del artículo 1407 del Código civil, se encuentra en tal caso el juez, debidamente asesorado si las circunstancias lo exigen.

c).- El elemento *histórico*, que está constituído por la investigación de los datos históricos relativos a la necesidad que la ley vino a llenar, como los atinentes al proceso de formación del precepto. ALBALADEJO[27] destaca la importancia de la legislación anterior, los trabajos de las Comisiones codificadoras y los proyectos elaborados.

Se ha visto en el rubro "Antecedentes de este artículo" del presente comentario que desde la Ponencia original hasta el primer Proyecto, inclusive, los respectivos artículos relacionados con la determinación deferida al arbitrio de un tercero disponían que si faltara la determinación o si ésta fuera manifiestamente inicua o errónea, sería hecha por el juez.

Estos artículos estaban íntimamente vinculados a los que versaban sobre la determinación librada al mero arbitrio de un tercero, dando soluciones distintas a uno y otro caso (determinación hecha por el juez en el primer caso y nulidad del contrato en el segundo).

Sin explicación conocida alguna, la Comisión Revisora suprimió, primero en el artículo 1372 del segundo Proyecto y luego en el artículo 1407 del Código civil, la referencia a la determinación a cargo del juez.

Pese a ello, no modificó el artículo referente a la determinación librada al mero arbitrio de un tercero, que completaba antes y completa actualmente el tratamiento dado a la determinación hecha por un tercero, lo que permite presumir que se conserva el enfoque original.

d).- El elemento *sistemático*, que determina que para la averiguación del sentido de las normas singulares, debe seguirse la pauta que marque su relación con las demás del sistema.

Si se mantiene la diferencia entre el arbitrio de equidad y el mero arbitrio, como es evidente que se ha mantenido, resulta ajustado a Derecho que la falta de determinación en uno y otro caso reciban tratamientos distintos, cada cual adecuado a la naturaleza del respectivo arbitrio.

En el arbitrio de equidad, la decisión del arbitrador es sustituible desde que, quienquiera sea el que la adopte, debe ceñirse a las mismas reglas. Si falta tal decisión o ella es inicua o errónea, no atenta contra la justicia contractual que otra persona distinta del arbitrador subsane la falta o corrija el defecto, desde que tal persona es igualmente apta para hacerlo, tanto más si esta persona es el juez, que puede ser asesorado por peritos.

No ocurre lo mismo tratándose del mero arbitrio, por cuanto en este caso el propio criterio del arbitrador, sin sujetarse a regla alguna con excepción de la observancia de la buena fe, es el que debe determinar la decisión. No siendo posible, por ello, la sustitución del arbitrador, la falta de la decisión da lugar a la nulidad del contrato por ausencia de uno de sus elementos esenciales.

Si la supresión hecha en el artículo 1407 hubiera tenido por

objeto impedir la sustitución del arbitrador en el caso del arbitrio de equidad, habría dado el codificador en este caso la misma solución dada en el caso del mero arbitrio, o sea la nulidad del contrato. Al no haberlo hecho, es permitido interpretar, utilizando el elemento sistemático, que se pensó en una solución distinta.

Es más, no se ha conservado en el Código de 1984 la regla contenida en el artículo 1386 del Código de 1936, según la cual -en el caso del contrato de compraventa- es válida la venta aunque no se hubiese convenido el precio, si en el contrato se designa una persona que lo determine; pero si el nombrado no puede, o no quiere, determinarlo, caduca la venta, lo cual pone de manifiesto que cabe la solución de que el contrato continúe eficaz.

Si a todo esto se agrega que la tendencia moderna del Derecho es auspiciar la conservación del contrato, siempre que ello sea posible, cabe pensar, con razonables posibilidades de acierto, que la supresión del último párrafo del artículo 1424 del primer Proyecto no ha tenido como finalidad posibilitar la ineficacia o nulidad del contrato cuando se produzca la eventualidad prevista en dicho párrafo.

La ponderación de los cuatro elementos de la interpretación de las normas jurídicas, dándole a cada uno el rol y la importancia que le corresponde, permite en nuestro caso llegar a la conclusión que el artículo 1407 del Código civil, pese a no contemplar una solución para el caso de falta de la determinación o que ésta sea manifiestamente inicua o errónea, no busca una solución distinta a la adoptada en sus antecedentes, o sea que en tal caso la determinación ser hecha por el juez.

Creo sinceramente que es así como debe entenderse el artículo 1407 del Código civil. Sin embargo, no puedo descartar la posibilidad de una interpretación diferente, aunque no esté de acuerdo con ella, desde que se me puede objetar que la realidad es que se ha efectuado la supresión del segundo párrafo del artículo 1424 del primer Proyecto y que el artículo 1407 del Código civil hay que aplicarlo estrictamente de acuerdo con su texto.

Se ha visto en los rubros "Naturaleza jurídica de la deferencia al arbitrio" y "Naturaleza jurídica del rol del arbitrador" de este comentario que las relaciones entre las partes contractuales (en adelante "las Partes") y el arbitrador (en adelante "el Arbitrador") están articuladas a base de dos convenios: el pacto de arbitración estipulado en el contrato principal celebrado entre las Partes y el contrato de prestación de servicios de arbitración celebrado entre las Partes y el Arbitrador. En este segundo convenio el Arbitrador se obliga frente a las Partes a prestarles sus servicios de arbitración, cuyo resultado es la decisión.

De conformidad con el numeral 2. del artículo 1219 del Código civil, es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

Si el Arbitrador no cumple su obligación de tomar la decisión o la toma de manera inicua o errónea, las Partes están facultadas para procurarse la decisión confiándosela a otra persona, lo cual es posible en el arbitrio de equidad por las razones que se han expuesto anteriormente. Si bien las Partes están en libertad de designar el nuevo arbitrador, subsiste la posibilidad de que confíen la determinación al juez.

Sólo si el Arbitrador dejara de tomar la decisión por causa no imputable a él, su obligación se extinguiría, por aplicación del artículo 1316 del Código civil.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1407:

(1) CARRESI, Franco, "Il contratto", Dott. A Giuffrè, Editore, Milano, 1987, Tomo I, pág. 203.

(2) GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone, "Della vendita", Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1981, pág. 113.

(3) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, pág. 29.

(4) WAYAR, Ernesto C., "Compraventa y permuta", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 277.

(5) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 328.

(6) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op.cit., pág. 132. (3)

(7) BADENES GASSET, Ramón, "El contrato de compraventa", Librería Bosch, Barcelona, 1979, Tomo I, pág. 243.

(8) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 328 (5); LUZZATO, Ruggero, "La compraventa", Instituto Editorial Reus, Madrid,1953, pág. 61; ENNECERUS, Ludwig y KIPP, Theodor, "Tratado de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 29; BADENES GASSET, Ramón, op. cit., pág. 243 (7); DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit., pág. 142 (3).

(9) RUBINO, Domenico, "La compravendita", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1971, pág. 133.

(10) CARRESI, Franco, op. cit., Tomo I, pág. 204. (1)

(11) GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone, op. cit., pág. 111. (2)

(12) BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, pág. 242. (7)

(13) ALBALADEJO . Manuel, "Derecho Civil", Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo II, Volumen I, pág. 305.

(14) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit., pág. 31. (3)

(15) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 329. (5)

(16) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit., pág. 260. (3)

(17) ALTERINI, Atilio Aníbal, "Curso de obligaciones", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, Tomo II, pág. 172.

(18) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit., pág. 172. (3)

(19) IBIDEM, pág. 310.

(20) CARRESI, Franco, op. cit., Tomo I, pág. 208. (1)

(21) MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, "Lecciones de Derecho civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, Parte III, Volumen III, pág. 146.

(22) RUBINO, Domenico, op. cit., pág. 247. (9)

(23) WAYAR, Ernesto C., op. cit., pág. 287. (4)

(24) REZZONICO, Luis María, "Estudio de los contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, Tomo I, pág. 159.

(25) RUBINO, Domenico, op. cit., pág. 134. (9)

(26) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 334. (5)

(27) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit., pág. 337. (3)

(28) BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, pág. 247. (7)

(29) RUBINO, Domenico, op. cit., pág. 134. (9)

(30) WAYAR, Ernesto C., op. cit., pág. 286. (4)

(31) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 163.

(32) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit. pág. 333. (3)

(33) WAYAR, Ernesto C., op. cit., pág. 285. (4)

(34) AUBRY et RAU, "Droit Civil Francais", Editions Techniques S.A., París, 1946, Tomo V, pág. 16.

(35) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, "Tratado práctico de Derecho civil francés", Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo X, pág. 32.

(36) MANRESA y NAVARRO, José María, "Comentarios al Código civil español". Reus S.A., Madrid, 1967, Tomo X, Volumen I, pág. 94.

(37) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1969, Tomo IV, pág. 83.

(38) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 334. (5)

(39) MIRABELLI, Giuseppe, "Delle obligazioni - Dei contratto in generale", U.T.E.T., Torino, pág. 182.

(40) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 332. (5)

(41) "Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, pág. 213.

(42) ALBALADEJO, Manuel, op. cit., Tomo I, Volumen I, pág. 115. (13)

(43) IBIDEM, Tomo I, Volumen I, pág. 123.

Artículo 1408.- *La determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe.*

Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- El mero arbitrio.
3.- El límite de la mala fe.
4.- La falta de determinación.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 78 de la Ponencia original tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 78.-** La determinación librada al arbitrio del tercero no puede impugnarse si no se probara su mala fe. Si faltara la determinación y las partes no se pusieran de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato será nulo.

Esta redacción se conservó en el artículo 85 de la primera Ponencia sustitutoria, en el artículo 84 de la segunda Ponencia sustitutoria y en el artículo 50 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto.

En el artículo 1425 del primer Proyecto se precisó que se refería a la determinación librada al mero arbitrio.

Finalmente, el artículo 1373 del segundo Proyecto tenía igual texto que el del actual artículo 1408 del Código civil.

2).- EL MERO ARBITRIO.-

A diferencia del arbitrio de equidad (*arbitrium boni viri*), en el cual el arbitrador debe sujetarse a determinados criterios a fin de que su decisión sea equitativa, o sea ceñida a la justicia sin quedar encadenada al marco de la ley, el arbitrio simple o mero arbitrio (*arbitrium merum*) está liberado de dicha sujeción y sometido exclusivamente a apreciaciones personales del arbitrador, sin condicionarse a pautas prefijadas, por lo cual, a decir de GRECO y COTTINO[1], el elemento fiduciario adquiere el máximo relieve.

Sin embargo, la concepción romana del *arbitrium merum*, según la cual se otorgaba al arbitrador una absoluta libertad de criterio, llegando a afirmarse que es un arbitrio que puede llegar a ser caprichoso y aún arbitrario, está siendo actualmente sometida a revisión. Se dice[2], con justa razón, que el arbitrio es la voluntad de una persona, pero que no ofenda a la lógica, pues si no dejaría de ser arbitrio para convertirse en un querer sin freno. DIEZ-PICAZO[3] afirma que por este camino se llegaría a que el arbitrador no diría lo que opinara, sino lo que quisiera, con la consecuencia que el arbitrio se encontrara a un paso de la arbitrariedad.

Por ello, es preciso enmarcar el mero arbitrio dentro de ciertos cánones que permitan su utilización, pues en muchos casos representa una necesidad, sin llegar a desnaturalizarlo. Me refiero, al hablar de desnaturalización, que el mero arbitrio es esencialmente un aribitrio de confianza, en el cual la persona del arbitrador juega un rol decisivo, pues lo que interesa es su propio juicio, dentro de un marco de imparcialidad, y no el juicio de cualquiera.

3).- EL LIMITE DE LA MALA FE.-

El artículo 1408 del Código civil dispone que la decisión librada al mero arbitrio de un tercero puede impugnarse si se prueba su mala fe.

Comentando el segundo párrafo del artículo 1349 del Código

civil italiano, que constituye la fuente de nuestro artículo 1408, dice BIANCA[4] que por mala fe debe entenderse la voluntaria parcialidad de la determinación a favor de uno de los contratantes. DIEZ-PICAZO[5] entiende que esta prescripción determina que el mero arbitrio sería uno de buena fe.

Aun cuando es discutible que en el campo subjetivo tenga validez absoluta la opinión de de los MOZOS[6], según la cual la mala fe es un criterio negativo que denota ausencia de buena fe, desde que cabe que alguien no actúe con buena fe subjetiva sin llegar por ello a actuar con mala fe subjetiva, puede aceptarse que, por tratarse de juzgar la conducta del arbitrador nos encontramos en el campo de la buena fe objetiva, lo que determina que buena fe y mala fe sean conceptos contrapuestos, tal como se ha expuesto en el comentario del artículo 1362 del Código civil (supra, Tomo II, pág. 41).

En estas condiciones, la aplicación del artículo 1408 del Código civil determina que el arbitrador deba actuar ciñendo su conducta al prototipo de conducta social media, teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto. No se trata con ello de despersonalizar la figura del arbitrador, sino solamente de juzgar su conducta en lo que se refiere a la imparcialidad y la correción, con relación al prototipo. Habría que comparar, pues, la conducta del arbitrador con la de este prototipo, para acreditar si es que ha actuado de mala fe, dentro de los alcances que ha dado BIANCA a este concepto.

Esto no da lugar a que el mero arbitrador deba usar criterios de equidad, pues no se le pide que adecúe con justicia el derecho objetivo a la situación particular sometida a su decisión, sino que simplemente aplique su parecer, tomando en consideración las circunstancias del caso, al efectuar la determinación, sin preocuparse de la equidad de ésta.

Supóngase que se le confía establecer el precio de una compraventa. A diferencia del arbitrador de equidad, que tendrá que buscar el precio justo, el mero arbitrador efectuar su evaluación aplicando sus gustos o preferencias, siempre que no se lle-

gue al capricho o a la arbitrariedad, o sea respetando un prototipo de conducta social media. Por ello, el arbitrador no debería fijar simplemente una cantidad de dinero sino un *precio* en dinero, o sea lo que a su mero juicio representa el valor de la contraprestación.

Debe destacarse que el artículo 1408 crea una presunción de buena fe, de tal manera que para destruirla sería necesario que quien impugna la determinación del arbitrador deba probar su mala fe. Si esta probanza no se produce, la impugnación no podría prosperar.

4).- LA FALTA DE DETERMINACION.-

Si el mero arbitrador no pudiera, no quisiera o no llegase a efectuar la determinación, las partes, respetando el principio de conservación del contrato, deben tratar de sustituirlo por otro que pueda cumplir, a satisfacción de ellas, esa función.

Sin embargo, como se trata de un encargo de confianza común, en el cual la coincidencia de las partes puede no darse nuevamente, y es usual que no se dé, el Código ha previsto esta situación y ha sancionado la falta de acuerdo de sustitución con la nulidad del contrato.

La solución del Código es adecuada, desde que, a diferencia del arbitrio de equidad, en el mero arbitrio no puede exigirse a las partes que depositen su confianza en el juez o en la persona que éste designe. La confianza es un sentimiento absolutamente personal.

La falta de acuerdo, al determinar que no se produzca la designación del sustituto, ocasionará que no pueda individualizarse el bien sobre el cual recae el contrato, dando lugar a la nulidad de éste por falta de un elemento esencial: la determinación del bien.

Parte de la doctrina italiana[7] critica adversamente la solución

de la nulidad del contrato, por considerar que el contrato ha quedado perfeccionado desde el momento en que se confió la determinación al mero arbitrio del tercero, de tal manera que la posterior falta de esta determinación dará lugar a la resolución del contrato por sobrevenida imposibilidad de la prestación, pero no a su nulidad.

Pienso que si bien es cierto que el contrato se perfecciona desde que se pacta que el bien será determinado por el mero arbitrio de un tercero, ello se debe a que se considera que la determinación del bien se va a producir sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes, es decir que el bien individualizado se va a integrar automáticamente a la relación jurídica creada por el contrato. Si la determinación no se produce, ello no significa un acontecimiento sobreviniente, sino que la integración que se consideraba que se iba automáticamente a producir no se ha producido, o sea que ello da lugar a que al contrato le falte, desde su celebración, un elemento esencial, lo que da lugar a su nulidad. La tesis de los autores que comento viene a significar que el contrato está sujeto a la condición resolutoria que la determinación no se efectúe, lo cual me parece que desnaturaliza el concepto de determinabilidad, desde que la perfección del contrato se produce porque se da por hecha la determinación.

Ocurre aquí que el contrato se considera perfecto desde su celebración porque todos los elementos esenciales del mismo están presentes: unos, por estar ya determinados por las partes; otros, por ser determinables mediante criterios preestablecidos. Si alguno de estos elementos, los determinados o los determinables, no llega, en realidad, a ser determinado (supóngase que un bien determinado, por ejemplo el perro dálmata de Pedro, no llega a ser determinado porque Pedro resulta tener varios perros de la misma camada; o bien que el mero arbitrador no efectúa la determinación del precio del perro), falta, en uno u otro caso, un elemento esencial del contrato y la falta se considera producida desde la celebración de éste, lo que da lugar, incuestionablemente, a su nulidad.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1408:

(1) GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone, "Della vendita", Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1981, pág. 112.

(2) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil-Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo III, pág. 51.

(3) DIEZ PICAZO y PONCE de LEON, Luis, "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, pág. 139.

(4) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 334.

(5) DIEZ-PICAZO y PONCE de LEON, Luis, op. cit., pág. 140. (3)

(6) MOZOS, Jos Luis de los, "El principio de la buena fe", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1965, pág. 27.

(7) RUBINO, Domenico, "La compravendita", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1971, pág. 135; GRECO, Paolo y COTTINO, Gastone, op. cit., pág. 113 (1).

Artículo 1409.- *La prestación materia de la obligación creada por el contato puede versar sobre:*

1. *Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.*
2. *Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.*

Artículo 1410.- *Cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo, que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.*

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor puede recurrir a los derechos que le confiere la ley.

Se van a tratar en un solo comentario estos dos artículos por cuanto versan, en realidad, sobre los mismos temas, aunque enfocados desde ángulos diferentes.

SUMARIO

1.- Antecedentes de estos artículos.
2.- Consideraciones generales.
3.- Bienes futuros.
4.- Bienes ajenos.
5.- Bienes gravados o sujetos a litigio.

1).- ANTECEDENTES DE ESTOS ARTICULOS.-

Los artículos 79, 80, 81 y 82 de la Ponencia original tenían la siguiente redacción:

Artículo 79.- El contrato puede tener por objeto cosas futuras, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Artículo 80.- Cuando la cosa futura sea objeto del contrato, el compromiso de entregarla está subordinado a su existencia posterior, salvo que el contrato sea aleatorio.

Artículo 81.- Pueden ser objeto de contrato las cosas litigiosas, afectadas en garantía o embargadas.

Artículo 82.- También pueden ser objeto del contrato las cosas ajenas.

Las Exposiciones de Motivos de estos artículos decían en conjunto lo siguiente:

"El contrato sobre cosa futura es de práctica constante y de logradas realizaciones y por lo tanto puede y debe concretarse, salvo los casos en que la ley lo prohiba. Debemos destacar que cuando se habla de cosas futuras nos estamos refiriendo a aquéllas que aun cuando no tienen existencia física, sí la tienen potencialmente.

"El carácter de la cosa futura hace explicable que el compromiso de entregarla esté condicionado a su existencia, con la conocida excepción de los denominados contratos aleatorios, en los que una de las partes corre el riesgo de que el objeto no llege a presentarse.

"En el propósito de simplificar la aplicación de las leyes y evitar dificultades hemos introducido este precepto (artículo 81), precisando en términos generales que no existe impedimento para contratar sobre cosas litigiosas, afectadas en garantía o embargadas. Todas estas cosas, en efecto, tienen un valor, pueden ofrecer

interés para los contratantes y su circulación está dentro de las modernas corrientes doctrinarias legislativas.

"Obviamente que cuando una de las partes le oculta a la restante la calidad en que se encuentra la cosa litigiosa, afectada en garantía o embargada, está actuando de mala fe y será responsable por los daños que le cause, salvo que el contrato sea aleatorio".

"El Código Civil Peruano sólo se refiere a la cosa ajena en el contrato de compraventa (artículo 1394) siendo así que no existe motivo para no generalizar este concepto".

"Como en el artículo anterior (artículo 81), al contratante que actúe de mala fe será responsable, salvo que el contrato sea aleatorio".

Los artículos 86, 87, 88 y 89 de la primera ponencia sustitutoria conservaron la misma redacción.

En cambio, a partir de la segunda Ponencia sustitutoria se modificó el sistema legislativo, haciéndolo más orgánico, lo que determinó que los distintos temas se trataran en dos artículos, signados con los números 87 y 88, cuyos textos eran los siguientes:

Artículo 87.- La obligación creada por el contrato puede versar sobre:

(1) Cosas futuras, salvo las prohibiciones establecidas por la ley;
(2) Cosas ajenas; y,
(3) Cosas litigiosas, efectadas en garantía o embargadas.

Artículo 88.- Cuando la obligación creada por el contrato verse sobre la cosa futura, el compromiso de entrega de ésta queda subordinado a su existencia posterior, salvo que el contrato sea aleatorio.

Esta redacción se conservó en los artículos 53 y 54 de la tercera Ponencia sustitutoria.

Atendiendo una observación de Felipe OSTERLING PARODI, según la cual en el caso que la obligación verse sobre cosa futura, deberia aclararse que, cuando la inexistencia posterior de la cosa obedezca a causas imputables al deudor, el acreedor podría recurrir a todos los instrumentos que proporciona el Derecho de Obligaciones, tales como la ejecución forzada, la ejecución por el propio acreedor o por un tercero, o la indemnización de daños y perjuicios, en el artículo 54 de la cuarta Ponencia sustitutoria se agregó un párrafo que decía:

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor podrá recurrir a los derechos que le confiere la ley.

Además, en la Exposición de Motivos del artículo 53 se expresó que la obligación creada por el contrato puede proyectarse a las cosas ajenas en términos generales y no limitadas al contrato de compraventa, como sucede con el artículo 1394 del Código civil de 1936, desde que no existe motivo para no generalizar este concepto que aparece dentro de las modernas corrientes doctrinarias y legislativas.

En la quinta Ponencia sustitutoria se introdujeron algunas modificaciones a los artículos 53 y 54, que quedaron redactados así;

Artículo 53.- La obligación creada por el contrato puede versar sobre:

(1) Cosas futuras, antes de que existan en especie y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley;
(2) Cosas ajenas si es que el acreedor conoce o puede conocer esta situación; y,
(3) Cosas litigiosas, afectadas en garantía o embargadas, si se instruye al acreedor sobre la situación en que se encuentran.

Artículo 54.- Cuando la obligación creada por el contrato verse sobre la cosa futura, el compromiso de entrega de ésta queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato será aleatorio.

Si la falta de entrega obedece a causas imputables al obligado, el acreedor podrá recurrir a los derechos que le confiere la ley.

La redacción de estos artículos se mantuvo en los artículos 53 y 54 del Anteproyecto.

En el artículo 1427 del primer Proyecto se sustituyó la expresión "la obligación creada" por la de "la prestación materia de la obligación creada" y en este artículo y en el 1428 se cambió la palabra "cosas" por "bienes".

En el artículo 1374 del segundo Proyecto se unificaron los numerales 2) y 3) del artículo 1427 del primer Proyecto, quedando el numeral 2. con la siguiente redacción: "2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa", redacción que se ha conservado en los articulos 1409 y 1410 del Código civil.

2).- CONSIDERACIONES GENERALES.-

El Código civil de 1936 trataba de la venta de la cosa futura, de la cosa ajena y de la cosa litigiosa al legislar sobre el contrato de compraventa.

El Codificador de 1984 ha variado de criterio pues ha decidido, al desarrollar el tema del objeto del contrato en general, advertir la posibilidad de que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, bienes ajenos y bienes afectados o litigiosos.

Sin embargo, ha conservado el tratamiento de la venta de

bienes futuros y bienes ajenos en el Título correspondiente al contrato de compraventa, donde trabaja con mayor detalle la problemática a que dan lugar los contratos sobre dichos bienes.

Por otro lado, gran parte de las codificaciones sólo contemplan los contratos de venta de bienes futuros, sin contener un régimen general de contratación sobre estos bienes, lo que ha llevado a la doctrina a tratar la problemática de los bienes futuros a través de la posibilidad de su venta, despreocupándose de otros contratos sobre los mismos bienes.

Ello determina que al tratar el tema de la contratación en general sobre los bienes futuros y ajenos en el comentario de los artículos 1409 y 1410 del Código civil, sea aconsejable dar un enfoque panorámico que permita establecer los rasgos principales de estos bienes como objeto de los contratos, recurriendo a las normas sobre compraventa y a la doctrina sobre este contrato cuando resulte necesaria una mayor precisión.

3).- BIENES FUTUROS.-

Siguiendo la tónica general adoptada en el Libo V sobre derechos reales, los artículos 1409 y 1410 del Código civil hablan de bienes futuros y no de cosas futuras, como lo hacen otros Códigos.

El concepto de bien comprende no sólo las cosas materiales sino también los derechos, aun cuando parte de la docrina[1] considera que en el concepto técnico-jurídico de cosa se comprenden tanto las cosas materiales como los derechos, por lo cual cuando habla de cosa futura se refiere también al derecho futuro. Sin embargo, pienso que el criterio más adecuado es distinguir entre el bien y la cosa.

Si se entiende por bien toda entidad, material o inmaterial, que tenga existencia autónoma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio de satisfacerles una utilidad [2], es bien futuro, según definición de BIANCA[3], el bien actualmente inexistente

como objeto autónomo de derechos de goce, pero susceptible de llegar a existir. En tal sentido son bienes futuros tanto los que no existen en natura, como los bienes existentes en natura que no son de propiedad de alguien pero susceptibles de ocupación, los productos de obra que aún no tienen individualidad económica y los productos naturales que todavía no se han desprendido del bien del que provienen.

Posibilidad de la contratación sobre bienes futuros.-

Parecería, a primera vista, que un bien inexistente no puede ser materia de un contrato, y esta posición sería válida si el propósito fuera que la prestación fuera ejecutada inmediatamente o antes que el bien existiera. Pero si las partes están de acuerdo en contratar sobre un bien futuro y también están de acuerdo en que la prestación sea ejecutada cuando el bien exista, desaparece entonces todo inconveniente conceptual. Desde luego, debe haber una posibilidad razonable de que el bien llegue a existir, aun sin desconocer el riesgo que ello no ocurra, desde que la razón de ser del contrato sobre bien futuro es que el bien sea susceptible de existencia.

Sin embargo, existen casos en los cuales, pese a existir la voluntad de contratar sobre un bien futuro, puede ello no ser posible. Tal ocurre en el caso de los contratos reales (en los regímenes legales que los admiten, que no es el nuestro), donde es requisito legal que el bien sea entregado en el momento de celebrar el contrato; los contratos que por su naturaleza exigen la presencia del bien ya existente; los contratos mediante los cuales se transfiere inmediatamente la propiedad del bien al adquirente (en las legislaciones francesa e italiana ha sido preciso crear excepciones en los contratos de venta, que son traslativos de dominio). GHESTIN[4] nos cita el caso de la cesión de un crédito futuro, que no puede hacerse antes de la intervención de un acto jurídico que le sirva de fundamento.

Tipos de contratación sobre bienes futuros.-

Para comprender cabalmente la problemática de la contratación sobre bienes futuros es necesario tomar en consideración que, atendiendo a la posibilidad de existencia de dichos bienes, existen dos tipos de contratación sobre los mismos, según que el contrato quede subordinado a la futura existencia del bien o que el contrato sea válido aunque el bien no llegue a existir.

En el caso del contrato de compraventa estos dos tipos contractuales son conocidos como *"emptio rei speratae"*, cuando no obstante haber certidumbre respecto a que el bien existirá, resulta incierto el momento en que ello ocurra, pudiendo también ser incierta la cuantía y calidad que tendrá el bien cuando exista; y como *"emptio spei"*, cuando no hay certidumbre respecto a que el bien llegue a existir, asumiendo el comprador este riesgo.

Debido a la gran difusión de estas denominaciones latinas las voy a utilizar en el curso de este comentario, aún en los casos en que me refiera a contratos distintos del de compraventa.

Debe tenerse presente que, tal como dice DIEZ-PICAZO[5], "en todos los casos en que el contrato recae sobre cosas futuras, los contratantes asumen la obligación de realizar todas aquellas actividades que sean necesarias y que estén a su mano para lograr que la cosa futura llegue a tener existencia real, y, al mismo tiempo, a omitir todas aquellas actividades que pongan en peligro o que impidan la futura existencia de la cosa". Esto se aplica tanto cuando el contrato sólo despliega su eficacia cuando exista el bien *(emptio rei speratae)*, como cuando una de las partes asuma el riesgo de que el bien no llegue a existir *(emptio spei)*.

Surge la duda, cuando los contratantes no se han explicado claramente sobre el particular, cuando nos encontramos frente a una *emptio rei speratae* y cuando frente a una *emptio spei*.

En primer lugar habrá que recurrir a la interpretación para conocer el sentido del contrato, tomando en consideración las circunstancias de cada caso. REZZONICO[6] pone el ejemplo de

una venta por 20 la cosecha de tal campo que normalmente produce o vale 200, diciendo que en ese elemento del contrato que es el precio de la cosa una pauta de juicio muy importante para inferir que la intención de las partes ha sido concertar una venta aleatoria *(emptio spei)* y no una venta condicional *(emptio rei speratae)* y que por tanto el comprador estaría obligado a pagar los 20 convenidos, aunque la cosecha se hubiera perdido totalmente.

El mismo autor dice que si no existen elementos de juicio suficientes para disipar la duda, la doctrina en general (cita a AUBRY Y RAU, POTHIER, TROPLONG, GUILLOUARD, MAYNZ, PLANIOL y RIPERT) enseña que debe excluirse el "álea" y entenderse que la venta es *condicional*, "porque a menos de existir una voluntad formalmente expresada el contrato (se refiere a la venta) es por su naturaleza *conmutativo* y no puede admitirse que el comprador ha entendido pagar el precio sin recibir cosa alguna en cambio".

Naturaleza jurídica de la contratación sobre bien futuro.-

Tomando muy de cerca como guía y apoyo los excelentes trabajos de ROGEL VIDE [7] y de BADENES GASSET[8] voy a analizar las diversas posiciones de la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de los contratos sobre bienes futuros en general, aun cuando me vea precisado a recurrir, en algunos casos, a la situación del contrato de compraventa sobre tales bienes.

Un grupo de autores considera que, cuando se trata de bienes futuros, el contrato carece de objeto en el momento de su celebración. Partiendo de esta premisa, se sostiene que en el ínterin (hasta que el bien cobra existencia) se trata de una *promesa bilateral de contrato* (GABBA) por no poderse celebrar un contrato definitivo; de un *contrato de compraventa futura* (SALIS) por ser no sólo el bien futuro sino también, la misma compraventa; de un *negocio "per relationem"* (DI PAGE) por estar la voluntad determinada *per relationem* respecto al objeto de la compraventa; de un *negocio en estado de pendencia por falta de objeto* (BETTI) por encontrarse el negocio en espera su ulterior sobrevenir o faltar de

un *negocio de validez o invalidez suspendida* (CARIOTA-FERRARA) por estar las partes vinculadas a la declaración y deben esperar hasta saber si el negocio debe considerarse válido o inválido; de un *contrato en vía de constitución* (DE MARSICO) por existir el consentimiento sobre el bien y el precio pero faltar la adquisición de la propiedad; y de un negocio con el *consentimiento anticipado* (RUBINO) por haberse prestado el consentimiento faltando algunos elementos del negocio jurídico, o sea invirtiéndose el orden cronológico de formación del negocio.

Otro sector de la doctrina entiende que la compraventa de bien futuro debe considerarse como un válido negocio de venta, con todos los elementos esenciales presentes en el momento de conclusión del contrato. Quienes piensan así consideran que se trata de *una compraventa válida generadora de efectos obligatorios* (VISTOSO) por permitir el ordenamiento jurídico la prestación de bien futuro; de un *negocio completo: el nacimiento del bien como fuente de cualificación objetiva de la relación* (FALZEA) porque debe considerarse el negocio completo desde su celebración, no obstante lo cual sus efectos no pueden realizarse sino cuando el bien futuro –objeto del contrato– sea sustituído por un bien presente; de un *supuesto de hecho traslativo complejo: contrato de compraventa y hecho ulterior* (GAZZARA) por existir un contrato de compraventa completo en todos sus elementos, de tal manera que la posterior existencia del bien da lugar a un supuesto de hecho traslativo más amplio; de un *negocio válido, cuya eficacia está suspendida* (SANTORO-PASSARELLI) Por existir un contrato cuya eficacia o ineficacia posterior dependerá que llegue o no llegue a existir el bien futuro; de un *contrato perfecto, en el cual la no venida a existencia del bien implica la imposibilidad de que el vendedor cumpla su obligación de entrega* (GULLON) por existir un contrato en que hay consentimiento sobre el bien y el precio, aunque el bien sea futuro, de tal manera que si el bien no llega a existir el vendedor no puede cumplir su obligación de entregarlo; de un *procedimiento incompleto objetivamente, que coloca la venida a existencia del bien en una esfera externa al contrato* (FURGIUELE) por diferenciarse la venta de bien futuro de la venta de bien presente por el desarrollo del efecto, lo que determina que el procedimiento de adquisición del bien esté incompleto; de una *verdadera y pro-*

pia compraventa (ROGEL VIDE) por reunir en el momento de celebración del contrato todos los elementos esenciales, siendo el objeto el derecho de propiedad sobre un bien futuro (objeto mediato), que produce inmediatamente los efectos obligatorios independientes de la venida a existencia del bien; con lo cual están de acuerdo BADENES GASSET[9], CAPOZZI[10] y BIANCA[11].

Las anteriores opiniones se refieren, como he dicho, a la naturaleza jurídica del contrato sobre bien futuro en general, o sea sin distinguir entre la *emptio rei speratae* y la *emptio spei.* No obstante, algunos tratadistas opinan que existe diferencia de naturaleza jurídica entre ambos tipos, por lo cual conviene revisar, aunque sea muy esquemáticamente, estas opiniones.

Naturaleza jurídica de la "emptio rei speratae".-

Recordemos que la *emptio rei speratae* (cosa esperada) es la compraventa de bienes cuya existencia futura se toma como cierta para los efectos de la celebración del contrato, pudiendo eventualmente ser incierta la cuantía y calidad que tendrá el bien cuando exista, de tal manera que, también en este último caso, el comprador se encuentra obligado a pagar la totalidad del precio cualquiera que sea la cantidad y calidad con que aparezca el bien. Empero, si el bien no llega a existir, el contrato se considera inexistente. Se dice, por ello, que el álea de la *emptio rei speratae* recae en la cuantía y calidad del bien futuro, no en su existencia. Son ejemplos clásicos la cosecha de un campo o las posturas de un corral de gallinas en un periodo determinado.

Según DE VISSCHER, la *emptio rei speratae* es una venta imperfecta por estar sometida a una condición, bien sea porque no se haya determinado el precio o por tener por objeto en bien genérico (debe tenerse presente que este autor no atribuye a la venida a existencia del bien el carácter de condición); para GIANTURCO se trata de un contrato conmutativo condicionado suspensivamente a que el bien cobre existencia, parecer que comparte TROPLONG, DURATON, CARBONNIER y MARTY-RAYNAUD en la doctrina francesa, OSSORIO y BADENES GASSET en la doc-

trina española y REZZONICO, WAYAR y LAVALLE en la doctrina argentina; a decir de LORENZI la *emptio rei speratae* es, desde el aspecto obligacional, una venta sometida a condición voluntaria y, desde el aspecto real, una adquisición de propiedad sometida a *conditio juris*; por su parte, CARIOTA FERRARA (de cuyo parecer participan SCIALOJA, BUTERA Y ATTOLICO) afirma que la teoría de considerar la venta de bien futuro como venta sometida a *conditio juris* "debe, en nuestra opinión, preferirse a todas las demás, agregando que "la venta de cosa futura es, desde el primer momento válida y, por consiguiente, inatacable tanto por una como por la otra parte; mas, asimismo, es ineficaz, esto es, sus efectos, al menos los principales, se encuentran suspendidos en tanto la cosa no venga a existencia. Habiendo nacido ésta, el contrato despliega inmediatamente los efectos citados".

Naturaleza jurídica de la "emptio spei".-

Este tipo de venta se presenta cuando el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, de tal manera que quedará obligado a pagar al vendedor la totalidad del precio pactado aun cuando el bien no llegue a existir. Tal como dice BADENES GASSET[11], aquí el álea es un carácter esencial: ella recae no sólo sobre la cantidad y calidad del bien, sino también sobre su posible existencia. El ejemplo más común es el copo de una red.

Tal como en el caso de la *emptio rei speratae*, las opiniones sobre la naturaleza jurídica de la *emptio spei* son variadas. Para DE VISSCHER se trata de una venta perfecta, pura y simple de bien futuro; según GIANTURCO, RUGGIERO, MESSINEO, ENNECERUS-LEHMANN, AUBRY y RAU, MARTY-RAYNAUD, BORREL SOLER, CASTAN TOBEÑAS, REZZONICO, LAVALLE Y OSSORIO la *emptio spei* es una compraventa aleatoria, pues se trata de la venta de una "chance", de una expectativa, en la cual una de las partes asume el riesgo de sufrir una pérdida; en cambio CALLEGARI, DEGNI, CARBONNIER, CALONGE, PLANIOL-RIPERT, DE DIEGO, RUBINO, CAPOZZI consideran que es un contrato aleatorio –típico según algunos, atípico según otros– distinto de la compraventa, pero al cual habrá que aplicar las reglas de la compra-

venta si el bien llega a existir; si bien LORENZI adopta parecido criterio tratándose de la venta de bien futuro según un perfil obligatorio, piensa que bajo el perfil real se trata, al igual que la *emptio rei speratae*, de la adquisición de propiedad sometida a *conditio juris*, opinión que es compartida por PERLINGIERI; al decir de COHN Y BRAUN se trata de un derecho eventual sobre el bien futuro, derecho que el vendedor cedería al comprador.

Posición personal.-

Al estudiar la naturaleza jurídica de la contratación sobre bienes futuros se ha podido observar que un grupo de autores considera que, tratándose de bienes futuros, el contrato carece de objeto en el momento de su celebración. La razón de ser de esta opinión es que tales autores ubican el objeto del contrato en el bien, por lo que al no existir actualmente el bien, precisamente por ser futuro, no existe el objeto del contrato al momento de celebrarlo.

Tal posición no es admisible en el régimen peruano, desde que en este régimen el objeto del contrato es la obligación, por lo cual no existe inconveniente legal alguno para que una persona se obligue a contratar sobre un bien futuro.

Por otro lado, esta obligación que constituye el objeto del contrato es susceptible de cumplimiento por permitirlo los artículos 1409 y 1410 del Código civil.

En efecto, el primero de dichos artículos dice que la prestación materia de la obligación puede versar sobre bienes futuros, lo cual es correcto pues, como se ha visto, la posibilidad y la determinación deben recaer en el bien que es objeto de la prestación. Por su parte, el artículo 1410 dispone que cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior.

Consecuentemente, tomando como ejemplo el contrato de compraventa de un bien mueble, es posible que alguien, mediante un contrato sobre un bien futuro, se obligue a transferir la propie-

dad de este bien y pueda cumplir tal obligación mediante la ejecución de la prestación de dar el bien cuando éste llegue a existir.

Es preciso, por lo tanto, coincidir con la opinión de VISTOSO, en el sentido que se trata de una compraventa válida generadora de efectos obligatorios por permitir el ordenamiento jurídico la prestación que recae sobre un bien futuro, a lo que hay que agregar, siguiendo a ROGEL VIDE, que es una verdadera y propia compraventa por reunir en el momento de su celebración todos los elementos esenciales, siendo el objeto del contrato la obligación de transferir la propiedad sobre un bien futuro que produce de inmediato los efectos obligatorios independientemente de la venida a existencia del bien.

Sin embargo, el cumplimiento de dicha obligación está subordinado a que el bien llegue a existir, oportunidad en la cual se podrá ejecutar la prestación de entregarlo.

Sentada esta premisa, es necesario tomar posición respecto a la naturaleza jurídica de la *emptio rei speratae* y de la *emptio spei.*

En relación a la primera, conviene concordar el artículo 1410 del Código civil con los artículos 1534 y 1535 del mismo Código, referentes al contrato de compraventa.

En estos dos últimos artículos se toma la posición de que la *emptio rei speratae* es un contrato sujeto a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia.

Surge el problema relacionado con la posibilidad que se otorgue a un elemento esencial del contrato de compraventa, como según algunos es la existencia del bien, el carácter de condición suspensiva.

Es necesario analizar los argumentos que se han expuesto en contra y en pro de esta posibilidad.

Entre los primeros, se sostiene –partiendo del supuesto de que el contrato sobre bien futuro no tiene otro objeto que el bien

mismo (DE VISSCHER)– que siendo el objeto un elemento esencial del contrato, no es posible que la existencia de este elemento sea la condición suspensiva del contrato, desde que la condición es, en su esencia, un elemento accidental de éste.

En parecida línea de pensamiento se dice (DEGNI[12]) que la condición debe referirse a un hecho, a un acontecimiento extraño a los elementos esenciales del acto jurídico, que deben suponerse ya existentes, por lo cual si el propio nacimiento del bien se pone como condición de la compraventa, en esencia se viene a negar que ésta se halle constituída.

Por su parte, ALONSO[13] sostiene que la condición es un elemento que afecta la *eficacia* del acto jurídico, mientras que la existenciabilidad del objeto, a una de sus características estructurales, en definitiva, a la propia validez y existencia del contrato. En otras palabras, el contrato sujeto a condición suspensiva existe, como contrato, desde el momento de su celebración, pero no produce efectos –*es ineficaz*– hasta que se cumple la condición, de tal manera que no puede considerarse condición suspensiva (que hace ineficaz el contrato) el evento (existencia del bien) que precisamente va a dar lugar a la existencia del contrato. La ineficacia del contrato supone su existencia.

Por otro lado, se ha visto que parte muy importante de la doctrina (GIANTURCO, TROPLONG, DURATON, CARBONNIER, MARTY-RAYNAUD, OSSORIO, BADENES GASSET, REZZONICO, WAYAR, LAVALLE) considera que la *emptio rei speratae* (tanto en la modalidad de certidumbre sobre la cuantía y calidad del bien, como en la de incertidumbre sobre tales extremos) es un contrato conmutativo condicionado suspensivamente al hecho de que el bien llegue a existir. La fundamentación de tal parecer no es, sin embargo, uniforme.

Piensan algunos[14] que la condición no se refiere al bien mismo (que para ellos también es el objeto del contrato), sino al hecho que tal bien llegue a existir, por lo cual la condición será siempre un hecho o una circunstancia. Por ello, PERLINGIERI[15] dice que la cosa futura jugaría el papel de objeto; su nacimiento, el de condición.

BADENES GASSET[16], por su parte, sostiene que "si admitimos que el hecho de que la cosa sea futura no contradice a la idea del objeto como elemento esencial del contrato, entonces, incluso admitiendo la idea tradicional de la condición como elemento accidental, habría que ver aquí una compraventa sometida a una condición: al hecho futuro y no absolutamente cierto de que la cosa se produzca tal como las partes se la han imaginado como objeto del contrato. La condición recaería, por tanto, en el evento de la posibilidad o imposibilidad por parte del vendedor de entregar la cosa".

Según REZZONICO[17], en la *emptio rei speratae* el objeto de la venta no existe todavía, pero es posible que exista, y las partes contratan a sabiendas de que puede llegar a existir o no existir, por lo cual se subordina la entrega de la cosa futura que se vende, a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir, y si la cosa esperada no llega a existir, la venta queda sin efecto.

Se ha visto que existe una tercera posición, sostenida por CARIOTA-FERRARA, que considera que la venta de bien futuro queda sometida a *conditio juris*. Existen dos conceptos de *conditio juris*. Según uno, cuando la eficacia de un acto jurídico se hace depender de un acontecimiento incierto, pero esta dependencia está dispuesta por el ordenamiento jurídico y no por la voluntad de las partes, se califica a tal acontecimiento *conditio juris*, contraponiéndola a la *conditio facti* [18]. Según otro, en algunas ocasiones el ordenamiento jurídico exige que los efectos de un determinado acto jurídico se produzcan sólo cuando se cumplan los supuestos o circunstancias que expresamente prevé, aunque no estén basados en acontecimientos inciertos, se considera estas limitaciones como *conditiones juris* [19]. Sin embargo, en uno y otro caso se trata de requisitos de eficacia del contrato, al igual que la *conditio facti*, y no de su existencia, por lo cual son aplicables los mismos razonamientos hechos con relación a la condición suspensiva.

Sopesando estos argumentos, y ante la necesidad ineludible del codificador de optar por alguna de esas posiciones, al momento de regular el contrato de compraventa se decidió, tomando en consideración la difusión que ha tenido la tesis de la condición

suspensiva, acogerla para regular la *emptio rei speratae* en los artículos 1534 y 1535 del Código civil.

En realidad, aunque se le ha dado el nombre de condición suspensiva, se trata de una *conditio juris*, desde que la dependencia a la existencia del bien está establecida por la ley. Hace bien, pues, el artículo 1410 del Código civil al hablar de *subordinación* a la existencia posterior.

Si se toma en consideración que en el régimen peruano el contrato es obligacional, o sea que su objeto es crear obligaciones, el contrato se celebra cuando esto se produce, o sea, tomando el ejemplo de la compraventa, cuando el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien futuro y el comprador se obliga a pagar su precio, siendo la posterior existencia del bien un requisito para la ejecución de la prestación de darlo, por lo cual no hay inconveniente conceptual alguno para que se subordine la *eficacia* del contrato a que el bien llegue a existir.

Si esto no ocurre, o sea si el bien no adquiere existencia dentro del plazo pactado, o hasta que llegue a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse (artículo 175 del Código civil), el contrato deviene *ineficaz* (según VIDAL[20]) o *inválido* (según LOHMANN[21]). Pienso que quizá la solución más adecuada es que el contrato se resuelva, por aplicación del artículo 1371 del Código civil, desde que la inexistencia del bien es una causal sobreviniente a la celebración del contrato, ya que el propósito de las partes al celebrarlo ha sido que el bien futuro llegue a tener existencia. En tal virtud, la resolución no tendrá efecto retroactivo, salvo pacto en contrario.

Otro tema que ha concitado el interés de la doctrina es el relacionado con la aleatoriedad de la *emptio rei speratae*.

Se ha visto que esta venta puede presentar dos modalidades: según una, para los efectos de la celebración del contrato se considera como cierta la existencia futura del bien; según la otra, también se considera lo mismo, pero cabe la incertidumbre sobre la cuantía y calidad del bien futuro.

En ambas modalidades el contrato es conmutativo en cuanto a la existencia del bien, pero en la segunda existe una aleatoriedad relativa, pues si bien no cabe duda que el bien va a existir, existe el riesgo que el comprador tenga que pagar la totalidad del precio cualquiera que sea la cuantía y calidad del bien. ROGER VIDE[22] sostiene que la *emptio rei speratae* es una perfecta compraventa, conmutativa, ya que este carácter no se pierde aun cuando en el contrato concurra un alea normal o incluso un alea convencional que de un modo, no por incidente al menos directo, afecta a las prestaciones de las partes. Sin embargo, en la segunda modalidad de *emptio rei speratae* el alea de la diferencia de cuantía y calidad puede ser de tal magnitud que bien vale la pena tomarla especialmente en consideración.

Como el tema de la aleatoriedad se presenta con mayor intensidad en la *emptio spei*, por tratarse de un contrato eminentemente aleatorio, dicho tema será estudiado a continuación al analizar este contrato.

La *emptio spei* está contemplada en el artículo 1536 del Código civil, según el cual en los casos de los artículos 1534 y 1535 del mismo Código, si el comprador asume el riesgo de la existencia del bien, el vendedor tiene derecho a la totalidad del precio.

Debe observarse que en la *emptio spei*, al igual que en la *emptio rei speratae*, el propósito de las partes es que el bien futuro llegue a existir, con la diferencia que si esto no ocurre, el contrato conserva su validez y eficacia en el caso de la *emptio spei* o se resuelve en el caso de la *emptio rei speratae*.

El primer problema que surge respecto de la *emptio spei* es si se trata de la venta de un bien futuro o de la venta de la esperanza de que exista.

La primera tesis es sostenida por DE VISSCHER[23], quien considera que el objeto de la *emptio spei* no es algo presente (el alea, la *spes*), sino una cosa futura, la cosa esperada *(res sperata)*. Para la existencia de la venta no se requieren ni la existencia actual ni futura de la cosa, siendo suficiente que la realización de

la cosa sea considerada como posible. ALONSO[24] agrega que la *emptio spei* es una venta de cosa futura que, a su inherente conmutatividad, se asocia una fuerte dosis de aleatoriedad.

Al frente de esta tesis está la de aquéllos a quienes se refiere BADENES[25] que son de la opinión "que la *emptio spei* no constituye una venta de cosa futura, sino de una cosa presente: el álea, la esperanza que en el momento en que se consiente no cabe duda que tiene, como tal esperanza, realidad ontológica". Se sostiene[26], por ello, que en la venta de la esperanza se trata de un contrato *aleatorio*, en el cual se especula sobre la existencia futura del objeto mismo.

Ante la objeción de que siendo la compraventa un contrato esencialmente conmutativo, una venta aleatoria sería una especie de contradicción, responde MESSINEO[27] que la única consecuencia de hacer de la *emptio spei* un contrato aleatorio y no una compraventa, sería que las normas sobre este contrato pueden ser aplicadas por analogía y no por relación directa, lo que, agrega, no resolvería la afirmada incompatibilidad entre los dos términos "venta aleatoria", ya que al menos algunas reglas de la venta serían igualmente aplicables a la *emptio spei*, no obstante la afirmada diversidad de su naturaleza jurídica respecto a la venta ordinaria.

ALONSO[28] no encuentra dificultad conceptual en armonizar ambos caracteres en la *emptio spei,* diciendo que ello se debe a la propia estructura conmutativa y aleatoria que se unimisman en este tipo de venta.

La opinión de RUBINO[29] es que la *emptio spei* no puede configurarse como venta, ni siquiera venta de cosa futura con cláusula obligatoria, constituyendo un contrato aleatorio con perfiles propios e independientes. Nos dice al respecto ROGEL VIDE[30] que lo que verdaderamente importa es la atribución a la compraventa de la conmutatividad como nota esencial, mientras que la *emptio spei* es, en opinión unánime, un contrato aleatorio, no siendo siempre posible que un tipo de contrato, permaneciendo inalterado, se manifieste en unas ocasiones como contrato conmutativo y en otras como contrato aleatorio.

Respecto a este problema considero que es innecesario forzar la figura de la compraventa, que es un contrato esencialmente conmutativo, para hacerla comprensiva de la *emptio spei,* que es un contrato eminentemente aleatorio, aun cuando con ello se resuelvan las dificultades prácticas que destaca MESSINEO. Me parece más razonable conceder a la *emptio spei* el carácter de contrato aleatorio típico, tan es así que el artículo 1536 del Código civil lo regula expresamente. Puede objetarse la ubicación de este artículo, al incluirlo en el Título sobre la compraventa, pero es posible que ello obedezca al propósito de facilitar el planteamiento de dicho autor, en el sentido que deben aplicarse supletoriamente a la *emptio spei* las normas sobre la compraventa.

Precisado el concepto de la aleatoriedad, conviene volver a la *emptio rei speratae.* Considero que lo aleatorio de ella en la segunda de sus modalidades (incertidumbre sobre la cuantía y calidad de la cosa futura), si bien crea un riesgo de mayor o menor onerosidad de la prestación, con lo cual afecta el carácter conmutativo del contrato, no llega a desnaturalizar, como ocurre tratandose de la *emptio spei,* su calidad de venta de cosa futura, pues ésta de todas maneras va a existir. En otras palabras, siempre se va a transferir la propiedad de un bien cierto (la cosa esperada), aunque puede variar la cuantía y calidad de dicho bien, por un precio conocido en dinero.

Quizá cabe aplicar aquí, con mayor propiedad, el planteamiento de ALONSO en el sentido que en este tipo de venta se unimisman la estructura conmutativa y aleatoria, aunque, en mi opinión, primando la primera. Pienso que la existencia de la aleatoriedad no llega a determinar que la operación jurídica deje de ser una compraventa, aunque hay que reconocer su carácter *sui generis.*

La similitud con el contrato de obra.-

Existe dificultad para distinguir entre la compraventa de bien futuro y el contrato de obra, tan es así que SPOTA[31] nos cita varios casos en los que es dudoso si se trata de uno u otro, siendo él de opinión que cuando la parte contratante tiene interés en el proce-

so interno de fabricación de la obra, entonces se está ante una locación de obra; pero cuando el proceso interno de fabricación es irrelevante para la parte adquirente, entonces implica compraventa. LAVALLE[32] dice en sentido parecido en los contratos de entrega y escritura de una unidad por construir, cuando según los términos del pacto la construcción no asume figura central, sino que lo esencial es la entrega, constituyen una compraventa de cosa futura, porque los medios de construcción y la persona de la realización de ella no tienen mayor importancia, sino la tradición de la cosa y la transmisión de su dominio por un precio cierto en dinero.

BORDA[33], por el contrario, opina que se trata de un contrato mixto y que clasificarlo como venta o locación de obra pura es arbitrario y no se compagina con la verdadera voluntad de los contratantes, que por una parte han entendido comprar (o vender) y por otra encargar un trabajo (o suministrarlo). Sin embargo, pese a que el Código civil argentino (artículo 1629) lo considera como locación de obra, no se trata de una regla absoluta, pues cuando la importancia del trabajo es desdeñable en relación con el valor de la cosa, habrá que decidir que es compraventa y no locación de obra.

Entre nosotros el artículo 1553 del Código civil de 1936 solucionaba el problema estableciendo que cuando el empresario pone materiales e industria hay una venta, y debe arreglarse a los principios establecidos en el título que corresponde a ese contrato. Como bien dice ARIAS SCHREIBER[34], al no haber el Código de 1984 conservado la regla del citado artículo 1553, se ha establecido una "zona gris" entre ambos contratos, aunque él opina que existe "un factor determinante para la distinción y es que mientras en la compraventa el vendedor de cosa futura se compromete a transferir su dominio al comprador, en el contrato de obra el comitente es el dueño y el contratista no está sujeto a la transferencia de dominio del bien que se compromete a fabricar para ser entregado en su momento".

No llego a compartir esta opinión pues si el comitente no pone los materiales no es dueño de parte alguna de la obra y sólo

adquirirá la propiedad de ella cuando esté terminada y el empresario la ponga a su disposición. Es difícil determinar si la adquisición de la propiedad del bien futuro la hace el comitente por razón de un contrato de obra o la hace el comprador en virtud de un contrato de compraventa. Me inclino más por el parecer de BORDA, por considerar que corresponde al juez calificar el contrato como de uno u otro tipo según la relación que guarden entre sí la importancia del trabajo y el valor de la obra. Si éste es superior a aquélla, debe decidirse que el contrato es de compraventa de bien futuro.

El compromiso de entrega del bien futuro.-

El artículo 1410 dice que cuando "la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega...". Como se está hablando de la contratación en general sobre bienes futuros, cabe que determinados contratos no versen sobre prestaciones de dar, por lo cual hubiera sido preferible no referirse a la entrega del bien sino a la ejecución de la respectiva prestación sobre él.

Por otro lado, si bien el artículo 1409 del código civil habla correctamente de que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede recaer sobre bienes futuros, el artículo 1410, al referirse al mismo supuesto, menciona la obligación creada por el contrato que recae sobre un bien futuro, permitiendo pensar que la obligación recae directamente sobre el bien, lo cual no es estrictamente cierto pues lo que recae en el bien es la prestación de la cual (el bien) es objeto y no la obligación.

Dada la vinculación existente entre los dos artículos, el elemento sistemático de la interpretación debe llevar a que se considere que el artículo 1410 se refiere también a que es la prestación que constituye el contenido de la obligación la que debe recaer en bienes futuros.

4).- BIENES AJENOS.-

El artículo 1394 del Código civil de 1936 establecía que la venta de cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar la restitución del precio y el pago de daños y perjuicios.

Este artículo no guardaba coherencia con el artículo 1383 del mismo Código, según el cual por la compra-venta el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio en dinero.

En efecto, si el contrato de compraventa en el Código civil de 1936 tenía carácter obligacional, o sea el comprador no transfería mediante el contrato la propiedad de la cosa al vendedor, sino únicamente se obligaba a hacerlo, no existía inconveniente conceptual alguno para que se obligara a transferir la propiedad de un bien ajeno, desde que podía cumplir perfectamente esta obligación adquriendo la cosa de su verdadero dueño y transfiriendo la propiedad de la misma al vendedor.

LEON BARANDIARAN[35] justifica la solución del artículo 1394 de dicho Código en el hecho que el comprador podía invocar la circunstancia del error que padecía al ignorar que la cosa no pertenecía al vendedor. En realidad, no existía razón legalmente válida para que el comprador incurriera en error desde que el artículo 1383 no excluía la posibilidad de la venta de cosa ajena.

Para dejar claramente establecido que el carácter obligacional del contrato de compraventa admite la posibilidad de venta de una cosa ajena, el codificador de 1984 decidió, con muy buen criterio, establecer expresamente entre las disposiciones generales de los contratos que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos (artículo 1409). Fue posible otorgar a esta norma carácter general para todos los contratos desde que el artículo 1402 de dicho Código establece que el objeto del contrato consiste en crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones, con lo cual se estableció, en realidad, que todos los contratos tienen carácter obligacional.

En estas condiciones, como el contrato sólo obliga a transferir un derecho, sin transferirlo efectivamente, la disposición contenida en el artículo 1409 del Código civil encuentra plena justificación al permitir la contratación sobre bienes ajenos.

Breve reseña histórica.-

Quizá el problema de la contratación sobre bienes ajenos no puede ser claramente comprendido si no se tiene una visión histórica del mismo, referida al contrato de compraventa.

Relata GIORGI[36] que en el derecho clásico romano, la venta no era un contrato que tuviese por objeto la transmisión de la propiedad, sino solamente un convenio que tenía por objeto un hecho personal del vendedor. Esto permitía la venta de la cosa ajena cuando el vendedor obraba de buena fe, doctrina que fue respetada hasta la elaboración del Código NAPOLEON.

Considerando que tenía un mayor sentido práctico que la transmisión de la propiedad se realice mediante un solo acto, los codificadores franceses establecieron un sistema según el cual la consumación de los efectos translativos de la propiedad se perfecciona por la sola fuerza del consentimiento, convirtiendo así al comprador inmediatamente en propietario.

Se llegó por este camino no sólo a establecer en el artículo 1583 que la compraventa es perfecta entre las partes, y la propiedad se adquiere de pleno derecho por el comprador, con respecto al vendedor, desde el instante en que se conviene sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada todavía ni pagado el precio, sino además, como correlato, que la venta de la cosa ajena es nula (artículo 1599).

El ejemplo francés fue seguido por otros Códigos civiles hasta llegar en nuestros días al italiano de 1942, al boliviano de 1976 y al paraguayo de 1987, con la salvedad que se permite la venta de cosa ajena, quedando el vendedor obligado a procurar la adquisición de la cosa en favor del comprador.

Nuestro derrotero fue distinto, pues inspirándonos en los Códigos civiles de España, Argentina y Brasil, desde el Código civil de 1936 (el de 1852 siguió el modelo francés) el codificador peruano adoptó el régimen de la compraventa con efecto exclusivamente obligacional, con las diferencias que el Código de 1936 dispuso, como se ha visto, que la venta de cosa ajena es anulable (artículo 1394) y el de 1984 que la venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador (artículo 1539).

En lo que se refiere a la contratación en general sobre bien ajeno, no se cita la fuente del artículo 1409 del actual Código civil, aún cuando puede encontrarse en los artículos 1173, 1174 y 1177 del Código civil argentino, que se refieren, respectivamente, a los contratos sobre cosas futuras, sobre cosas litigiosas, dadas en prenda, en anticresis, hipotecadas o embargadas, y sobre cosas ajenas.

Consideraciones generales.-

Como bien dice CASTILLO[37], así como la contratación sobre bien ajeno no presenta mayor problema tratándose de contratos con prestaciones de dar, en cambio surgen dificultades en los casos de las prestaciones de hacer y de no hacer, ya que el objeto de estas prestaciones (la acción y la abstención) no tiene la calidad jurídica de bien (las prestaciones de hacer versan generalmente sobre servicios, que no son considerados como bienes).

Tomando en consideración que se entiende por ajeno [38] lo que pertenece a otro y obliga en principio a respetarlo, puede decirse que bien ajeno es el bien, tanto presente como futuro, que no forma parte del patrimonio de una persona.

En estas condiciones, como todo contrato, por tener efectos exclusivamente obligacionales, determina que quien se obliga es, al menos, uno de los contratantes, y no siendo jurídicamente posible que alguien obligue a otro si no está legitimado para ello, el obligado en un contrato sobre bien ajeno debe obligarse como si el bien fuera propio. En otras palabras, el obligado asume fren-

te al acreedor la obligación de dar un bien propio, aun cuando al momento de celebrarse el contrato no lo sea.

Ello requiere que la contratación sobre bien ajeno esté necesariamente sujeta a un plazo suspensivo inicial, que permita al obligado adquirir en tal plazo la propiedad del bien, a fin de que éste deje de ser ajeno, y pueda cumplir su obligación dando un bien propio.

Debo advertir que esta posición no es pacífica, pues la doctrina argentina, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 1177 de su Código civil, que permite que las cosas ajenas sean objeto de los contratos, admite que dicho artículo reglamenta la situación de quien contrata sobre cosas ajenas tenidas como tales, o sea denunciando el carácter ajeno de la cosa y la falta de legitimación del contratante para disponer de ella[39]. LAVALLE dice que los contratos sobre cosas ajenas pueden hacerse en dos formas diferentes:

a).- Tomando el contratante la obligación de conseguir como resultado la transferencia del dominio de la cosa o su entrega –según los casos– al otro contratante.

La consecuencia, en caso de no obtener el resultado, aun sin su culpa, será la obligación de reparar el perjuicio causado al comprador.

b).- El contratante que promete entregar cosas ajenas puede no haberse obligado sino a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.

En tal caso, solamente responde si por su dolo o culpa no pudiere entregarse, o no se entregare la cosa.

En cambio, la doctrina española, refiriéndose al contrato de compraventa, ha adoptado la posición que, en mi opinión, es correcta. Sobre el particular, dice BADENES GASSET[40] que, al momento de celebrar el contrato, el vendedor sólo se compromete a entregar una cosa, siendo, por tanto, indiferente que ésta sea

suya o de otro. Por consiguiente, agrega, "la obligación del vendedor tiene por objeto directo o inmediato la prestación, o sea, su actividad propia de suministrar al comprador la cosa especificada en la compraventa; pero esta cosa no es propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél... Aquí sucederá una de dos cosas: o conseguiremos procurarnos la cosa o no lo conseguiremos. En el primer caso, nada más fácil que ejecutar nuestra obligación; en el segundo, habrá necesariamente inejecución por nuestra parte". Quizá con mayor claridad aún, PEREZ GONZALEZ y ALGUIR[41] aclaran que "hay que entender que la obligación asumida por éste (el vendedor), de entregar cosa que en el momento de la celebración del contrato no le pertenece, presupone la *obligación de adquirirla previamente* para que le sea posible entregarla en su día al comprador".

Entiendo, pese a que el artículo 1409 de nuestro Código civil permite que la prestación materia de la obligación creada por el contrato verse sobre bienes ajenos, que el sentido que debe darse a esta disposición es que es lícita la contratación sobre bienes que no pertenecen al obligado a darlos en el momento de la celebración del contrato, siempre y cuando se asuma, como propia, la obligación de hacerlo.

En efecto, si bien el inciso (2) del artículo 53 de la quinta Ponencia sustitutoria indicaba que la obligación creada por el contrato podía versar sobre bienes ajenos *si es que el acreedor conoce o puede conocer esta situación* (con lo cual se estaba admitiendo implícitamente que el deudor podía cumplir su obligación bien sea adquiriendo el bien ajeno o bien obteniendo que el propietario asumiera directamente la obligación frente al acreedor, siguiéndose de esta manera la posición de la doctrina argentina), tal requisito dejó de considerarse en el inciso 2. del artículo 1374 del segundo Proyecto, volviendo así a cobrar sentido que el deudor asume como propia la obligación relativa al bien ajeno.

Creo que este tema podrá ser más claramente tratado cuando analice el caso especial del contrato de compraventa sobre bien ajeno, que haré luego.

Tipos de contratación sobre bienes ajenos.-

Considera CASTILLO[42] que, además del contrato de compraventa, pueden darse otros contratos sobre bienes ajenos, citando los siguientes:

a).- El contrato de *permuta.*

Dada su similitud con el contrato de compraventa, y estando a lo dispuesto por el artículo 1603 del Código civil, serán aplicables a la permuta los comentarios que se hagan al contrato de compraventa.

b).- El contrato de *suministro.*

De conformidad con el artículo 1604 del Código civil, por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones continuadas o periódicas de bienes.

Tal como se expresa en la Exposición de Motivos de este artículo[43], las prestaciones a que el contrato se refiere son de entrega de bienes en propiedad, en uso o en goce.

El suministro de bienes ajenos supone, por consiguiente, que el suministrante adquiera con posterioridad a la celebración del contrato el título sobre los bienes que el permita obligarse a nombre propio, y como titular del derecho, a transferir la propiedad o a ceder el uso y el goce.

c).- El contrato de *donación.*

Tomando en consideración que en virtud de este contrato el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien, le son aplicables *mutatis mutandis* las disposiciones sobre el contrato de compraventa.

d).- El contrato de *mutuo.*

En virtud de este contrato el mutuante se obliga a entre-

gar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o bienes consumibles, estableciendo el artículo 1654 del Código civil que con la entrega del bien mutuado se desplaza la propiedad al mutuatario.

Consecuentemente, se trata de un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad del bien mutuado al mutuatario, razón por la cual también le son aplicables *mutatis mutandis* las reglas sobre la compraventa.

e).- El contrato de *arrendamiento.*

Según el artículo 1666 del Código civil, por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

Tratándose de una cesión de uso, en la cual el arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado, en el plazo, lugar y estado convenidos (artículo 1678), es posible que el arrendador se obligue a ceder el uso de un bien ajeno, pero para ello será necesario que previamente a la ejecución de la relación jurídica obligatoria, el arrendatario adquiera la disponibilidad de la cesión a fin de que pueda ejecutar –debidamente legitimado– la prestación de dar (entregar).

Recuérdese que la obligación de ceder el uso la asume el arrendador a título propio, esto es como si tuviera la potestad de hacerlo.

f).- El contrato de *comodato.*

En virtud de este contrato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo y luego lo devuelva.

Obsérvese que el comodante no sólo se obliga a entregar el bien al comodatario sino también cederle su uso, de tal manera que tratándose de bienes ajenos el comodante debe

actuar frente al comodatario como titular no sólo del derecho de entregar legítimamente el bien sino también del derecho de ceder su uso.

Estos títulos debe adquirirlos el comodante con anterioridad al momento en que debe efectuarse la entrega del bien.

g).- El contrato de *depósito.*

De conformidad con el artículo 1814 del Código civil, por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante.

Me parece que en este contrato, que es naturalmente gratuito, el único usualmente obligado es el depositario, quien no asume la obligación de entregar un bien ajeno como si fuera propio, sino de prestar un servicio, que es el de custodiar el bien ajeno y devolverlo, por lo cual queda fuera del ámbito de los contratos sobre bienes ajenos, que recae sobre bienes y no sobre servicios.

h).- El contrato de renta *vitalicia.*

El artículo 1923 del Código civil dispone que por la renta vitalicia se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los periodos estipulados.

Dado que el obligado a entregar los bienes que constituyen la renta debe tener la disponibilidad de los mismos, cabe que esta obligación la adquiera respecto de bienes que son ajenos en el momento de celebrar el contrato, por lo cual éste puede quedar comprendido en la problemática de los contratos sobre bienes ajenos.

Compraventa de bien ajeno.-

Como se ha visto en el sub-rubro "Breve reseña histórica" del

presente comentario, toda la problemática de la contratación sobre bienes ajenos surgió con motivo del contrato de compraventa, tan es así que gran número de Códigos civiles extranjeros –y también en el caso de nuestro Código de 1936– tratan el tema exclusivamente al regular el contrato de compraventa.

Pese a que el Código civil de 1984 dedica su artículo 1409 a la contratación de, entre otros bienes, los ajenos, lo hace de manera muy sucinta, limitándose a establecer que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes ajenos.

En cambio, al legislar sobre el contrato de compraventa desarrolla el tema de la venta del bien ajeno en cinco artículos, signados con los números 1537, 1538, 1539, 1540 y 1541, que conviene analizar, aunque no sea con la profundidad que sería de desear –debido a la especialidad de dicho tema–, para tener una cabal visión de los problemas que crea esta contratación. Con tal fin, se van a estudiar, uno a uno, dichos cinco artículos.

— — — — — —

> **Artículo 1537.-** El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472.

Este artículo tiene una finalidad eminentemente didáctica. Se ha visto que la doctrina argentina (supra, Tomo III, pág. 434) considera que la contratación sobre cosa ajena puede hacerse en dos formas diferentes: tomando el contratante la obligación de conseguir como resultado la transferencia del dominio de la cosa al otro contratante; y prometiendo el contratante emplear los medios necesarios para que la prestación se realice.

Dada la gran difusión que tienen los autores argentinos en nustro medio, se formó el concepto que también según el régimen del artículo 1394 del Código civil de 1936 la venta de cosa ajena

podía realizarse, bien sea adquiriendo el vendedor la cosa y transfiriéndola él al comprador, o bien obteniendo que el dueño la transfiriera directamente al comprador (Conf., LEON BARANDIARAN[44])

A fin de precisar que la venta de bien ajeno supone necesariamente que el vendedor se obligue a nombre propio a transferir la propiedad del bien y que, para cumplir tal obligación, deba adquirirlo y transferirlo al comprador, no siendo, por lo tanto, venta de bien ajeno aquélla en la que el vendedor manifiesta no ser dueño del bien y, no obstante, se obliga a que pase a ser de propiedad del comprador, el artículo 1537 establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno se rige con las reglas de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, o sea que no es una venta de bien ajeno(*).

Se ha objetado que este artículo es innecesario pues bastaba con los artículos relativos a la promesa de la obligación de un tercero. Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 1537 no contempla exactamente esta figura.

En efecto, el contenido del artículo 1537 puede graficarse de la siguiente manera: "A" se compromete a que "B" adquiera la propiedad de un automóvil que ambos saben que es de "C". Pues bien, "A" no está prometiendo a "B" que "C" le va a transferir el automóvil, con cargo de indemnización (que sería la primera de la obligación o del hecho de un tercero); sino que "B" adquirirá la propiedad del automóvil de "C". Esto lo podrá cumplir "A", ya sea adquiriéndolo él el automóvil de "C" y transfiriéndolo a "B" (no sería venta de bien ajeno por cuanto ambas partes sabían que el auto-

---

(*) La doctrina italiana [45] ha distinguido la promesa del hecho del tercero y la venta de cosa ajena; quien vende la cosa ajena asume una obligación que tiene como objeto un hecho propio, consistente en la adquisición de la propiedad del bien; mientras que en el caso de la promesa del hecho de tercero la promesa tiene directamente por objeto el consentimiento del tercer propietario a la transferencia de la propiedad.

móvil era de "C" y no de "A"), o ya sea obteniendo que "C" lo transfiera directamente a "B".

Lo importante del artículo 1537 del Código civil es que ambas partes conocen que el bien no es de propiedad de "A", no obstante lo cual éste se compromete a que "B" lo adquiera. Como "B" sabe que para ello se requiere que "A" obtenga el asentimiento de "C", bien sea para transferir el automóvil a "A' o bien para transferirlo directamente a "B", dándose un supuesto similar al de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero, es que se hace la referencia a los artículos 1470, 1471 y 1472.

Debo admitir, sin embargo, que la falta de claridad de la Exposición de Motivos del artículo 1537, imputable exclusivamente a mí, puede haber dado pie a la objeción que comento.

— — — — — —

Artículo 1538.- En el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en virtud de ese mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato, se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato.

En virtud del contrato sobre el que versa el artículo 1537, el promitente no queda obligado a transferir la propiedad del bien al promisario, sino únicamente comprometido a hacer lo posible para que el promisario adquiera dicha propiedad. Puede ocurrir, sin embargo, que en el ínterin el promitente adquiera la propiedad del bien, con lo cual está en aptitud plena para obligarse a transferir dicha propiedad al promisario.

Normalmente esto requeriría de un segundo contrato, o sea que las partes se pongan nuevamente de acuerdo para que el promitente quedara obligado a transferir la propiedad del bien al promisario.

La finalidad del artículo 1538 es suprimir la necesidad de este nuevo acuerdo de voluntades, de tal manera que el primer acuerdo de voluntades para celebrar el contrato a que se refiere el artículo 1537 lleva ínsito, por mandato de la ley, el efecto de sustituir automáticamente el compromiso del promitente contenido en él por la obligación del mismo promitente, si es que adquiere propiedad del bien, de transferir al promisario dicha propiedad, sin que valga pacto en contrario.

— — — — — —

Artículo 1539.- La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda.

Este artículo ha merecido un agudo comentario de MOSQUEIRA[46] que ha despertado mi más vivo interés. Por ello, me permito hacer algunas reflexiones sobre el mismo, aunque no con la hondura que quisiera, dado el carácter general de este trabajo.

Como se ha visto, mediante el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

El bien puede ser propio o ajeno del vendedor, ello no afecta la esencia del contrato. Lo que sí es substancial es que en la compraventa es el vendedor, y sólo él, quien queda obligado a transferir la propiedad del bien, de tal manera que esa obligación sólo puede ser cumplida por el vendedor, no por un tercero –salvo el caso de la legitimación–.

El vendedor puede revelar u ocultar al comprador que el bien es ajeno.

Si lo revela, ambas partes conocen que el bien es ajeno, dando lugar a la figura contemplada en el artículo 1537 del Código civil, pues ya se ha visto que este artículo comprende la hipótesis de que el promitente adquiera el bien para transferirlo al promisario, lo que ocurrirá automáticamente por efecto del artículo 1538. Este es el régimen del Código civil peruano y hay que respetarlo.

Si lo oculta, se produce la verdadera venta de bien ajeno, pues sólo el vendedor tiene la certeza que el bien no le pertenece, estando el comprador en la incertidumbre de que el bien sea propio o ajeno del vendedor.

Se ha visto que es connatural a la venta de bien ajeno la existencia de un plazo suspensivo inicial, computado a partir de la celebración del contrato, que permita al vendedor adquirir la propiedad del bien para transferirla, a su vez, al comprador.

Si durante el decurso de este plazo el comprador llega a conocer que el bien no pertenece al vendedor, tendrá la certeza, de la que carecía antes, que el vendedor debe adquirir la propiedad del bien de su verdadero dueño para que, vencido el plazo, pueda cumplir su obligación de transferirle dicha propiedad.

La situación del comprador no es igual en uno u otro caso. Si él tiene la incertidumbre respecto a si el bien es propio o ajeno del vendedor, indudablemente preferirá que realmente ocurra lo primero, pues así no existirá inconveniente alguno para que, al vencimiento del plazo, el vendedor le transfiera la propiedad del bien. En cambio, si ocurre lo segundo, corre el riesgo que el vendedor no llegue a adquirir la propiedad del bien y no pueda, por consiguiente, transferírsela.

Cuando el comprador llega a tener la certeza de que el bien no pertenece al vendedor, se ha materializado el riesgo, pues queda en evidencia que el vendedor se encuentra en el albur de adquirir o no la propiedad.

Para paliar el impacto de este riesgo es que el artículo 1539 del Código civil permite al comprador, como alternativa, pedir la

rescisión del contrato, con lo cual el comprador quedará liberado de la obigación de pagar el precio(*).

La razón de que la acción concedida al comprador sea la de rescisión radica en que la incertidumbre sobre el riesgo existía desde el momento de la celebración del contrato y la certeza de que el bien es ajeno no hace sino materializar un riesgo que se encontraba en potencia desde dicho momento. EL bien ya era propio o ajeno cuando se celebró el contrato.

Debe tenerse presente que no ocurre aquí un incumplimiento contractual, desde que el vendedor no se encuentra obligado, durante la vigencia del plazo suspensivo, a cumplir su obligación de transferir la propiedad, por lo cual es improcedente la acción de resolución por incumplimiento.

Se ha sostenido[47] que la acción que debe concederse al comprador es la de anulación por error, debido a que dicho comprador ignoraba, al momento de celebrarse el contrato, que el bien

---

(*) Refiriéndose al ordenamiento civil italiano dice LUZZATTO[48] lo siguiente: "Bien distinta de las hipótesis hasta ahora consideradas es aquélla del vendedor que ha vendido como cosa propia la cosa ajena, mientras que el comprador ignoraba que la cosa era de otro. A esta hipótesis, en la que siempre se da la ignorancia del comprador, se puede equiparar aquella del vendedor que no ha declarado que la cosa es ajena: dada, en efecto, la naturaleza de la venta de cosa individualmente determinada, destinada a transmitir la propiedad al comprador por efecto del solo consentimiento, el vendedor, por el hecho mismo de vender cosa individualmente determinada, ha hecho nacer en el comprador la confianza en una adquisición inmediata de la propiedad, mientras tal adquisición es imposible por la falta de propiedad del vendedor. En estas hipótesis, pues, el comprador no está obligado a estar en espera del cumplimiento por parte del vendedor, esto es, a esperar que el vendedor le procure la cosa en un plazo prudencial, sino que puede actuar inmediatamente para reclamar la disolución de la relación contractual mediante una acción que el nuevo Código llama de resolución".

Si bien esta opinión de LUZZATTO no es de exacta aplicación al régimen peruano, pues en éste no existe la adquisición inmediata de la propiedad, pone de manifiesto que la pérdida de la confianza en una transferencia oportuna de la propiedad por parte del vendedor, concede al comprador el derecho de no esperar el cumplimiento por parte del vendedor, sino que puede actuar inmediatamente para pedir la resolusión del contrato.

era ajeno. Pienso que esto no es así, ya que el comprador sabía desde ese momento que existía la posibilidad de que el bien fuera ajeno, de tal manera que el hecho de que así sea no ha determinado que el comprador incurra en error.

El artículo 1539 no permite la acción rescisoria cuando el comprador hubiese sabido que el bien no pertenecía al vendedor, debiendo entenderse que este conocimiento lo tenía desde el momento de celebración del contrato de compraventa. La razón es evidente, pues si el comprador sabía que el bien era ajeno, no obstante lo cual celebra el contrato, estamos nuevamente en la hipótesis del artículo 1537 del Código civil.

Tampoco permite dicha acción cuando el vendedor adquiera la propiedad del bien, antes de la citación con la demanda, pues en este caso podrá cumplir su obligación de transferir dicha propiedad al comprador, en la oportunidad en que deba hacerlo tomando en consideración la existencia de un plazo suspensivo inicial.

Debo admitir, como en el caso del artículo 1537, que he incurrido en alguna imprecisión al redactar la Exposición de Motivos del artículo 1539 del Código civil, la cual, desde luego, subsano después de pedir disculpas.

— — — — — —

Artículo 1540.- En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Este artículo, como se sabe, tiene su fuente en el artículo 1480 del Código civil italiano, que establece que en el caso de la

---

Debe tenerse presente que en el Derecho italiano la resolución del contrato tiene, en general, efecto retroactivo, de tal manera que la resolución de que habla el artículo 1479 del Código civil italiano tiene el mismo efecto que la rescisión de que trata el artículo 1359 del Código civil peruano.

cosa parcialmente ajena puede el comprador pedir la resolución del contrato si, de acuerdo con las circunstancias, no hubiera adquirido la cosa sin la parte que no pertenece al vendedor, o pedir la reducción del precio.

Comentando este artículo, dice BIANCA[49] que hay que distinguir fundamentalmente según que el vendedor venda la totalidad del derecho del cual sólo es titular en parte, o bien venda sólo el derecho en la parte que le corresponde.

En el primer caso, según BIANCA, aunque el vendedor haya conocido la titularidad parcial del vendedor, éste debe transferirle la integridad del derecho. Pienso que esta solución no se acomoda al régimen peruano, pues en éste, si el comprador hubiese sabido que el bien no pertenecía al vendedor, no puede ejercitar la acción de rescisión. Lógicamente, si el comprador sabía al momento de celebrar el contrato que el bien era parcialmente ajeno, no puede optar entre la rescisión del contrato o la reducción del precio, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1537 del Código civil peruano.

En el segundo caso el mismo autor dice, con razón, que no existe venta de bien ajeno y que, por ello, el vendedor sólo queda obligado por la parte que el corresponde.

Si el comprador hubiere ignorado que el bien era parcialmente ajeno, la solución dada por el artículo 1540 del Código civil peruano es superior a la del artículo 1480 del Código civil italiano, pues elimina la necesidad de una prueba tan difícil como es averiguar la intención del comprador de no haber adquirido la parte del bien que pertenece al vendedor si hubiera sabido que el resto no le pertenece. Queda al absoluto arbitrio del comprador optar entre la rescisión del contrato y la reducción del precio, sin tener que justificar su decisión.

— — — — — —

Artículo 1541.- En los casos de rescisión a que se refieren los artículos 1539 y 1540, el vendedor debe restituir al comprador el precio recibido, y pagar la indemnización de daños y perjuicios.

Debe reembolsar igualmente los gastos, intereses y tributos del contrato efectivamente pagados por el comprador y todas las mejoras introducidas por éste.

Este artículo no requiere de mayor comentario, excepto en lo relativo al pago de mejoras, para lo cual me remito a la Exposición de Motivos del mismo.

LUZZATO[50] trata la hipótesis de la subsanación (que en el caso del artículo 1539 del Código civil peruano se hace mediante la adquisición del bien antes de la citación con la demanda de rescisión), opinando que si bien ella cierra el paso a lo que el Código civil italiano llama acción de resolución (de rescisión en nuestro caso), no excluye la responsabilidad por los daños que en el intervalo haya sufrido el comprador. Pienso que tiene razón.

— — — — — —

El delito de estelionato.-

En el Derecho argentino, el que hubiese contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciere tradición de ellas, incurre en delito de estelionato.

Como se sabe, este delito, sancionado por el inciso 7) del artículo 245 del Código penal peruano, consiste, según una de sus modalidades, en vender, gravar o arrendar, como propios, bienes ajenos.

Surge la duda, tomando en consideración que el artículo 1409 del Código civil permite la contratación sobre bienes ajenos, si quien vende o arrienda, como propio, un bien ajeno incurre en delito de estelionato.

Se ha visto que el vendedor (e igual ocure con el arrendador) de bien ajeno no está obligado a manifestarlo, pues precisamente la hipótesis de la venta o arrendamiento de bien ajeno descansa en la ignorancia del comprador o arrendatario sobre tal situación.

CASTILLO[51] considera que quien vende o arrienda el bien ajeno, como si fuera propio, comete delito de estelionato si es que busca obtener o procurar para sí, o para un tercero, un provecho ilícito con perjuicio de otro.

Comparto esta posición en la medida que la búsqueda del provecho ilícito esté indisolublemente unida a la venta o arrendamiento del bien como propio. Si esto no ocurre, o sea si el vendedor vende el bien sin precisar que no es propio pero tiene la intención de transferir su propiedad al comprador en cuanto la adquiera, pienso que no existe delito desde que el artículo 1409 del Código civil permite la venta de bien ajeno.

Debe tenerse presente que el Código penal entró en vigencia en 1924, cuando a su vez estaba vigente el Código civil de 1852, cuyo artículo 1326 establecía que no hay venta de lo ajeno. Era lógico que entonces de sancionara penalmente lo que estaba prohibido civilmente.

Habiendo el Código civil de 1984 pemitido la venta del bien ajeno, la situación ha variado pues dicha venta ha dejado de ser ilícita.

Sobre el particular, el inciso 4) del artículo 85 del Código penal establece que está exento de pena el que practica un acto permitido por la ley. Comentando este artículo, HURTADO POZO[52] dice que "cuando la ley declara un acto permitido, ella reconoce a los individuos el derecho de actuar de esta manera. Es evidente que si este acto constituye un comportamiento calificado por la ley, el autor no puede ser penado, puesto que él actúa ejerciendo un derecho. Este principio responde a una exigencia lógica. Sería absurdo reconocer, de un lado a una persona la libertad de actuar en nombre de un interés determinado y, de otra parte, de calificar tal actividad de ilícita".

En consecuencia, la sola venta, sin precisar que no es propio, de un bien ajeno, no constituye ya delito de estelionato. Sin embargo, si en tal venta se declara como propio el bien ajeno a fin de que mediante este engaño se procure el vendedor o procure a otro un provecho ilícito con perjuicio del comprador, en tal caso la venta constituiría un delito de estafa, de conformidad con el artículo 244 del Código penal. Igual cabe decir del arrendamiento.

5).- BIENES GRAVADOS O SUJETOS A LITIGIO.-

El numeral 2. del artículo 1409 del Código civil permite que la prestación materia de la obligación creada por el contrato verse sobre bienes afectos en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.

Aunque el tema ha sido materia de discusión en la doctrina, un grupo importante de autores (principalmente argentinos) consideran que los bienes litigiosos o sujetos a gravámenes o embargos se encuentran en el comercio de los hombres[53] y pueden ser materia de contratos.

En realidad, como dice LAVALLE[54], el artículo 1174 del Código argentino, que habla de cosas litigiosas, no está propiamente redactado, pues "las cosas como tales no pueden tener ese carácter; litigioso puede ser el derecho que reposa sobre una cosa, quedando ella en consecuencia, sometida al litigio que versa sobre ese derecho", por lo cual la fórmula del Código civil peruano, que se refiere a bienes sujetos a litigio, es más feliz.

Desde luego, es requisito indispensable para la contratación sobre bienes gravados o sujetos a litigio que se informe a la contraparte sobre esta situación, pues de otra manera pueden asumirse graves responsabilidades e, inclusive, llegar a incurrirse en el delito de estelionato.

En efecto, de conformidad con el mismo inciso 7) del artículo 245 del Código penal, se considera caso especial de defraudación y sufrirá la pena correspondiente el que vendiere o gravare como

bienes libres los que fueren litigiosos o estuviesen embargados o gravados. Pienso que para que el delito se configure se requiere, como en el caso de venta como propio de bien ajeno, que el engaño del vendedor se haga con la intención de procurarle o procurar a otro un provecho ilícito con perjuicio del comprador.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1409:

(1) ROGEL VIDE, Carlos, "La compraventa de cosa futura", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 42.

(2) CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho civil español, común y foral". Instituto Editorial Reus, Madrid, 1954, Tomo I, pág. 576.

(3) BIANCA, C. Massino, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 320.

(4) GHESTIN, Jacques, "Le contrat: Formation", L.G.D.J., París, 1988, pág 618.

(5) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial". Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1979, Tomo I, pág. 138.

(6) REZZONICO, Luis María, "Estudio de los contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, Tomo I, pág. 114.

(7) ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 200. (1)

(8) BADENES GASSET, Ramón, "El contrato de compraventa", Librería Bosch, Barcelona, 1979, Tomo I, pág. 143.

(9) IBIDEM, Tomo I, pág. 145.

(10) CAPOZZI, Guido, "Dei singoli contratti", Giuffrè Editore S.p.A., Milano, 1988, Tomo I, pág. 101.

(11) BIANCA, C. Massino, "La vendita e la permuta", U.T.E.T., Torino, 1972, pág. 338.

(12) DEGNI, Francisco, "La compraventa", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pág. 116.

(13) ALONSO PEREZ, Mariano, "El riesgo en el contrato de compraventa". Editorial Montecorvo, Madrid, 1972, pág 356.

(14) WAYAR, Ernesto C., "Compraventa y permuta", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 237.

(15) Cita de ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 91. (1)

(16) BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, pág. 145. (8)

(17) REZZONICO, Luis María, op. cit., Tomo I, pág. 108. (6)

(18) ALBALADEJO, Manuel, "El negocio jurídico", Librería Bosch, Barcelona, 1958, pág. 252.

(19) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, "Derecho Civil: El negocio jurídico", Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1981, pág. 34.

(20) VIDAL RAMIREZ, Fernando, "El acto jurídico en el Código civil peruano", Cultural Cuzco S.A., Editores, Lima, 1989, pág. 247.

(21) LOHMANN LUCA de TENA, Juan Guillermo, "El negocio jurídico", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 233.

(22) ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 109. (1)

(23) Cita de BADENES GASSET, Ramón, op, cit., Tomo I, pág 147. (8)

(24) ALONSO PEREZ, Mariano, op. cit., pág. 354. (13)

(25) BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, pág. 146. (8)

(26) 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 V, pág. 799.

(27) MESSINEO, Francesco, "Manuel de Derecho civil y comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo V, pág. 64.

(28) ALONSO PEREZ, Mariano, op. cit., pág. 356. (13)

(29) RUBINO, Domenico, "La compravendita", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1971, pág. 215.

(30) ROGEL VIDE, Carlos, op. cit., pág. 87. (1)

(31) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil: Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975, Tomo III, pág. 56.

(32) LAVALLE COBO, Jorge E., op. cit., Tomo V, pág. 800. (26)

(33) BORDA, Guillermo A., "Manual de Contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 166.

(34) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, "Exégesis", Librería Studium, Lima, 1986, Tomo I, pág. 167.

(35) LEON BARANDIARAN, José, "Contratos en el Derecho civil peruano", Comisión Administradora del Fondo Editorial de la U.N.M.S.M., Lima, 1965, Tomo I, pág. 10.

(36) GIORGI, Jorge , "Teoría de las obligaciones", Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1958, Tomo III, pág. 316.

(37) CASTILLO FREYRE, Mario, "Los contratos sobre bienes ajenos", Fotoelectrónica, Imprenta, Editorial y Servicios S.A., Lima, 1990, pág. 67.

(38) CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario de Derecho usual", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974, Tomo I, pág. 149.

(39) LAVALLE COBO, Jorge E. op. cit., Tomo V, pág. 808. (26)

(40) BADENES GASSET, Ramón, op. cit., Tomo I, pág. 130. (8)

(41) PEREZ GONZALEZ, Blas y ALGUER, José. Notas a ENNECERUS, Ludwig y LEHMANN Heinrich, "Derecho de obligaciones", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, Tomo II, Volumen II, pág. 33.

(42) CASTILLO FREYRE, Mario, op. cit., pág. 267. (37)

(43) "Código civil: Exposición de Motivos y Comentarios, Compiladora: Delia REVOREDO de DEBAKEY, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, Tomo VI, pág. 256.

(44) LEON BARANDIARAN, José, op. cit., Tomo I, pág. 10. (35)

(45) GALGANO, Francesco, "Diritto Civile e Commerciale", Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1990, Volumen II, Tomo I, pág. 414.

(46) MOSQUEIRA MEDINA, Edgardo, "La venta del bien ajeno en el Código Civil Peruano", en THEMIS, Revista de Derecho, Segunda Epoca/1987/Nº 8, pág. 74.

(47) CASTILLO FREYRE, Mario, op. cit., pág. 178. (37)

(48) LUZZATTO, Ruggero, "La compraventa", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953, pág. 182.

(49) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 701. (11)

(50) LUZZATTO, Ruggero, op. cit., pág. 183. (48)

(51) CASTILLO FREYRE, Mario, op. cit., pág. 368. (37)

(52) HURTADO POZO, José, "Manual de Derecho penal", Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima, 1987, pág. 389.

(53) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil", Ediar Soc. Anóm. Editores, Buenos Aires, 1953, Tomo VIII, Volumen I, pág. 197.

(54) LAVALLE COBO, Jorge E., op. cit., Tomo V, pág. 801. (26)

TITULO IV

FORMA DEL CONTRATO

PRELIMINAR

En realidad, el tema de la forma abarca todo el campo del acto jurídico, y no sólo el del contrato, tan es así que, al respecto, el artículo 1182 del Código civil argentino consagra el principio general de que lo dispuesto en cuanto a las formas de los actos jurídicos debe observarse en los contratos. Si se trata en especial de la foma al estudiar el contrato es por su vinculación con el consensualismo, o sea el principio según el cual el contrato queda concluído, por regla general, por el consentimiento de las partes, tal como lo establece el artículo 1352 del Código civil, siendo la excepción los contratos solemnes, o sea aquéllos que deben obsevar una forma determinada por la ley, bajo pena de nulidad.

Al tratar del principio del consensualismo (supra, Tomo I, pág. 167), he hablado ya algo sobre la forma, entendida como el molde en que la voluntad se vacía y se hace sencible a los demás, adquiriendo así un sentido, mediante su exteriorización. Dije entonces que todo contrato, por ser la declaración conjunta de una voluntad común, debe tener una forma, que es aquélla mediante la cual se hace la declaración conjunta (oral, escrita, por signos, comportamientos, etc.). Como bien expresa SPOTA [1], toda manifestación de voluntad es forma.

De nada valdría que las partes se pusieran de acuerdo para crear entre ellas una relación jurídica patrimonial, si no ponen de manifiesto que han llegado a ese acuerdo, pues la falta de esta manifestación impedirá que se celebre el respectivo contrato. El rol que cumple la forma radica, precisamente, en ser el vehículo mediante el cual el acuerdo de voluntades se exterioriza y es percibido por los demás. Pero para que la forma cumpla este rol se

requiere que sea idónea para hacerlo, esto es que sea entendida como una declaración. Por ello es que BIANCA[21] manifiesta que lo que importa es que el consentimiento sea exteriorizado con un hecho socialmente evaluado como acuerdo, o, en palabras de IHERING[3], la forma no es sino el contenido desde el punto de su visibilidad. El contenido es *lo que* se dice en el contrato; la forma es *como* se lo dice [4].

Por ello, la forma, por sí sola, carece de significado si no tiene contenido declarativo de voluntad. Por ejemplo, si yo otorgo una escritura pública mediante la cual no declaro voluntad alguna, esa escritura no juega el rol de forma y es simplemente un documento que no tiene otro valor que el de dar fe de lo que en él está escrito (supóngase que una persona otorga una escritura pública diciendo algo intrascendente sólo para que exista constancia que en una fecha determinada se encontraba en el lugar en que otorgó la escritura pública). La forma es tal en la medida que su contenido sea un hecho jurídico voluntario.

Para aclarar más el concepto de forma, conviene distinguirla de la *formalidad*. Se entiende por tal la forma que es exigida por la ley para que la declaración de voluntad tenga determinado sentido y produzca un cierto efecto[5]. Así, cuando el artículo 1650 del Código civil dice que el mutuo entre cónyuges constará por escritura pública, ésta constituye la formalidad de ese contrato cuando se celebra entre cónyuges.

Conviene ahora profundizar sobre el tema de la forma, pero referido a la función que ella cumple en los contratos.

Contratos formales y no formales.-

Después de lo que se acaba de decir, parecería un despropósito hablar de contratos no formales, desde que todo contrato, para serlo, debe revestir una forma.

Sin embargo, tal como se ha visto anteriormente (supra, Tomo I, pág. 168), para facilitar la comprensión del rol que juega la forma en los contratos se admite en sentido técnico jurídico estricto

que sólo son formales los contratos para los cuales la ley o la voluntad de las partes exige una forma determinada, para diferenciarlos de aquellos otros -la gran mayoría, en realidad- que tienen forma libre, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 143 del Código civil, según el cual cuando la ley (debió agregarse o la voluntad de las partes, a tenor de lo previsto en el artículo 1411 del mismo Código) no designe una forma específica para un acto jurídico, los intereses pueden usar la que juzguen conveniente.

Este artículo consagra en nuestro régimen jurídico el principio de la libertad de forma, entendida en el sentido que los interesados son soberanos para escoger la forma que prefieran, de tal manera que, si la ley no designa una forma determinada, no podrá impugnarse un acto jurídico por razón de su forma.

Por ello, se dice que los contratos no sujetos legalmente a una forma determinada son de forma libre y, para exagerar el contraste, se les llama contratos no formales.

Dentro de esta tónica, son contratos formales aquéllos que tienen una forma impuesta por la ley o por la voluntad de los contratantes, con el carácter de "esencial"[6]. Estos contratos, como se ha visto (supra, Tomo I, pág. 168), se subdividen en contratos formales *ad probationem* (la forma se exige para la prueba del contrato) y contratos formales *ad solemnitatem* (la forma se exige para la validez del contrato).

GETE-ALONSO[7] y BIANCA[8] sostienen, sin embargo, que sólo son contratos formales aquéllos que requieren la forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, es decir los que deben tener determinada forma bajo pena de nulidad. No llego a compartir esta posición pues pienso que, aún en el caso de la forma *ad probationem*, ella es impuesta por la ley o el acuerdo de voluntades, de tal manera que si no se observa la forma no hay manera de acreditar la existencia del contrato (supra, Tomo I, pág. 168). El hecho de que el contrato exista aun cuando no revista la forma *ad probationem*, no resta que, si bien con menores efectos que la forma *ad solemnitatem*, el contrato deba revestir aquella forma para que despliegue con toda amplitud su eficacia (inclusive la probatoria).

Como acertadamente dice PUIG BRUTAU[9], la forma (entiendo que se refiere a la forma impuesta, desde que todo contrato, para serlo, requiere de una forma) no es el contrato mismo sino, incluso cuando la validez de éste dependa de aquélla, sólo consiste en un medio para alcanzar determinados fines.

Contratos 'ad probationem' y 'ad solemnitatem'.-

Bastante se ha adelantado sobre este tema al tratar del principio del consensualismo (supra, Tomo I, pág. 125). Sólo cabe agregar que la norma que impone una forma determinada es excepcional y de estricta interpretación[10], aún en el caso de la forma *ad probationem*, desde que la regla general es la libertad de forma.

La diferencia fundamental entre estas dos clases de forma es que, si bien ambas son impuestas, la ausencia de la forma *ad probationem* determina la ineficacia del contrato, puesto que no hay otra manera de acreditar su existencia (que es efectiva) cuando ella es negada, mientras que la de la forma *ad solemnitatem* da lugar a la inexistencia del contrato. Por ello, en el plano práctico, como dice MIRABELLI[11], puede decirse que la inobservancia de la forma conduce a consecuancias análogas en ambos casos, en cuanto el acto que no revista la forma *ad probationem*, no puede hacerse valer, no produce en realidad efecto alguno, al igual que el acto inexistente por deficiencia de la forma requerida *ad solemnitatem*.

Debe tenerse presente, sin embargo, que en el caso de la forma *ad probationem*, las partes pueden reconocer la existencia del contrato, con lo cual éste produce todos sus efectos, pese a la falta de dicha forma. Ello no ocurre en el caso de forma *ad solemnitatem*, que debido a ser requisito necesario para la existencia del contrato, su falta no puede ser suplida de manera alguna.

Para obviar la dificultad de saber cuando una forma impuesta tiene el carácter de *ad probationem* o de *ad solemntatem*, el régimen legal peruano, recogiendo las enseñanzas de la doctrina [12], reconoce que no hay forma solemne si la ley no sanciona su

inobservancia con la nulidad. Al respecto, el inciso 6) del artículo 219 del Código civil establece que el acto jurídico es nulo cuando no reviste la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad.

Debe tenerse presente, al respecto, que la forma impuesta tiene, por regla general, carácter *ad probationem*, y que sólo excepcionalmente se le concede carácter *ad solemnitatem*. En tal sentido, el artículo 144 del Código civil dispone 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.

Se entiende, cuando se trata tanto de la forma *ad probationem* como de la *ad solemnitatem* impuestas por la ley, que tienen, por lo, mismo, carácter inderogable, no así cuando ellas son convenidas por las partes.

Inconvenientes y ventajas de la forma.-

Se considera que el principal inconveniente de la imposición de formas es trabar la circulación jurídica, pues priva a la contratación de una agilidad que muchas veces es determinante[13]. También son inconvenientes la onerosidad y el peligro de nulidades en razón de la omisión de la forma.

En cambio, la doctrina reconoce a la formalidad muchas ventajas, entre las cuales se han destacado las siguientes:

a).- Favorece la reflexión e impide que las partes se obliguen impremeditadamente[14].

b).- Aumenta la claridad y precisión de la declaración contractual[15].

c).- Tiende a cuidar la seguridad jurídica , en un mundo en el que las relaciones jurídicas se han hecho tan múltibles y complejas que se siente necesidad de ponerles orden[16].

d).- Da certeza del acto al dotar a la declaración de un medio duradero de conocimiento[17].

e).- El contrato puede ser objeto de prueba con toda facilidad[18].

f).- Tiene un efecto psicológico que consiste en la sensación que experimentan los contratantes de quedar especialmente obligados[19].

g).- Facilita el control oficial, especialmente en materia tributaria [20].

Tratamiento legislativo.-

La Ponencia original trataba el tema de la forma del contrato mediante cinco artículos que versaban, respectivamnete, sobre la libertad de forma, sobre las limitaciones a esta libertad, sobre la forma convencional, sobre la formalidad de la promesa de contrato y sobre la forma de las modificaciones del contrato original.

Este tratamiento se mantuvo en la primera Ponencia sustitutoria. En la segunda se añadió un artículo relativo la generalidad de la forma *ad probationem*, conservándose este régimen en las tres Ponencias sustitutorias restantes y en el Anteproyecto.

Sin embargo, paralelamente se estaba trabajando el tema de la forma del acto jurídico a través de sucesivos proyectos, en los cuales se adoptaban soluciones similares, lo que determinó que la Comisión Revisora decidiera tratar los dos temas conjuntamente para establecer cuáles disposiciones debían figurar en las reglas sobre el acto jurídico y cuáles en las reglas sobre el contrato.

Como resultado de esta decisión, se trasladaron a la Sección Segunda del Libro II, referente al Acto Jurídico, los artículos que tenían carácter general, conservándose en el Título IV de la Sección Primera (Contratos en general) del Libro VII, referente a las Fuentes de las Obligaciones, los artículos que versan sobre la forma convencional, sobre cumplimiento de requisitos formales y sobre la forma de las modificaciones del contrato original, que serán materia de los comentarios que siguen.

BIBLIOGRAFIA FORMA DEL CONTRATO:

(1) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de Derecho civil Contratos", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1965, Tomo III, pág. 102.

(2) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 279.

(3) Cita de GASPERI, Luis de, "Tratado de Derecho civil", Tipográfica Editora Argntina, Buenos Aires, 1964, Tomo I, pág. 703.

(4) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los contratos", Victor V. de ZAVALIA, Buenos Aires, 1971, pág. 181.

(5) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Contratos", Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1981, pág. 221.

(6) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, op. cit., pág. 182. (4)

(7) GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen, "Estructura y función del tipo contractual", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1979, pág. 601.

(8) BIANCA, C. Massino, op. cit., pág. 281. (2)

(9) PUIG BRUTAU, José, "Fundamentos de Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954, Tomo II, Volumen I, pág. 174.

(10) MIRABELLI, Giuseppe, Delle obligazioni-Dei contratti in generale", U.T.E.T.., Torino, 1980, pág. 191.

11) IBIDEM, pág. 192.

12) CARBONNIER, Jean, "Derecho civil", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1971, Tomo II, Volumen II, pág. 320

13) TUHR, Andreas von, "Derecho civil", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, Tomo II^2, pág. 178.

14) PUIG BRUTAU, José, op. cit. , Tomo II, Volumen II, pág. 175 (9); TUHR, Andreas von, op. cit., Tomo II^2, pág. 176 (13).

15) TUHR, Andreas von, op. cit.,Tomo II^2, pág. 178. (13)

16) BORDA, Guillermo A., "Manual de contratos", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1973, pág. 96.

17) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 284. (2)

18) PUIG BRUTAU, José, op. cit., Tomo II, Volumen II, pág. 176. (9)

19) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1976, Tomo I, pág. 172.

(20) BORDA, Guillermo A., op. cit., pág. 96. (16)

Artículo 1411.- *Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.*

SUMARIO

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- La presunción.
3.- Necesidad de pacto anticipado por escrito.
4.- Requisito indispensable para la validez del contrato.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 86 de la Ponencia original tenía el siguiente texto:

> **Artículo 8.-** Si las partes hubieran convenido por escrito adoptar determinada forma para la futura celebración de un contrato, se presuma que dicha forma ha sido querida para la validez del acto.

En la Exposición de Motivos de este artículo se dice que existe una presunción "juris tantum", según la cual cuando las partes han convenido previamente seguir cierta forma para un contrato aún no celebrado, se estima que dicha forma ha sido deseada para la validez del acto, salvo que se demuestre lo contrario.

Dicho texto se conservó en el artículo 93 de la primera Ponencia sustitutoria, en el artículo 91 de la segunda Ponencia sustitutoria, en el artículo 57 de la tercera, cuarta y quinta Ponencias sustitutorias y del Anteproyecto y en el artículo 1431 del primer Proyecto.

El artículo 1376 del segundo Proyecto, si bien con el mismo sentido, modificó la redacción, que quedó así:

> **Artículo 1376.-**Se presume que la forma que las partes convenienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.

Esta redacción es la misma que la del artículo 1411 del Código civil.

2).- LA PRESUNCION.-

La presunción crea un enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida. Ello determina que las presunciones se clasifiquen en *legales*, en las que la ley es la que efectúa el enlace, y *judiciales*, en las que tal enlace es obra del juez.

Tradicionalmente, por influencia de los glosadores, las presunciones legales se han dividido, a su vez, en presunciones *iuris et de iure* y presunciones *iuris tantum*, según admitan o no prueba en contrario. Esta distinción ha sido recogida por el artículo 1.352 del Código NAPOLEON y el artículo 1.251 del Código civil español.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina moderna niega validez a las presunciones legales absolutas *(iuris et de jure)*, por considerarlas irritantes[1], ya que estas presunciones nada tienen que hacer con el concepto de presunción. Se trata, como dice GUASP[2], de auténticas normas jurídicas que por un erróneo enfoque reciben esa incorrecta formulación.

Aún admitiendo la hipotética existencia de las presunciones *iuris et de iuris*, constituyen una excepción a la regla general, pues si la ley no declara expresamente que no se admite la prueba en contrario, la presunción tiene el carácter de *iuris tantum*.

Consecuentemente, debe entenderse que la presunción de que trata el artículo 1411 del Código civil es una presunción *iuris tantum*.

De acuerdo con JOSSERAND[3], la presunción legal consiste en una consecuencia que saca la ley de un hecho conocido para llegar a uno desconocido, de tal, manera que la presunción legal *iuris tantum* releva al favorecido con ella de acreditar que el hecho desconocido no es el que la ley señala sino otro distinto. Corresponde, pues, a quien niega la consecuencia que saca la ley probar que ello es improcedente.

En el caso del artículo 1411 del Código civil, si resulta evidente o se prueba que las partes han pactado una forma determinada con efecto exclusivamente probatorio, la presunción queda destruída en el sentido que tal forma no es requisito indispensable para la validez del acto.

3).- NECESIDAD DE PACTO ANTICIPADO POR ESCRITO.-

Siguiendo la tónica impuesta por el artículo 1352 del Código civil italiano, el artículo 1411 del Código nacional establece que el convenio sobre la forma adoptada debe ser anticipado a la celebración del contrato que debe sujetarse a tal forma y constar por escrito.

En cuanto a la necesidad del convenio anticipado, no cabe duda que ello es necesario ya que tal convenio tiene, como dice-BIANCA[4], carácter normativo o sea que es en previsión de la celebración de un futuro contrato. El convenio no obliga a celebrar este contrato, pero si ello ocurre, o sea si se celebra el contrato previsto, éste debe observar la forma convenida por las partes.

Respecto al requisito de que el convenio sea por escrito, la doctrina italiana está dividida. Mientras algunos como MESSINEO[5], opinan que si el pacto convencional no es redactado por escrito es nulo, otros, como SACCO[6], sostienen que tal opinión no parece estar de acuerdo con el espíritu de la ley, que habla de la cláusula escrita como de una simple hipótesis en el cuadro más amplio de la cláusula referente a la forma.

Pienso al respecto que si el artículo 1411 requiere que el

convenio sea por escrito no puede dársele otro sentido que el que así sea, de tal manera que si no se cumple este requisito no existirá presunción alguna.

4).- REQUISITO INDISPENSABLE PARA LA VALIDEZ DEL CONTRATO.-

Se ha visto ya que la forma de un contrato puede ser *ad solemnitatem* o *ad probationem*. En el primer caso la forma es requerida para la validez del contrato; en el segundo constituye el medio de probar la existencia del contrato.

El artículo 1411 se refiere a la forma como requisito indispensable para la validez del contrato, por lo cual debe entenderse, en principio, que se presume la forma *ad solemnitatem*.

Así lo entiende parte de la doctrina italiana[7] al tratar sobre el artículo 1352 del Código civil de dicho país. Sin embargo, BIANCA[8] pone en duda esta afirmación al indicar que la referencia de la fórmula legislativa a la "invalidez" del contrato excluye la presunción en el sentido de la finalidad meramente probatoria de la forma voluntaria, pero no excluye que la falta de la forma voluntaria deba explicarse en términos de ineficacia, desde que la distinción terminológica entre invalidez e ineficacia no es, en efecto, rigurosa en el lenguaje legislativo.

Me parece que, en términos del artículo 1411 del Código civil peruano, la duda de BIANCA no es admisible, por cuanto al establecer que la forma voluntaria es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad, está haciendo referencia inequívoca al inciso 6) del artículo 219 del mismo Código que establece que es nulo el acto jurídico cuando no reviste la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Es evidente que si el artículo 1411 impone la forma voluntaria para la validez del contrato, bajo sanción de nulidad, la inobservancia de esta forma da lugar a la nulidad del contrato, no a su mera ineficacia.

Desde luego, si resulta del convenio que las partes han pactado la forma *ad probationem*, no funciona la presunción y la inobservancia de la forma no determina la nulidad del contrato, sino simplemente la dificultad o imposibilidad de probar su existencia.

Debe tenerse presente que la forma voluntaria debe ser más exigente que la forma legal, desde que la prescripciones legales sobre la forma del contrato son inderogables, por tener carácter imperativo[9]. Por ejemplo, si se trata de un contrato de donación de bienes muebles a los que se refiere el artículo 1624 del Código civil, que exige que la donación se hará por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad, las partes podrán pactar que la forma voluntaria sea la escritura pública, pero no que dicha forma sea la verbal.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1411:

(1) SERRA DOMINGUEZ, Manuel, en "Comentarios al Código civil y compilaciones forales" dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, Tomo XVI, Volumen II, pág. 613.

(2) Cita de loc. cit.

(3) JOSSERAND, Louis, "Derecho civil", Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires, 1950, Tomo II, Volumen I, pág. 162.

(4) BIANCA, C. Massimo, "Il contratto", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 304.

(5) MESSINEO, Francesco, "Il contratto in genere", Dott. A. Giuffrè, Editore, Milano, 1973, Tomo I, pág. 153.

(6) SACCO, Rodolfo, "Il contrato", U.T.E.T., Torino, 1975, pág. 432.

(7) MESSINEO, Francesco, op. cit., pág. 154 (5); SACCO, Rodolfo, op. cit., pág. 434 (6).

(8) BIANCA, C. Massimo, op. cit., pág. 307. (4)

(9) IBIDEM, pág. 286.

Artículo 1412.- *Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Facultad para compelerse recíprocamente a llenar la formalidad.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El primer antecedente de este artículo es el artículo 92 de la segunda Ponencia sustitutoria, que decía así:

> **Artículo 92.-** Si por razones de conveniencia o por mandato de la ley debe otorgarse esritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la formalidad a que se refiere el artículo ,las partes que han celebrado el contrato pueden compelerse recíprocamente.

Esta redacción se mantuvo en el artículo 58 de la tercera y cuarta Ponencias sustitutorias. En la quinta Ponencia sustitutoria se agregó al final del artículo 58 las palabras "a llenar la formalidad requerida", texto que fue conservado en el artículo 58 del Anteproyecto y en el artículo 1432 del primer Proyecto, precisándose en este último que la referencia era al inciso 4) del artículo 1388.

En el artículo 1377 se modificó ligeramente la redacción, quedando con la siguiente:

Artículo 1377.- Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

En el artículo 1412 del Código civil se agregó solamente la palabra "solemne" después de "forma".

2).- FACULTAD PARA COMPELERSE RECIPROCAMENTE A LLENAR LA FORMALIDAD.-

El artículo 1412 del Código civil de 1984 se inspira en el artículo 1340 del Código civil de 1936, que decía así:

Art. 1340.- Si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, las partes que han celebrado el contrato pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La doctrina nacional no se percató inicialmente que existía un problema según se tratara de la forma *ad solemnitatem* o de la forma *ad probationem*, pues consideraba que la situación era idéntica en ambos casos[1]. Posteriormente, por obra de CASTAÑEDA[2] y de AMICO[3], se destacó que el artículo 1340 sólo era aplicable en el caso de la forma *ad probationem*, pues el contrato existía desde su celebración y era posible exigir su formalización, mientras que tratándose de la forma *ad solemnitatem* su inobservancia determinaba la inexistencia del contrato, por lo cual, como dice AMICO, mal podía fundarse una acción en algo inexistente.

Obsérvese que el citado artículo 1340 hablaba de "las partes que han celebrado el contrato", con lo cual estaba poniendo de manifiesto que el contrato tenía plena existencia, pues sólo así podía hacerse referencia a las partes que lo han celebrado, lo cual excluía la posibilidad de su aplicación a contratos inexistentes, como son los que no observan la forma *ad solemnitatem* exigida por la ley.

Estas razones motivaron a ARIAS SCHREIBER a redactar el artículo 92 de su segunda Ponencia sustitutoria, cuyo texto figura en el rubro "Antecedentes de este artículo" del presente comentario. Puede observarse que el problema se encaró frontalmente, esto es se puso claramente de manifiesto que las partes sólo pueden compelerse recíprocamente a cumplir la formalidad exigida por razones de conveniencia o por mandato de la ley, cuando tal formalidad no sea la referida en el artículo (en la oportunidad en que se redactó la segunda Ponencia sustitutoria aún no se habían numerado definitivamente los artículos del Proyecto sobre acto jurídico) que versaba sobre la forma solemne.

Resulta así que si la ley señala que determinado contrato debe sujetarse, bajo pena de nulidad, a una formalidad, las partes no pueden compelerse recíprocamente a cumplir tal formalidad, sencillamente porque la inobservancia de ella da lugar a la inexistencia del contrato.

En otras palabras, si el contrato no existe las partes no están obligadas a celebrarlo, en aplicación del principio sobre libertad de contratación, de tal manera que una de ellas no puede compeler a la otra a llenar la formalidad establecida bajo sanción de nulidad, pues la observancia de la formalidad dará lugar a la celebración del contrato. De no ser así, se estaría estableciendo una manera indirecta de obligar a una persona a celebrar un contrato.

Consecuentemente, la observancia de la forma impuesta por razones de conveniencia o por mandato de la ley sólo puede exigirse cuando tal forma tiene carácter *ad probationem*, lo cual ocurre siempre que la inobservancia de la forma impuesta no sea sancionada con la nulidad del contrato (artículo 14 del Código civil).

Posteriormente se observó que la expresión "razones de conveniencia" es sumamente imprecisa, por lo cual, tomando en consideración la existencia del artículo sobre la forma convencional, que se presume es *ad solemnitatem*, se optó por sustituirla por la palabra "convenio".

Queda así claro que el artículo 1412 del Código civil es aplicable tanto a la formalidad legal como a la convencional.

Al prescribir dicho artículo que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida está, en realidad, estableciendo una obligación cuyo contenido es una prestación de hacer. El incumplimiento de esta obligación determinará que la parte que exige la observancia de la formalidad, o sea el acreedor de la obligación, esté facultado para adoptar cualquiera de las medidas indicadas en el artículo 1150 del Código civil.

Se trata, según dice acertadamente SMITH[4], de una obligación indivisible, porque no puede ser cumplida parcialmente, sólo por entero, agregando que se trata de una indivisibilidad impropia, porque el acreedor no está autorizado para requerir el cumplimiento total a cada uno de los deudores, sino a todos ellos conjuntamente.

Dicha obligación puede ser exigida a través de las disposiciones del Capítulo V de la Ley sobre el Juicio Ejecutivo (Decreto Ley Nº 20236), siempre que el instrumnto con el cual se recaba la demanda tenga mérito ejecutivo. Al respecto es de especial aplicación el artículo 64 de dicha Ley, según el cual si la obligación consistiese en formalizar o suscribir un instrumento, consentida o ejecutoriada la sentencia en caso de que el ejecutado no lo hiciera dentro de un día, el juez practicará el acto en rebeldía del demandado.

Entiendo que si el contrato cuya formalización se exige es de prestaciones recíprocas, el acreedor de la obligación podrá optar por la resolución del contrato por incumplimiento, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1428 del Código civil.

BIBLIOGRAFIA ARTICULO 1412:

(1) CORNEJO, Angel Gustavo, "Exposición Sistemática y Comentarios -De los contratos en general", Lima, 1938, pág. 82.

(2) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio "El Derecho de los Contratos", Departamento de Publicaciones de las Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M., Lima. 1966, pág. 124.

(3) AMICO ANAYA, Mateo, "La Forma de los Actos Jurídicos". Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, P.U.C.P., Lima, 1975, pág. 49.

(4) SMITH, Juan Carlos, "De las formas de los contratos" en "Código civil y leyes complementarias" dirigido por Augusto C. BELLUSCIO, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1984, Tomo V, pág. 858.

Artículo 1413.- *Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.*

S U M A R I O

1.- Antecedentes de este artículo.
2.- Forma de la modificación del contrato.

1).- ANTECEDENTES DE ESTE ARTICULO.-

El artículo 88 de la Ponencia original tenía la siguiente redacción:

> **Artículo 88.-**Las modificaciones del contrato original deberán efectuarse en la forma prescrita o utilizada para ese contrato.

Esta redacción se conservó en el artículo 94 de la primera Ponencia sustitutoria, en el artículo 93 de la segunda Ponencia sustitutoria y en el artículo 59 de la tercera Ponencia sustitutoria.

En el artículo 59 de la cuarta Ponencia sustitutoria se suprimió, a sugerencia de Felipe OSTERLING PARODI, las palabras "o utilizada", conservándose el texto en el artículo 59 de la quinta Ponencia sustitutoria y del Anteproyecto y en el artículo 1433 del primer Proyecto.

En el artículo 1378 del segundo Proyecto se sustituyó la palabra "deberán" por "debe", y con este texto quedó el artículo 1413 del Código civil.

2).- FORMA DE LA MODIFICACION DEL CONTRATO.-

Conviene hacer una precisión previa. El artículo 1413 no se refiere, en realidad, a la modificación del contrato, desde que, como se ha visto, el contrato desaparece una vez que ha creado (regulado, modificado o extinguido) la relación jurídica patrimonial, que es la que regula las obligaciones que constituyen dicha relación. Consecuentemente, lo que es materia de la modificación posterior a la celebración del contrato es la relación jurídica patrimonial creada por él.

El artículo 1413 del Código civil obedece a razones de una lógica irrebatible. Si legal o convencionalmente se impone una forma determinada, sea *ad probationem* o *ad solemnitatem*, para la celebración de un contrato es, principalmente, porque se considera necesario o conveniente que las partes reflexionen sobre las obligaciones que están asumiendo y también para contar con una prueba de la celebración del contrato. Si es que en un momento, durante la vida de la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, las partes decidan modificar esta relación, deben hacerlo con la misma reflexión con que procedieron a formarla o contar con un instrumento de similar valor constitutivo o probatorio que aquél en que consta el contrato original.

La única observación que cabe hacer al artículo 1413 del Código civil es que si el artículo 1351 del mismo Código establece que el contrato es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, se haya limitado el respeto de la forma del contrato original sólo para la modificación de dicha relación, y no para su regulación y extinción, desde que las razones son exactamente las mismas.

Pienso que la acción jurisprudencial debe orientarse a suplir esta deficiencia del artículo 1413. El planteamiento de que la formalidad del contrato es una excepción al principio general del consensualismo, podría dificultar esta labor jurisprudencial, ya que el artículo IV del Título Preliminar del Código civil dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. Podrían los jueces, sin embargo, invocar que no se trata

aquí de una aplicación de la analogía sino de la *interpretación extensiva*, que supone un caso no comprendido en la letra de la norma, pero sí en su espíritu (que es diferente, como se ha visto al comentar el artículo 1398 del Código civil, del procedimiento analógico).

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 atipicos) 197
- Definiciones 200
- Tipicidad legal y tipicidad social 200
- La atipicidad 202
- Disciplina de los contratos atípicos hibridos 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 "punktation" 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
- Teorias 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

INDICE SUMARIO

TOMO II

Págs.

Artículo 1362.-

1).- Antecedentes de este artículo 19

2).- Sentido del artículo 1362 21

3).- La buena fe 23
- Concepto 27
- Buena fe subjetiva 30
- Buena fe objetiva 34
- ¿Es la buena fe una concepción unitaria? 34
- ¿Es la buena fe un principio jurídico? 39
- Buena fe y mala fe 40
- Normatividad 42
- Irrenunciabilidad 43
- Prueba de la buena fe 43
- Sanción por no actuar con buena fe 44
- Figuras similares 46

4).- La común intención 47

5).- La negociación 48
- Campo de las negociaciones 48
- Inobligatoriedad de las tratativas 53
- Clase de buena fe 54
- Deberes de los tratantes 58
- a).- Deber de información 59
- b).- Deber de claridad 60
- c).- Deber de secreto 60
- d).- Deber de custodia 60

– Rotura injustificada de las tratativas 61
– Causa de la responsabilidad 62
– Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual 64
– a).- Tesis de IHERING..... 64
– b).- Tesis de FAGELLA 65
– c).- Tesis de SALEILLES 67
– 1).- Posición contractualista 68
– 2).- Posición extracontractualista 69
– 3).- Posición personal 71
– Medida del daño 76
– Efectos de la conclusión del contrato 78

6).- La celebración 79
– Campo de la celebración 79
– Clase de buena fe 80
– Deberes de los contratantes 82
– a).- Deber de exactitud 82
– b).- Deber de claridad 82
– c).- Deber de investigación..... 83
– Naturaleza jurídica de la responsabilidad contractual 83

7).- La ejecución 84
– Clase de buena fe 85
– Efectos de la buena fe..... 88
– Naturaleza jurídica de la responsabilidad postcontractual..... 89

Bibliografía del artículo 1362..... 91

Artículo 1363.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 101

2).- Fundamento de la relatividad del contrato 102

3).- Efectos del contrato 106

4).- Partes del contrato..... 109

5).- Los herederos de las partes..... 111
– Excepciones 115
– a).- Derechos y obligaciones no transmisibles..... 117
– b).- Derechos y obligaciones inherentes a la persona 118

– c).- Mandato de la ley 120
– d).- Estipulación contractual 120

6).- Los terceros..... 121

7).- La oponibilidad del contrato..... 122

Bibliografia del artículo 1363..... 126

Artículo 1364.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 131

2).- Contenido del artículo 1364..... 131

Artículo 1365.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 135

2).- Contratos de ejecución continuada..... 136

3).- Falta de plazo determinado 138

4).- Finalización del contrato unilateralmente 139
– Naturaleza..... 140
– Inderogabilidad..... 141
– Irretroactividad 142

5).- El preaviso 143

6).- Resolución de pleno derecho 144

Bibliografía del artículo 1365..... 145

Artículo 1366.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 148

2).- Breve glosa al artículo 1366..... 149

3).- Adquisición de derechos reales 149

4).- Prohibiciones 150
- Presidente de la República, etc. 150
- Los Prefectos y demás autoridades políticas 151
- Los funcionarios y servidores del Sector Público 151
- Magistrados judiciales, etc..... 152
- Los miembros del Ministerio Público..... 154
- Los abogados 154
- Los albaceas..... 155
- Administradores de bienes ajenos..... 156
- Los agentes mediadores de comercio, etc..... 157

5).- Persona interpuesta 158

6).- Falta de legitimación..... 158

7).- Efectos de la prohibición 159

Bibliografía del artículo 1366..... 161

Artículo 1367.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 163

2).- Alcances de la prohibición 163

Bibliografía del artículo 1367..... 165

Artículo 1368.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 167

2).- Vigencia de las prohibiciones 167

Artículo 1369.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 169

2).- Excepciones a las prohibiciones..... 169

Artículo 1370.-

1).- Antecedentes de este artículo 171

2).- Razón de ser de los artículos 1370, 1371 y 1372 172
- Rescisión 172
- Resolución 173
- Diferencias de rescisión y resolución 174

3).- Concepto de rescisión 175

4).- Diferencia entre la rescisión y la anulación 177

5).- Efectos de la rescisión 180

6).- El carácter de la acción rescisoria 183

Bibliografía del artículo 1370 184

Artículo 1371.-

1).- Antecedentes de este artículo 187

2).- Concepto de resolución 187

3).- Efectos de la resolución 190

4).- Mutuo disenso 194

5).- Carácter de la acción resolutoria 195

Bibliografía del artículo 1371 196

Artículo 1372.-

1).- Antecedentes de este artículo 197

2).- Retroactividad de la rescisión 197

3).- Irretroactividad de la resolución 198

4).- Disposición o pacto en contrario 200

5).- Derechos de terceros..... 200

Bibliografia del artículo 1372..... 202

TITULO II

El consentimiento

Preliminar..... 205

Bibliografía de El consentimiento..... 209

Artículo 1373.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 211

2).- La oferta 212

- Requisitos de la oferta..... 213
  a).- Que sea completa..... 213
  b).- Que contenga la intención de contratar..... 214
  c).- Que sea conocida por el destinatario..... 215
  d).- Que contenga la determinación del oferente 215
  e).- Forma de la oferta..... 216
- Naturaleza juridica de la oferta 217
  a).- Opinión en favor de que es acto jurídico 217
  b).- Opiniones respecto a que no es acto jurídico 218
  c).- Posición personal 220
- Carácter recepticio de la oferta 223
- Momento de perfeccionamiento de la oferta..... 227
- Oferta con término inicial..... 228
- Oferta condicionada 229
- Manifestación de la oferta 230
- Oferta con pluralidad subjetiva 232
- Cesión de la oferta 233
- Oferta "sin compromiso" 234

3).- La aceptación..... 234
- Requisitos de la aceptación 235
- a).- Que sea congruente con la oferta 235

- b).- Que sea oportuna 236
- c).- Que sea dirigida al oferente..... 236
- d).- Que contenga la intención de contratar..... 237
- e).- Que guarde la forma requerida 237
- Naturaleza jurídica de la aceptación..... 237
- Carácter recepticio de la aceptación..... 238
- La aceptación en los contratos solemnes..... 240
- Carácter individual de la aceptación 240
- La aceptación "en general"..... 240
- Aceptación condicional 241
- Manifestación de la aceptación 243
- Existencia de la aceptación 244
- El silencio 244
- Rol de la aceptación 247

4).- Los llamados contratos entre presentes 249

5).- Los llamados contratos entre ausentes..... 250
- Teoría de la cognición..... 252
- Teoría de la recepción 255
- Posición del Código civil..... 256

6).- Momento de formación del contrato 260

7).- Lugar de formación del contrato 263

8).- Carácter del artículo 1373 265

Bibliografia del artículo 1373..... 266

Artículo 1374.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 275

2).- Declaraciones contractuales 276

3).- Dirección del destinatario..... 278

4).- Carácter de la consideración de conocimiento..... 279

5).- Imposibilidad de conocer sin culpa del destinatario..... 284

Bibliografía del artículo 1374..... 286

Artículo 1375.-

1).- Antecedentes de este artículo 289

2).- Plazo de la aceptación 290

Bibliografía del artículo 1375..... 292

Artículo 1376.-

1).- Antecedentes de este artículo 293

2).- Cuestionamiento del artículo 1376 294

3).- Declaración tardia 298

4).- Declaración no conforme a la oferta 299

5).- Rechazo de la oferta..... 299

6).- La contraoferta 301

7).- El aviso de eficacia 303

8).- Aceptación parcial..... 305

Bibliografía del artículo 1376..... 307

Artículo 1377.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 309

2).- Ofertas alternativas 309

Bibliografía del artículo 1377..... 312

Artículo 1378.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 313

2).- Atingencia al artículo 1378 314

3).- Forma requerida por el oferente 314

4).- Consecuencia de la inobservancia de la forma 316

5).- Liberación por el oferente..... 317

Bibliografía del artículo 1378..... 319

Artículo 1379.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 321

2).- Ofertas cruzadas..... 321

Bibliografía del artículo 1379..... 326

Artículo 1380.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 327

2).- Inicio de ejecución..... 328

3).- Supuestos de aplicación del artículo 1380 333
- Solicitud del oferente 334
- Naturaleza de la operación..... 335
- Los usos..... 336

4).- Efectos del inicio de ejecución..... 336

5).- Momento y lugar de formación del contrato 337

6).- El aviso del inicio de ejecución 338

Bibliografía del artículo 1380..... 340

Artículo 1381.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 343

2).- El silencio circunstanciado 344

3).- La dispensa del oferente 346

4).- Costumbre de no aceptar expresamente 348

5).- La invitación a ofrecer 349

6).- El aviso de rehusamiento 351

7).- La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer 351

Bibliografía del artículo 1381 353

Artículo 1382.-

1).- Antecedentes de este artículo 355

2).- Sistema adoptado por el Código civil 356

3).- Obligatoriedad de la oferta 357
- Policitación y oferta 358
- Efectos de la obligatoriedad 359
- Plazo de la oferta 361

4).- Excepciones a la obligatoriedad 363
- Términos de la oferta 363
- Naturaleza de la operación 364
- Circunstancias del caso 364
- Efectos de las excepciones 365

BIbliografía del artículo 1382 368

Artículo 1383.-

1).- Antecedentes de este artículo 371

2).- Autonomía de la oferta 372
- Naturaleza de la autonomía de la oferta 375
- Fundamento de la autonomía de la oferta 375

3).- Muerte o incapacidad sobreviniente del oferente 376

4).- Obligación de los herederos o representantes legales 378
– Actitud del destinatario de la oferta 380

5).- Intransmisibilidad de la oferta 381

Bibliografía del artículo 1383..... 382

Artículo 1384.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 383

2).- Revocación de la oferta..... 383

Artículo 1385.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 385

2).- Caducidad de la oferta 386

3).- Comunicación inmediata 388

4).- Falta de comunicación inmediata..... 391

5).- Retractación del oferente 394

Bibliografía del artículo 1385..... 398

Artículo 1386.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 401

2).- Retractación del aceptante 401

Bibliografía del artículo 1386..... 404

Artículo 1387.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 405

2).- Muerte o incapacidad del destinatario 406
3).- Muerte o incapacidad del aceptante 408

4).- Retractación de la aceptación por los herederos o representantes legales del aceptante..... 409

Artículo 1388.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 411

2).- La oferta al público 412
- Maneras de la oferta al público 415
- Naturaleza de la oferta al público 415
- Perfeccionamiento de la oferta al público 420
- Efectos de la oferta al público 422
- Retractación de la oferta al público 423
- Irrevocabilidad de la oferta al público 424

3).- La invitación a ofrecer 425
- Modalidades de la invitación a ofrecer..... 425
- Caso de la oferta al público 426
- Revocación de la invitación a ofrecer..... 427

4).- La promesa al público 428

Bibliografía del artículo 1388..... 430

Artículo 1389.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 433

2).- La subasta 434
_ Clases de subasta 436
_ Naturaleza de la subasta 436
- Carácter de las declaraciones 443
- Irrevocabilidad de las posturas 443
- Vicisitudes de las posturas..... 444

3).- La celebración del contrato 444

Bibliografía del artículo 1389..... 447

INDICE SUMARIO

TOMO III

Artículo 1390.- *Págs.*

1).- Antecedentes de este artículo 19

2).- Introducción al tema 20

3).- El contrato por adhesión 21

4).- El contrato prácticamente necesario 27

5).- La conjugación inevitable 28

6).- Concepto de contrato necesario por adhesión 30

7).- Características del contrato necesario por adhesión 34

8).- Naturaleza jurídica 37
- La adhesión como acto unilateral 38
- La adhesión como contrato 39
- Las tesis intermedias 40
- Opinión personal 41

9).- Ventajas e inconvenientes 46

10).- El contrato-tipo 48

11).- Medidas de protección 50

12).- A manera de conclusión 51

Bibliografía del artículo 1390 54

Artículo 1391.-

1) .- Antecedentes de este artículo 59

2) .- La adhesión a un contrato abierto 60

3).- Modalidades de la adhesión 63

Bibliografía del artículo 1391 64

Artículo 1392.-

1) .- Antecedentes de este artículo 65

2) .- Entorno de las cláusulas generales de contratación 67
- Provisión de bienes y servicios 68
- Consumo de bienes y servicios 70
- Contratación masiva y célebre 71
- Precisión necesaria 73

3) .- Concepto de cláusulas generales 77
- Definición 78
- Denominación 81

4) .- Características de las cláusulas generales 83
- Predisposición 83
- Generalidad y abstracción 86
- Inmutabilidad 88

5) .- Cláusulas generales y cláusulas especiales 91

6) .- Clasificación de las cláusulas generales 92
- Principales y accesorias 92
- Neutrales y vejatorias 94

7) .- Rol en la formación del contrato 95
- Manera de su incorporación al contrato 95
- Incorporación a la oferta 98
- Fijación de contenido normativo 100

8).- Naturaleza Jurídica 101
- Tesis normativista 102
- Tesis contractualista 103
- Tesis mixtas 104
- Opinión personal 105

9).- Diferencias con el contrato por adhesión 113

10).- Rasgos de las cláusulas generales 116
- Redacción impresa 116
- Complejidad 117

11).- Ventajas e inconvenientes de las cláusulas generales 118
– Ventajas 119
– inconvenientes 121

12).- Colisión de cláusulas generales 122

13).- Medidas para controlar las cláusulas generales 123

14).- El contrato normativo 125

15).- La protección al consumidor 127

16).- Regulación mundial de las cláusulas generales 128
a).-Países que han tratado el tema en el Código civil 129
b).-Países que han regulado el temaen leyes especiales 131

17).- Conclusión 137

Bibliografía del artículo 1392 139

Artículo 1393.-

1) .- Antecedentes de este artículo 147

2) .- Control administrativo de las cláusulas generales 148

Bibliografía del artículo 1393 153

Artículo 1394.-

1) .- Antecedentes de este artículo 155

2) .- Obligatoriedad de la aprobación administrativa 156

3) .- Situación de los contratos por adhesión 158

Artículo 1395.-

1) .- Antecedentes de este artículo 161

2) .- Procedencia de la no incorporación 162

Bibliografía del artículo 1395 165

Artículo 1396.-

1) .- Antecedentes de este artículo 167

2) .- El contrato de hecho 168

3) .- Finalidad del artículo 1396 173

Bibliografía del artículo 1396 176

Artículo 1397.-

1) .- Antecedentes de este artículo 179

2) .- Cláusulas no aprobadas administrativamente 181

3) .- Conocimiento de las Cláusulas generales 183

4) .- Posibilidad de conocimiento de las cláusulas 185
- Carga de conocibilidad 186
- Carga de diligencia 187

5) .- Presunción de conocimiento de las cláusulas generales 190
- Presunción de conocimiento 191
- Naturaleza de la presunción 191
- Modo de funcionar de la presunción 192

6) .- Efecto del conocimiento de las cláusulas 193

7) .- Imposibilidad de conocimiento 194

Bibliografía del artículo 1397 196

Artículo1398.-

1) .- Antcedentes de este artículo 199

2) .- Alcances del artículo 1398 200

3) .- El problema de las cláusulas "vejatorias" 201

4) .- Enumeración de las cláusulas vejatorias 203
- Exoneraciones o limitaciones de responsabilidad 203
- Suspensión de la ejecución del contrato 205
- Rescisión y resolución del contrato 206
- Prohibición de oponer excepciones 207

– Prórroga o renovación tácita del contrato..... 207
– Fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje 208

5).- Carácter de la relación del artículo 1398..... 209

6).- Posibilidad de interpretación extensiva..... 211

7).- Invalidez de las cláusulas vejatorias..... 212

8).- Otras cláusulas vejatorias posibles..... 213

9).- Criterios de cláusulas vejatorias..... 214

10).- Solución más conveniente..... 215

Bibliografía del artículo 1398..... 218

Artículo 1399.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 221

2) .- Alcances del artículo 1399 222

3) .- Normas imperativas y normas dispositivas 222

4) .- Fundamentación del artículo 1399 224

5) .- Ineficacia de las estipulaciones..... 227

6) .- Incorporación de las normas dispositivas 227

7) .- Justificación de la validez de las estipulaciones 228

Bibliografía del artículo 1399..... 230

Artículo 1400.-

1) .- Antecedentes de este artículo 231

2) .- El problema de la referencia al artículo 1397..... 233

3) .- Concepto de módulo o formulario 234

4) .- Función de la cláusula agregada 237

5) .- Determinación de la incompatibilidad..... 237

6) .- Efecto de la incompatibilidad 238

7) .- Justificación de la prevalencia..... 239

8) .- Ineficacia de la cláusula agregada 240

9) .- Opinión personal 241

Bibliografía del artículo 1400..... 243

Artículo 1401.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 245

2) .- Alcances del artículo 1401..... 246

3) .- Carácter de la interpretación según el artículo 1401 248

4) .- La regla "contra stipulatorem" 252
- Antecedentes de la regla 252
- Fundamento de la regla..... 253
- La regla "favor debitoris"..... 254
- Posible compatibilidad de ambas reglas 255

5) .- La interpretación "en caso de duda"..... 256
- Noción de interpretación..... 257
- Necesidad de la intepretación 257
- Surgimiento de la duda..... 259
- Camino a recorrer..... 261
- Recto criterio..... 262

Bibliografía del artículo 1401..... 265

TITULO III

Objeto del contrato

Preliminar 271

1) .- Objeto y contenido del contrato 272

2) .- Noción de objeto del contrato 274

3) .- Tesis sobre el objeto ideal del contrato 276
- Relación entre obligación, prestación y bien..... 277
- Objeto directo y objeto indirecto del contrato..... 277
- La obligación como objeto del contrato..... 279

- La prestación como objeto del contrato 279
- El bien o servicio coo objeto del contrato 281

Bibliografía de El objeto del contrato 282

Artículo 1402.-

1) .- Antecedentes de este artículo 285

2) .- La posición del Código civil 286

3) .- Necesidad del artículo 1402 291

4) .- Alcances del artículo 1402 293

5) .- Objeto del contrato y objeto de la obligación 293

6) .- Las relaciones de cortesía 296

Bibliografía del artículo 1402 297

Artículo 1403.-

1) .- Antecedentes de este artículo 301

2) .- Estructura del artículo 1403 303

3) .- Licitud de la obligación 305
- Contratos ilegales 306
- Contratos prohibidos 310
- Contratos inmorales 310
- Elemento en el cual recae la ilicitud 311

4) .- Posibilidad de la prestación y del bien 313
- Elemento que debe ser posible 313
- Imposibilidad física y jurídica 314
- Imposibilidad originaria y sobrevenida 317
- Imposibilidad absoluta y relativa 318
- Imposibilidad objetiva y subjetiva 319
- Imposibilidad total y parcial 319
- Imposibilidad perpetua y temporal 320
- Imposibilidad y dificultad 320

5) .- El problema de la comercialidad de la cosa 321

6) .- Determinación de la prestación o del bien 322

7) .- El objeto del contrato y el del acto jurídico..... 326
8) .- Necesidad de encontrar una solución 329
9) .- El problema de las nulidades..... 331
Bibliografía del artículo 1403..... 335

Artículo 1404.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 341
2) .- Apreciación de la ilicitud y de la imposibilidad 343
Bibliografía del artículo 1404..... 346

Artículo 1405.-

1).- Antecedentes de este artículo 347
2).- Concepto de convención sobre herencia futura 348
3).- Elementos de la convención sobre herencia futura..... 349
4).- Herencia de persona cuya muerte se ignora..... 350
5).- Declaración de muerte presunta..... 351
6).- Campo de aplicación..... 351
7).- Breve reseña histórica..... 352
8).- Régimen legal peruano..... 353
9).- Clases de convenciones sucesorias 354
– Convenciones institutivas..... 354
– Convenciones renunciativas 355
– Convenciones dispositivas 355
10).- Cuestionamiento de las convenciones sobre herencia futura..... 356
– Propiciar el deseo de la muerte del causante 357
– Incertidumbre sobre la propiedad 358
– Medio de violar la disposiciones sobre la legítima 358
– Posibilidad de fraudes..... 359
– Pérdida de la libertad de testar 360
11).- Opinión personal..... 360
– Convenciones institutivas..... 361

- Convenciones renunciativas 363
- Convenciones dispositivas 364

Bibliografía del artículo 1405..... 366

Artículo 1406.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 369

2) .- Fundamento de la nulidad 370

3) .- Viabilidad del precepto 370

Bibliografía del artículo 1406..... 372

Artículo 1407.-

1).- Antecedentes de este artículo..... 373

2).- Carácter de la función del tercero 375

3).- Diferencia entre arbitrio de equidad y mero arbitrio..... 376

4).- Presunción del arbitrio de equidad 378

5).- Objeto de la determinación 378

6).- Naturaleza jurídica de la deferencia al arbitrio 379

7).- Naturaleza jurídica del rol del arbitrador..... 380

8).- Deberes y derechos del arbitrador 381
- La prestación del arbitrio..... 381
- La retribución del arbitrador 382
- Responsabilidad del arbitrtador..... 383

9).- La decisión del arbittrador..... 383
- Concepto de la decisión 384
- Caracteres de la decisión..... 384
- Naturaleza jurídica de la decisión 385
- Obligatoriedad de la decisión 386

10).- Causales de impugnación 388
- Vicios o defectos de la decisión..... 388
- Vicios o defectos del contenido 389

11).- Posibilidad de sustitución del arbitrador 390
- Determinación manifiestamente inicua o errónea 390
- Falta de determinación 393
- Situación legal actual 394

Bibliografía del artículo 1407 400

Artículo 1408.-

1) .- Antecedentes de este artículo 403

2) .- El mero arbitrio 404

3) .- El límite de la mala fe 404

4) .- La falta de determinación 406

Bibliografía del artículo 1408 408

Artículos 1409 y 1410.-

1) .- Antecedentes de estos artículos 410

2) .- Consideraciones generales 413
3) .- Bienes futuros 414
- Posibilidad de contratación sobre bienes futuros 415
- Tipos de contratación sobre bienes futuros 416
- Naturaleza jurídica de la contratación sobre bien futuro 417
- Naturaleza jurídica de la "emptio rei speratae" 419
- Naturaleza jurídica de la "emptio spei" 420
- Posición personal 421
- La similitud con el contrato de obra 428
- El compromiso de entrega del bien futuro 430

4) .- Bienes ajenos 431
- Breve reseña histórica 432
- Consideraciones generales 433
- Tipos de contratación sobre bienes ajenos 436
- Compraventa del bien ajeno 438
- El delito de estelionato 447

5) .- Bienes gravados o sujetos a litigio 449

Bibliografía de los artículos 1409 y 1410 451

TITULO IV

Forma del contrato

Preliminar..... 457

- Contratos formales y no formales 458
- Contratos "ad probationem" y " ad solemnitatem"..... 460
- Inconvenientes y ventajas de la forma 461
- Tratamiento legislativo 462

Bibliografía sobre La forma del contrato 463

Artículo 1411.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 465

2) .- La presunción..... 466

3) .- Necesidad de pacto anticipado por escrito..... 467

4) .- Requisito indispensable para la validez del contrato 468

Bibliografía del artículo 1411..... 470

Artículo 1412.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 471

2) .- Facultad para compelerse recíprocamente a llenar la formalidad 472

Bibliografía del artículo 1412..... 475

Artículo 1413.-

1) .- Antecedentes de este artículo..... 477

2) .- Forma de la modificación del contrato 478

La primera edición de *Para leer el Código Civil, Vol. XI, Primera Parte, Tomo III,* 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. Teléfonos: 626390 anexo 220 y 626390.